

ACCESO A LA VISUALIZACIÓN ONLINE DE ESTE NÚMERO DE LA REVISTA

Para acceder a la visualización Online de este número de la revista envíe un correo electrónico a atencionalcliente@tirantonline.com con la siguiente información:

- Código promocional oculto en esta página
- Título y número de la revista

A continuación recibirá un correo electrónico con las claves e instrucciones de acceso

Código Promocional



Rasque para visualizar

TEORÍA & DERECHO TAMBIÉN SE VE Y SE ESCUCHA

Descargando este código puede acceder a los vídeos grabados por sus autores



No se admitirá la devolución de este libro si el código promocional ha sido manipulado

CONSULTE LOS NÚMEROS ANTERIORES DE LA REVISTA EN
teoriayderecho.tirant.com

teoría & derecho

REVISTA DE PENSAMIENTO JURÍDICO

REVISTA SEMESTRAL. DICIEMBRE 33/2022
teoriayderecho.tirant.com

CONSEJO EDITORIAL:

María José Añón Roig

Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia (España) (Coordinadora)

María Luisa Cuerda

Catedrática de Derecho Penal. Universidad Jaume I (España)

Fernando Flores Giménez

Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Valencia (España)

Ángel M. López y López

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla (España)

Tomás S. Vives Antón

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia (España) (Director)

COMITÉ CIENTÍFICO:

Ana Cañizares Laso

*Catedrática de Derecho Civil
de la Universidad de Málaga (España)*

Jorge A. Cerdio Herrán

*Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho
Instituto Tecnológico Autónomo de México*

José Ramón Cossío Díaz

*Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia
de la Nación y miembro de El Colegio Nacional (México)*

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot

*Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*

Owen Fiss

*Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la
Universidad de Yale (EEUU)*

José Antonio García-Cruces González

Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED (España)

Luis López Guerra

*Catedrático de Derecho Constitucional de la
Universidad Carlos III de Madrid (España)*

Marta Lorente Sariñena

*Catedrática de Historia del Derecho de la
Universidad Autónoma de Madrid (España)*

Javier de Lucas Martín

*Catedrático de Filosofía del Derecho y
Filosofía Política de la Universidad de Valencia (España)*

Víctor Moreno Catena

*Catedrático de Derecho Procesal de la
Universidad Carlos III de Madrid (España)*

Francisco Muñoz Conde

*Catedrático de Derecho Penal de la
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla (España)*

Angelika Nußberger

*Catedrática de Derecho Constitucional e Internacional en la Universidad
de Colonia (Alemania) Miembro de la Comisión de Venecia*

Héctor Olasolo Alonso

*Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario
(Colombia) y Presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya
(Holanda)*

Luciano Parejo Alfonso

*Catedrático de Derecho Administrativo de la
Universidad Carlos III de Madrid (España)*

Consuelo Ramón Chornet

*Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones
Internacionales de la Universidad de Valencia*

Tomás Sala Franco

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Valencia (España)*

Ignacio Sancho Gargallo

*Magistrado de la Sala Primera (Civil)
del Tribunal Supremo de España*

Ruth Zimmerling

*Catedrática de Ciencia Política de la Universidad de Mainz
(Alemania)*

Han formado parte del Comité Científico: Gregorio Peces-Barba Martínez; Rosario Valpuesta Fernández y Emilio Beltrán

Asistente a la dirección: Víctor Merino Sancho

PVP número suelto: 89 euros (IVA incluido)

PVP suscripción anual (2 números): 169 euros (IVA incluido)

Redacción, Administración y Suscripción

Artes Gráficas, 14, 46010 Valencia Tel.: (+34) 963610048 Fax: (+34) 963694151

E-mail: teoria.derecho@uv.es; teoria@tirant.com. Sitios web: <http://teoriayderecho.tirant.com>

Correspondencia: C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

Edita: Tirant lo Blanch

C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

© Tirant lo Blanch

Télf.: 96/361 00 48 - 50

Fax: 96/369 41 51

Mail: tlb@tirant.com

<http://www.tirant.com>

ISSN (impreso): 1888-3443

ISSN (online): 2695-6594

Depósito legal: V - 2840 - 2007

Maqueta: Tink Factoría de Color

Tanto los miembros del consejo editorial como los del comité científico de *Teoría & Derecho* deseamos rendir un sentido homenaje a TOMÁS S. VIVES ANTÓN, fundador y artífice intelectual de la revista. Desde 2007, el profesor Vives ha mantenido viva la idea germinal que le animó a crear esta publicación semestral: propiciar la consolidación de un espacio para la reflexión exigente y rigurosa, y estimular debates de alto nivel y complejidad sobre cuestiones jurídicas actuales y pretéritas con la mira puesta no solo en la apertura de nuevas sendas de pensamiento en los distintos niveles del discurso jurídico, sino también en la pertinencia de repensar temáticas aparentemente resueltas desde el punto de vista teórico. A lo largo de estos años, la consolidación de *Teoría & Derecho* años ha confirmado que el impulso originario de su fundador no era descaminado; no en vano, aquel designio perdura y permea el contenido los treinta y dos números publicados hasta ahora. El propio Vives, al que hoy recordamos con emoción, ha dejado publicados en las páginas de esta revista un buen número de textos que constituyen un cabal testimonio de su brillante y fértil itinerario intelectual y de su dilatada y multifacética trayectoria como jurista de indiscutible prestigio.

SUMARIO

DEBATE

Presentación. Derecho y personas mayores	10
<i>Fernando Flores</i>	
Enfoque complejo de la vejez. Su incidencia en los derechos humanos	14
<i>María Isolina Dabove</i>	
Personas mayores, autonomía y vulnerabilidades	38
<i>Silvina Ribotta</i>	
Igualdad y no discriminación de las personas mayores	64
<i>David Giménez Gluck</i>	
El Derecho internacional y la lucha contra el edadismo y por la protección de las personas de edad: balance de la situación después de la pandemia de COVID-19	90
<i>Alicia Cebada Romero</i>	
¿Es necesaria una convención internacional sobre los derechos de las personas de edad? Notas sobre un debate actual	114
<i>Christian Courtis</i>	
El cuidado de las personas mayores: un derecho fundamental en ciernes.....	134
<i>Fernando Flores</i>	
El cuidado de personas en situación de dependencia: encaje constitucional, marco jurídico actual y carencias normativas	164
<i>María Dalli Almiñana</i>	
Vivienda colaborativa y personas mayores.....	192
<i>María José Vañó Vañó</i>	

ESTUDIOS

La familia española del siglo XXI: nuevas realidades en la sucesión <i>mortis causa</i> del cónyuge superviviente.....	222
<i>Pilar María Estellés Peralta</i>	
El uso de algoritmos predictivos en el Derecho penal. A propósito de la Sentencia de la Corte de Justicia del Distrito de la Haya (Países Bajos) sobre SyRI, de 5 de febrero de 2020.....	252
<i>María Sánchez Vilanova</i>	
Tutela penal de la intimidad del testigo frente al delito de falso testimonio	282
<i>Ángela Matallín Evangelio</i>	
Derechos humanos en el Consejo de Europa: una aproximación desde las responsabilidades compartidas.....	322
<i>María José Añón Roig</i>	

TEMAS DE HOY

Sobre técnica legislativa, ideología y democracia. Una nota a propósito de la LO10/2022	354
<i>Javier de Lucas</i>	

SUMMARY

DEBATE

Law and older people	10
<i>Fernando Flores</i>	
Complex approach to the old age. Its impact on human rights	14
<i>María Isolina Dabove</i>	
Older people, autonomy and vulnerabilities	38
<i>Silvina Ribotta</i>	
Equality and non-discrimination against elderly people.....	64
<i>David Giménez Gluck</i>	
International law and the fight against ageism and for the protection of elderly: taking stock of the situation after COVID-19 pandemic.....	90
<i>Alicia Cebada Romero</i>	
Is there a need for an international convention on the rights of elderly? Notes on a current debate.....	114
<i>Christian Courtis</i>	
Care for older people: a fundamental right in the making.....	134
<i>Fernando Flores</i>	
Caring for dependent persons: constitutional fit, current legal framework and regulatory shortcomings.....	164
<i>María Dalli Almiñana</i>	
Collaborative housing and older persons	192
<i>María José Vañó Vañó</i>	

STUDIES

The spanish family of the 21st century: new realities in the mortis causa succession of the surviving spouse	222
<i>Pilar María Estellés Peralta</i>	
The use of algorithms in Criminal Law. On the judgment of the District Court of Justice of the Hague (The Netherlands) on SyRI, of february 5, 2020	252
<i>María Sánchez Vilanova</i>	
Criminal protection of the witness's privacy against the offence of false testimony	282
<i>Ángela Matallín Evangelio</i>	
Humans rights in the council of europe: an approach from the shared responsibilities...	322
<i>María José Añón Roig</i>	

TODAY'S TOPIC

On legislative technique, ideology and democracy. A note on the LO 10/2022	354
<i>Javier de Lucas</i>	

the \mathbb{R}^n -valued function \mathbf{f} is a solution of the system (1) if and only if \mathbf{f} is a solution of the system (2).

Let us assume that \mathbf{f} is a solution of the system (2). Then, for any $t \in \mathbb{R}$, we have

$$\mathbf{f}(t) = \mathbf{f}(0) + \int_0^t \mathbf{f}'(s) ds = \mathbf{f}(0) + \int_0^t \mathbf{A}(s) \mathbf{f}(s) ds.$$

Since \mathbf{f} is a solution of the system (2), we have $\mathbf{f}(0) = \mathbf{0}$. Therefore, we have

$$\mathbf{f}(t) = \int_0^t \mathbf{A}(s) \mathbf{f}(s) ds.$$

Since \mathbf{f} is a solution of the system (2), we have $\mathbf{f}(0) = \mathbf{0}$. Therefore, we have

$$\mathbf{f}(t) = \int_0^t \mathbf{A}(s) \mathbf{f}(s) ds.$$

Since \mathbf{f} is a solution of the system (2), we have $\mathbf{f}(0) = \mathbf{0}$. Therefore, we have

$$\mathbf{f}(t) = \int_0^t \mathbf{A}(s) \mathbf{f}(s) ds.$$

Since \mathbf{f} is a solution of the system (2), we have $\mathbf{f}(0) = \mathbf{0}$. Therefore, we have

$$\mathbf{f}(t) = \int_0^t \mathbf{A}(s) \mathbf{f}(s) ds.$$

Since \mathbf{f} is a solution of the system (2), we have $\mathbf{f}(0) = \mathbf{0}$. Therefore, we have

$$\mathbf{f}(t) = \int_0^t \mathbf{A}(s) \mathbf{f}(s) ds.$$

Since \mathbf{f} is a solution of the system (2), we have $\mathbf{f}(0) = \mathbf{0}$. Therefore, we have

$$\mathbf{f}(t) = \int_0^t \mathbf{A}(s) \mathbf{f}(s) ds.$$

Since \mathbf{f} is a solution of the system (2), we have $\mathbf{f}(0) = \mathbf{0}$. Therefore, we have

$$\mathbf{f}(t) = \int_0^t \mathbf{A}(s) \mathbf{f}(s) ds.$$

Since \mathbf{f} is a solution of the system (2), we have $\mathbf{f}(0) = \mathbf{0}$. Therefore, we have

$$\mathbf{f}(t) = \int_0^t \mathbf{A}(s) \mathbf{f}(s) ds.$$

Since \mathbf{f} is a solution of the system (2), we have $\mathbf{f}(0) = \mathbf{0}$. Therefore, we have

$$\mathbf{f}(t) = \int_0^t \mathbf{A}(s) \mathbf{f}(s) ds.$$

Since \mathbf{f} is a solution of the system (2), we have $\mathbf{f}(0) = \mathbf{0}$. Therefore, we have

$$\mathbf{f}(t) = \int_0^t \mathbf{A}(s) \mathbf{f}(s) ds.$$

Since \mathbf{f} is a solution of the system (2), we have $\mathbf{f}(0) = \mathbf{0}$. Therefore, we have

$$\mathbf{f}(t) = \int_0^t \mathbf{A}(s) \mathbf{f}(s) ds.$$

Since \mathbf{f} is a solution of the system (2), we have $\mathbf{f}(0) = \mathbf{0}$. Therefore, we have

$$\mathbf{f}(t) = \int_0^t \mathbf{A}(s) \mathbf{f}(s) ds.$$

DEBATE

Presentación. Derecho y personas mayores

Fernando Flores

Enfoque complejo de la vejez. Su incidencia en los Derechos Humanos

María Isolina Dabove

Personas mayores, autonomía y vulnerabilidades

Silvina Ribotta

Igualdad y no discriminación de las personas mayores

David Giménez Gluck

El Derecho Internacional y la lucha contra el edadismo y por la protección de las personas de edad: balance de la situación después de la pandemia de COVID-19

Alicia Cebada Romero

¿Es necesaria una Convención Internacional sobre los derechos de las personas de edad? Notas sobre un debate actual

Christian Curtis

El cuidado de las personas mayores: un derecho fundamental en cier-
nes

Fernando Flores

El cuidado de personas en situación de dependencia: encaje constitu-
cional, marco jurídico actual y carencias normativas

María Dalli Almiñana

Vivienda colaborativa y personas mayores

María José Vañó Vañó

Presentación
DERECHO Y PERSONAS MAYORES
LAW AND OLDER PEOPLE
Fernando Flores

DOI: <https://doi.org/10.36151/td.2022.048>

PRESENTACIÓN. DERECHO Y PERSONAS MAYORES

Fernando Flores

El mundo de las personas mayores ha sido objeto de interés desde hace tiempo por muchas disciplinas del conocimiento. No así por el Derecho. Por lo general, la vejez ha sido abordada por el mundo jurídico desde la mirada asistencialista, de la necesidad y la dependencia; y desde la regulación en el ámbito privado de temas relativos a la capacidad, y a los asuntos familiares y patrimoniales, evitando la comprensión de una complejidad que desborda ampliamente estos campos.

La consecuencia de esta realidad es que la normativa que regula el ámbito de la vejez, concretamente aquellos aspectos que se relacionan con los derechos de las personas mayores, es insuficiente y muchas veces ineficaz. Así ha sido subrayado en un Informe reciente por la alta comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos¹.

Sin embargo, el contexto en el que ha descansado esta inhibición está cambiando. De hecho, ya ha cambiado. Las estadísticas sobre el envejecimiento demográfico —la española, la europea y la de todo el planeta— son abrumadoras, y los mismos datos que deben interpretarse como un signo de progreso humano —en ningún caso como una catástrofe— descubren y plantean retos fenomenales que deben ser considerados con interés y cierta urgencia. También por el Derecho. El decepcionante protagonismo de este como instrumento de protección de los derechos de las personas mayores durante la crisis sanitaria es solo uno de los ejemplos que ha confirmado la necesidad de que la implicación de lo jurídico en este ámbito sea más intensa y rigurosa.

1 NACIONES UNIDAS – ASAMBLEA GENERAL: *Informe de la alta comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, «Criterios normativos y obligaciones en virtud del derecho internacional respecto de la promoción y protección de los derechos humanos de las personas de edad», A/HRC/49/70, 28 enero 2022, párr. 15.

Una mirada más atenta por parte de lo jurídico en el mundo del envejecimiento cae rápidamente en la cuenta de que nos encontramos ante un problema grave de discriminaciones ilícitas *de facto*, y no puede evitar percibir que son varios los temas que deben reconsiderarse a la luz del «descubrimiento» de que un grupo importantísimo y creciente de personas no goza ni del interés, ni del análisis, ni de la eficaz protección de los derechos que las constituciones contemporáneas teóricamente le garantizan.

El número de la revista *Teoría & Derecho* que el lector tiene en sus manos pretende contribuir humildemente a penetrar desde el ámbito jurídico en ese análisis, y a levantar el velo de invisibilidad que caracteriza amplias zonas del envejecimiento. Para ello, se presentan ocho artículos que abordan algunos aspectos generales, y otros más particulares, relacionados con el Derecho y los derechos de las personas mayores. El texto introductorio de María Isolina Dabove, que se pregunta por el significado jurídico de la vejez a fin de analizar cómo comprenderla y cómo abordarla para el reconocimiento, acceso y ejercicio de derechos, da paso al trabajo de Silvina Ribotta sobre los conceptos de autonomía y las vulnerabilidades/vulnerabilizaciones que demarcan esos derechos y libertades, y que muestran los estereotipos y prejuicios que provocan irrespeto y discriminación. La igualdad y la no discriminación es precisamente el tema central del artículo firmado por David Giménez Gluck, donde se argumenta en torno a la edad como una categoría «sospechosa» todavía inconsistente y se señalan sus posibilidades. Posibilidades que también pueden esperarse de la normativa internacional, tratada en los textos de Alicia Cebada y Christian Curtis, la primera en torno a las capacidades y deseables mejoras de los mecanismos ya existentes, el segundo en torno al debate sobre la oportunidad de una convención internacional sobre los derechos de las personas de edad. También se ha abierto un campo de estudio —cubierto en el artículo de Fernando Flores— en torno a la fundamentación y posible articulación de un derecho fundamental al cuidado, no solo pero muy vinculado al sujeto personas mayores, y en un terreno de similar naturaleza, pero de *lege lata*, María Dalli expone las limitaciones y carencias de la regulación y realidad de la dependencia. Cierra el Debate María José Vañó, con uno de los (entre otros) temas que más interesa a las personas mayores, la vivienda (colaborativa) como decisión sobre el lugar y el modo en que queremos envejecer.

«La vejez es honorable si ella misma se defiende», afirma Cicerón en *De Senectute*. Este comentario contiene los ingredientes que todo aquel que llegue a una edad avanzada desearía poseer y conservar: autonomía personal, capacidad de relación con el entorno y goce de los derechos básicos. El Debate contenido en este número de *Teoría & Derecho* propone una reflexión sobre algunos de estas ideas, a la espera de que otros trabajos futuros argumenten con ellas y, entre todos, mejoren la calidad jurídica del Derecho que protege los derechos de las personas mayores.

the 1990s, the number of people in the UK who are employed in the public sector has increased from 10.5 million to 12.5 million, and the number of people in the public sector who are employed in health care has increased from 2.5 million to 3.5 million (Department of Health 2000).

There are a number of reasons for this increase. One of the main reasons is the increasing demand for health care services. The population of the UK is ageing, and there is a growing number of people with chronic conditions such as heart disease, diabetes, and asthma. This has led to an increase in the number of people who need to be treated in hospitals and other health care settings.

Another reason for the increase in the number of people employed in the public sector is the increasing demand for health care services. The population of the UK is ageing, and there is a growing number of people with chronic conditions such as heart disease, diabetes, and asthma. This has led to an increase in the number of people who need to be treated in hospitals and other health care settings.

A third reason for the increase in the number of people employed in the public sector is the increasing demand for health care services. The population of the UK is ageing, and there is a growing number of people with chronic conditions such as heart disease, diabetes, and asthma. This has led to an increase in the number of people who need to be treated in hospitals and other health care settings.

A fourth reason for the increase in the number of people employed in the public sector is the increasing demand for health care services. The population of the UK is ageing, and there is a growing number of people with chronic conditions such as heart disease, diabetes, and asthma. This has led to an increase in the number of people who need to be treated in hospitals and other health care settings.

A fifth reason for the increase in the number of people employed in the public sector is the increasing demand for health care services. The population of the UK is ageing, and there is a growing number of people with chronic conditions such as heart disease, diabetes, and asthma. This has led to an increase in the number of people who need to be treated in hospitals and other health care settings.

A sixth reason for the increase in the number of people employed in the public sector is the increasing demand for health care services. The population of the UK is ageing, and there is a growing number of people with chronic conditions such as heart disease, diabetes, and asthma. This has led to an increase in the number of people who need to be treated in hospitals and other health care settings.

A seventh reason for the increase in the number of people employed in the public sector is the increasing demand for health care services. The population of the UK is ageing, and there is a growing number of people with chronic conditions such as heart disease, diabetes, and asthma. This has led to an increase in the number of people who need to be treated in hospitals and other health care settings.

ENFOQUE COMPLEJO DE LA VEJEZ.
SU INCIDENCIA EN LOS DERECHOS HUMANOS
*COMPLEX APPROACH TO THE OLD AGE.
ITS IMPACT ON HUMAN RIGHTS*

María Isolina Dabove

*Investigadora Principal del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET)
Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales*

*Ambrosio Lucas Gioja
Facultad de Derecho
Universidad de Buenos Aires*

RESUMEN

En este trabajo se analizan los distintos sentidos sostenidos en el pasado y en la actualidad en torno a la vejez. Desde la teoría trialista del mundo jurídico, se aborda el impacto que ellos tienen en el proceso de reconocimiento, acceso y ejercicio de derechos de las personas mayores. También se propone sustentar una mirada compleja y flexible de esta etapa de la vida, reconociendo su carácter dinámico y tridimensional (material, histórico y cultural). Por último, en cada apartado se ponen de resalto las definiciones de los actuales estándares de derechos humanos sobre la vejez. Para ello, se toma en consideración lo establecido por la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, el primer tratado en vigor en este campo en todo el mundo.

PALABRAS CLAVE

Vejez, envejecimiento, complejidad, derechos humanos.

ABSTRACT

This paper analyzes the different meanings held in the past and today around old age. From the Trialistic theory of Law, the impact that they have on the process of recognition, access, and exercise of rights of older persons is addressed. It is also proposed to support a complex and flexible view of this stage of life, recognizing its dynamic and three-dimensional character (material, historical and cultural). Finally, the definitions of the current human rights standards on old age are highlighted in each section. The Inter-American Convention on the Protection of the Human Rights of Older Persons, the first treaty in this field worldwide, is considered, particularly.

KEYWORDS

Old age, aging, complexity, human rights.

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2022.049>

ENFOQUE COMPLEJO DE LA VEJEZ. SU INCIDENCIA EN LOS DERECHOS HUMANOS

María Isolina Dabove

Investigadora Principal del Consejo Nacional de Investigaciones
Científicas y Técnicas (CONICET)
Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales
Ambrosio Lucas Gioja
Facultad de Derecho
Universidad de Buenos Aires

Sumario: 1. Realidad, cultura y ley: Tres dimensiones para la vejez. 1.1. Aportes interdisciplinarios. 1.2. Interpretación jurídica. 2. Envejecimiento y curso de vida. 2.1. Realidad: componentes bio-psicológicos. 2.2. Cultura: dimensión histórica de la vejez. 2.3. La ley de la palabra: el plano simbólico. 3. Importancia para los derechos humanos. 4. Reflexiones finales. Notas. Bibliografía.

1. REALIDAD, CULTURA Y LEY: TRES DIMENSIONES PARA LA VEJEZ

En el mundo jurídico el término «vejez» es utilizado para hacer referencia al último estadio de la vida y designa rasgos distintivos de personas, y de objetos, que los hacen únicos para el sistema. Algunos se vinculan con cambios fisiológicos y psicológicos derivados de la longevidad, la proximidad de la muerte, la experiencia, la jubilación o el cese de ciertas actividades. Otros van asociados a la pérdida de vínculos y a la instauración de nuevas redes, a la disponibilidad de mayor tiempo libre, o a la necesidad de cuidados¹. Así, la palabra vejez hace referencia a una problemática compleja², que no se define solo por el paso del tiempo o su cronología³.

En su proceso evolutivo, el Derecho fue asignando a esta etapa de la vida sentidos diferentes y a veces contrapuestos, como veremos más adelante. Sin embargo, en las manifestaciones jurídicas actuales, la vejez se ha vuelto un término claramente complejo. En primer lugar, denota la *dimensión material* de la vida humana. Ella se manifiesta tanto en el proceso evolutivo biopsíquico como en el devenir histórico-social que da cuenta de la realidad del paso del tiempo sobre cada vida humana. En segundo término, la vejez contiene un *plano cultural* que expresa la construcción de sentidos y las valoraciones individuales y comunitarias sobre sus alcances y funciones⁴. Por último, la vejez está constituida por una dimensión simbólica, en cuyo marco la ley positiva demarca sus contornos y condiciones de posibilidad, en tanto proceso evolutivo multicausal y pluricultural⁵.

La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores⁶ ubica los inicios de la vejez humana entre los «60 y los 65 años —o en una edad base menor, conforme a la legislación interna vigente en cada Estado Parte—»⁷ (dimensión material), la define como «última etapa del curso de la vida», en clara referencia a la dimensión histórica de este proceso⁸, y la conceptualiza como una «construcción social», abarcando con ello su plano axiológico-cultural⁹. La edad es introducida entonces como un indicador biopsicológico individual flexible¹⁰, para cuya determinación y aplicación se necesita de una interpretación sistemática que integre su sentido con el enfoque sociohistórico y con la perspectiva cultural aludidos por la propia Convención.

1.1. APORTES INTERDISCIPLINARIOS

Desde los enfoques tradicionales, la vejez ha sido definida de manera unidimensional, aunque diversa al mismo tiempo. Así, por ejemplo, el punto de vista del paso del tiempo la conceptualizó como edad cronológica. Cuando nos referimos a lo orgánico y biológico, se la asoció con la edad fisiológica. La comprensión de los efectos psicológicos de la longevidad hizo que se la conciba como edad psíquica. Se habló de edad social, en cambio, para atender a los papeles y funciones que cada sociedad espera de ella.

Sin embargo, la gerontología actual ha ayudado mucho a la instauración del paradigma de la complejidad de la vejez en el campo jurídico, al resignificarla de manera positiva como subcultura particular¹¹. Han sido muy valiosos los aportes de las teorías evolutivas o del desarrollo, el enfoque del curso de vida¹², las perspectivas críticas y las políticas de edades¹³, o bien los postulados de la gerontología comunitaria y de intervención¹⁴. También son importantes las actuales orientaciones de la Organización Mundial de la Salud que dieron lugar al concepto de «envejecimiento activo y saludable», de actual prevalencia en el diseño de políticas y planes de acción¹⁵.

Como veremos en el próximo apartado, cada una de estas definiciones son diversas entre sí porque aluden a aspectos y enfoques diferentes de un mismo y complejo fenómeno: el del envejecimiento y la vejez. Pero todas coinciden en reconocer algunos rasgos en común: es inexorable y progresiva, «nadie puede evitarla» (salvo con la muerte) «ni nadie es inmune a su presencia»¹⁶.

1.2. INTERPRETACIÓN JURÍDICA

El enfoque complejo de la vejez es relevante por varias razones de alto impacto en el acceso y ejercicio de derechos. Pero su primer efecto importante es la puesta en crisis del enfoque biomédico y geriátrico de la seguridad social del siglo XIX. También, nos obliga a desplazarlo por una mirada integral, como la que ofrecen la gerontología comunitaria y el enfoque del curso de vida¹⁷.

Recordemos que el derecho previsional surge entre 1860 y 1890, a fin de «protegernos frente la vejez», ya que la concibe como contingencia, declive vital, o enfermedad sin más¹⁸. Sin embargo, cien años después, Robert Bulter¹⁹ y Simone de Beauvoir²⁰, entre otros, demostraron que estas perspectivas expresaban estereotipos y prejuicios que no hacían otra cosa que alimentar los «viejismos» (o edadismos en razón de la vejez), es decir, la discriminación y exclusión social de las personas solo a causa de sus avanzadas edades. Desafortunadamente, la discriminación por vejez todavía no pudo ser totalmente erradicada en nuestras sociedades. Más aún, con frecuencia son las mismas políticas públicas, los sistemas normativos en vigor, o las propias decisiones judiciales, las que terminan promoviendo viejismos jurídicos, todo lo cual alimenta el desarrollo de «desigualdades sobrevinientes», que vulneran abiertamente los derechos y libertades de las personas mayores²¹.

Ahora bien, la gerontología evolutiva y comunitaria prevaleciente en la actualidad la define como el último estadio normal del curso de vida, que permite completar el desarrollo personal²². De manera fundada, esta perspectiva deja de lado los prejuicios que unilateralmente asocian vejez a pérdidas y enfermedades²³. Tampoco la identifica con incapacidad, ni con dependencia²⁴, pues, la edad por sí no modifica la capacidad legal de las personas²⁵. Subraya, además, la importancia que el envejecimiento tiene para la comunidad en su conjunto, razón por la cual también se ocupa de cuidar la inclusión y del sentido de pertenencia de las personas mayores que la integran.

Como señala Iacub, este enfoque permite dar cuenta «de una problemática social de gran magnitud asociada al envejecimiento poblacional, a una minoría discriminada y a una realidad actual que toma en cuenta la necesidad de inserción social de esta población. Traza horizontes posibles, debate, critica y reclama espacios de poder; busca el empoderamiento de los mayores y gestiona espacios de comunidad». Apela, pues, a la revisión de las prácticas discriminadoras y propone instrumentos de intervención que resulten incluyentes²⁶.

Este nuevo enfoque de la vejez resulta esclarecedor para el mundo jurídico, ya que requiere considerarla un componente ineludible de la diversidad humana y de la unicidad de la persona. Alude a su especificidad valiosa y a su condición fin en sí, al rescatar la importancia de los rasgos vitales propios de la vejez que hacen posible diferenciar a las personas entre sí²⁷. Otorga, pues, una mayor consistencia filosófica a la percepción de la singularidad del ser humano, a la identidad de la persona anciana y al respeto por sus derechos fundamentales²⁸.

Así para el derecho, la vejez no puede ser sino el resultado de un fenómeno complejo, constituido por elementos materiales, normativos y valorativos. Abarca el último estadio evolutivo del curso de vida (plano material). Según la ley comienza a partir de los 60/65

años y termina con la muerte (dimensión normativa); y desde el punto de vista valorativo se considera fruto de una construcción social referida al final de la vida. Alude, pues, a una cualidad, a un rasgo o propiedad, que diferencia y distingue a quien la experimenta, por ser jurídicamente relevante (perspectiva axiológica o cultural)²⁹.

2. ENVEJECIMIENTO Y CURSO DE VIDA

Junto a este enfoque estructural de la vejez, cabe desarrollar también una aproximación dinámica, referida al «proceso de envejecimiento», entre otras razones, porque «el devenir vital ha de estudiarse como un todo evolutivo en el que los avances se comprendan teniendo en cuenta un perpetuo *feedback* con el pasado»³⁰.

Desde esta óptica, la ancianidad es un camino evolutivo complejo que se transita lentamente desde el cese del desarrollo corporal³¹. Constituye tanto un proceso bio-psicológico como un proceso histórico y cultural³². En efecto, como ya lo hemos señalado en reiteradas oportunidades, no se es adulto mayor solo porque nuestro cuerpo mute al alcanzar determinadas edades. Se es persona mayor, además, por ser parte del último tramo de un curso de vida que se transita en contextos socioculturales diversos y determinados³³.

La valoración social de la vejez y el juego de los factores de poder, en suma, la impronta de «los otros, no viejos» es determinante de su valoración, muchas veces el lugar que se le atribuye a las personas mayores. A modo de ejemplo, recordemos con Simone de Beauvoir, que el problema negro, es un problema de blancos; el de la mujer, un problema masculino, «pero la mujer lucha por conquistar la igualdad, los negros pelean contra la opresión; en cambio los viejos no tienen ningún arma y su problema es un problema de adultos activos. Estos deciden, según su propio interés práctico e ideológico, acerca del papel que conviene conferir a los ancianos»³⁴.

2.1. REALIDAD: COMPONENTES BIO-PSICOLÓGICOS

Por su parte, la fisiología enseña que el envejecimiento es el lento fenómeno de declive natural que se produce en un organismo por el paso del tiempo y termina con su muerte³⁵. En este estadio, el cuerpo sufre múltiples mutaciones y pérdidas funcionales que lo van debilitando, de las cuales se destacan los cambios morfológicos, los de los mecanismos reguladores o de control y los de los aparatos o sistemas corporales³⁶. Esta fragilidad constituye también un síndrome geriátrico cuando se produce «una reducción multisistémica de la capacidad de reserva», confiriendo un alto riesgo para resultados adversos, aunque es potencialmente reversible y remediable³⁷.

Se considera, asimismo, que el envejecimiento comienza a partir del momento en que termina el desarrollo somático. En el ser humano, este se ubica alrededor de los 30 (treinta) años; sin embargo, se trata de un parámetro relativo ya que no todos los individuos envejecen al mismo ritmo, ni todos los órganos y sistemas lo hacen a la vez. A este fenómeno se lo

denomina «envejecimiento diferencial»³⁸. Para la medicina, además, este proceso debe ser distinguido del de la «senescencia» propiamente dicha, que se corresponde con el último tramo de vida de un organismo longevo³⁹.

En geriatría, el estudio de estos cambios ha dado lugar a la elaboración de muy diversas teorías sobre el envejecimiento. Algunas de ellas hacen hincapié en los elementos genéticos como generadores de este proceso⁴⁰, mientras que otras son decididas hipótesis no genéticas que centran su atención en el factor tiempo como su desencadenante⁴¹. Sea ello como fuere, lo cierto es que en esta etapa de la vida se producen mudanzas físicas y psicológicas que inciden, además, en el mundo jurídico.

Desde el enfoque del curso de vida, el envejecimiento es un proceso de desarrollo complejo, cuya evolución está marcada por los «disciplinamientos» y valoraciones de la cultura y de la historia, y por las habilidades de adaptación de cada sujeto a lo largo de la vida⁴². Por ello, no hay dos envejecimientos que sean similares. El proceso es potencialmente multidireccional, su devenir está atravesado por la cultura —sus metas, aspiraciones y normatividades— y por la historia —necesidades, vínculos, consensos y factores de poder— y genera notables diferencias de los sujetos entre sí⁴³.

Un último aspecto por destacar en este marco es el papel de la capacidad adaptativa del ser humano, su flexibilidad y poder de maniobra respecto de sí mismo. En palabras de Villar Posada, se trata de un «proceso activo en el que el individuo es capaz de cambiar sus propias circunstancias y, hasta cierto punto (dentro de los límites marcados por restricciones biológicas y culturales), ser arquitecto de su propio desarrollo». Ahora bien, en la vejez, esta plasticidad sigue funcionando, aun cuando ella tenga ciertos límites, ya que cada persona cuenta con su capacidad de reserva y mecanismos de selección, optimización y compensación para resolverlo positivamente⁴⁴.

La gerontología identifica al menos tres tipos de procesos de envejecimiento posibles: el robusto, el frágil y el dependiente. En el primero, la persona no registra cambios pronunciados ni en su cuerpo ni en sus redes socioafectivas u ocupacionales, y tampoco en la valoración personal que recibe de su comunidad. El organismo reacciona elaborando estrategias de compensación de las pérdidas sufridas, o bien, logra mantener sus dotes iniciales con facilidad, si las han desarrollado a lo largo del tiempo⁴⁵. Según la psicología evolutiva, hay varias circunstancias que ayudan al sostenimiento de la capacidad de trabajo y de adaptación: haber gozado de una buena formación escolar, continuar en actividad el mayor tiempo posible, la influencia de un entorno estimulante; la presencia de motivaciones vitales fuertes y de afectos y una óptica esperanzada de la vida⁴⁶. Si la persona mayor se siente inútil, sola o aislada, difícilmente podrá obtener buenos resultados en cualquier proyecto que emprenda.

En el proceso de fragilidad, la persona comienza a experimentar debilitamientos, físicos o psíquicos, que le obstaculizan o restringen el ejercicio de sus derechos y libertades. Por su parte, en la etapa dependiente, la persona ya no puede desarrollar por sí misma ni las actividades instrumentales, ni las de la vida diaria⁴⁷. En estos casos, la gerontología actual

también recomienda que la atención de todas estas situaciones se base en el enfoque centrado en la persona, lo cual permite maximizar las oportunidades de bienestar⁴⁸.

Ahora bien, junto a ello es importante recordar que estos procesos no siempre se desarrollan de manera sucesiva, pero pueden aparecer con cada década nueva⁴⁹. Minuciosas investigaciones de campo y experiencias de seguimiento han podido corroborar que existe una significativa correlación entre la manera positiva de enfrentar el futuro, el rendimiento intelectual y el disfrute de la vida⁵⁰. De modo tal que, «es más importante mirar el potencial y las fortalezas de los mayores, en lugar de sus limitaciones»⁵¹.

La Convención Interamericana mencionada, en su artículo 2, define al envejecimiento como un «proceso gradual que se desarrolla durante el curso de vida y que conlleva cambios biológicos, fisiológicos, psico-sociales y funcionales de variadas consecuencias, las cuales se asocian con interacciones dinámicas y permanentes entre el sujeto y su medio». También se refiere al envejecimiento activo y saludable como aquel proceso por el cual se optimizan las oportunidades de bienestar. En cambio, el enfoque de la atención centrada en la persona, por la Convención, queda destinado a todas aquellas que así lo requieran debido a la fragilidad o dependencia que detenten (artículos 2, 6, 7 y 12)⁵².

2.2. CULTURA: DIMENSIÓN HISTÓRICA DE LA VEJEZ

Desde la perspectiva de la complejidad, se advierte también que el ser humano se desarrolla en un escenario histórico, sociocultural, que coexiste con el biológico y que, al igual que este, le proporciona tanto restricciones, como oportunidades. Como observa Villar Posada, las restricciones sociales permiten encauzar la vida y componen «las metas a conseguir en determinados momentos de la vida, los relatos o guiones» presentes en el imaginario colectivo, que especifican cómo es y cómo ha de ser un ciclo vital óptimo. Pero, además, se refieren a los «disciplinamientos» y límites cuyo juego facilita el despliegue de ciertos cursos evolutivos a costa de dificultar otros. Las oportunidades, en cambio, se derivan de los «instrumentos y de las posibilidades que permiten ampliar nuestro horizonte evolutivo y nuestras potencialidades, compensado o superando ciertas restricciones biológicas»⁵³.

Todas estas circunstancias y factores provocan, asimismo muy diversas y ambiguas interpretaciones acerca del envejecimiento y la vejez. Las diferentes miradas en torno a las personas mayores del mundo occidental, respecto del musulmán, africano, oriental o el de las comunidades indígenas nos hablan claramente acerca de la enorme riqueza de sentidos que se han planteado a lo largo de la historia⁵⁴. O bien, podemos observarlo entre los mitos y barreras culturales aún presentes en Naciones Unidas, los cuales, además, dificultan el avance del reconocimiento universal de los derechos humanos de los ancianos⁵⁵.

En efecto, tal como lo hemos señalado en investigaciones anteriores⁵⁶, desde las primeras civilizaciones a la persona mayor se le ha atribuido múltiples significados. Se lo ha considerado un sujeto sobrehumano, capaz de mediar entre este mundo y el otro y ha sido venerado por ello e, igualmente, fue víctima del mayor de los desprecios, se lo ha cosificado. En este marco, no ha sido infrecuente el abandono de las personas mayores, o su directa eliminación, aunque estas prácticas hayan sucedido al compás de rituales sagrados⁵⁷. El

sistema económico ha sido otro de los ingredientes reveladores para el desarrollo de la longevidad, tanto como en la instauración de restricciones y oportunidades sociales. Una vez más es posible concluir que han sido los modos de vida y de producción, la organización general del clan, tribu o pueblo de que se trate y los valores asumidos por la comunidad, los responsables de la enorme diversidad presente del proceso de envejecimiento⁵⁸.

2.3. LA LEY DE LA PALABRA: EL PLANO SIMBÓLICO

El proceso del envejecimiento se desarrolla también en el marco de un complejo escenario de representaciones sociales que definen e institucionalizan el tipo de trayectoria evolutiva posible a lo largo de la vida. Un indicador importante de la influencia decisiva de la dimensión normativa de la cultura lo encontramos en la amplia variedad terminológica a la que han dado lugar las significaciones rectoras sobre esta etapa, aunque no siempre se muestran acordes entre sí.

Así, por ejemplo, utilizamos distintas palabras para hablar de la vejez, como si ella fuera un compartimento estanco, uniformemente válido. Calificamos por igual de «abuelos o abuelas», «ancianos o ancianas», «viejos o viejas» a cualquier persona de 60 y más años sin que medie una relación de parentesco que en verdad lo justifique. Hablamos de «tercera» y «cuarta edad» para hacer más amigable su presencia en el discurso social. O bien, los llamamos «adultos mayores», «personas de edad» o «personas mayores» como estrategia de empoderamiento.

Tampoco suele ser habitual que concibamos a la vejez en términos evolutivos o dinámicos, en calidad de proceso cambiante en el cual se producen constantes modificaciones, crisis y oportunidades en todos los planos de la persona. De hecho, el verbo «envejecer» y el sustantivo derivado «envejecimiento» comenzaron a ser utilizados recién en el siglo XV y su comprensión ha sido motivo de las investigaciones médicas que alumbraron la geriatría del siglo XIX.

Sea ello como fuere, lo cierto es que la asunción cultural del fenómeno del envejecimiento ha ido generando históricamente una variedad de términos que integran nuestro idioma y nos hablan de las dificultades para asirla, de la pluralidad valorativa y de su complejidad. Según los estudios etimológicos de Corominas⁵⁹, una de las palabras castellanas más antiguas para hacer referencia a esta etapa de la vida es el término «viejo», cuyos primeros registros datan de textos medievales de 1068. Proviene del latín *vetulus*, que significa de cierta edad, o algo viejo, o viejecito; y en latín vulgar sustituyó al clásico *vetus-eris*, del cual *vetulus* era su diminutivo. De este concepto se derivó «vejezuelo», que comienza a utilizarse hacia 1290; el término «vejez» en el siglo XIV, o el verbo «envejecer» y sus derivados «envejecido» y «envejecimiento» del siglo XV (1438). En los siglos XVII y XVIII (1739) aparecen los vocablos «vejistorio» y «vejete» y el verbo «avejentar» en el siglo XIX.

Por otra parte, del clásico *vetus* se derivó la palabra «veterano» en la modernidad, durante el siglo XVII y el vocablo «vetusto» y «veterinario» en el siglo XIX. Estos provienen del latín *veterinarius*, derivado de *veterinae*, que significa «bestia de carga»; «animal viejo» impropio para montar que necesita más del veterinario que los demás. También se han

encontrado registros del término «vejar», tomado del latín *vexare*, que significa sacudir violentamente, maltratar, desde el año 1531. De allí surgió además el término «vejación», encontrado en textos de mediados de 1400; «vejamen», de 1739; «vejatorio», «vejestorio», «vejete» y, nuevamente, «vejez»⁶⁰.

Sin duda, semejante carga de sentidos negativos provocó que la palabra «vejez» y sus derivados fueran haciéndose cada vez más impopulares, hasta llegar a ser incluso vergonzantes. Ahora bien, tampoco hay que olvidar que la gerontología actual y la Convención Interamericana (artículo 2) las han rescatado como parte de las políticas de discriminación inversa.

Un vocablo que aparece cronológicamente después de «vejez» es la palabra «mayor», cuyos registros datan del año 1140. Este término proviene del latín *major*, *-oris*, comparativo de *magnum*, grande. Hacia 1220 encontramos «mayoral» y la palabra «mayoría» en 1251. A partir del año 1370 comienza a usarse la palabra «mayorazgo». Mientras que la voz «máxima», en tanto regla suprema, aparecerá documentada recién hacia el siglo XVII⁶¹.

El término «señor», de fines del siglo XI, también es una voz que denota la idea de comparación, pues proviene del latín *senior*, *-oris*, que significa «más viejo». Durante el Bajo Imperio romano el plural *seniores*, fue empleado para designar a los varones mayores más respetables, por su condición de miembros del senado romano, o por su condición de dirigentes de las comunidades hebreas y cristianas. Posteriormente, la voz *senior* se utilizó como tratamiento de respeto a todo superior y acabó por hacerse sinónimo de *dominus*, «dueño», a principios de la Edad Media. En el lenguaje hablado del Siglo de Oro se empleaba la palabra señor contraído con *seor*, *sor*, *so*. Pero este último, *so*, acabó por emparejarse con palabras insultantes para intensificar su sentido⁶².

Por su parte, el término «anciano/anciana» proviene de la primera mitad del siglo XIII, finales de la Edad Media. Es un derivado del antiguo adverbio romance *anzi* que significa: «de antes» y procede a su vez del latín *ante*. Con esta palabra, en particular se destaca la relación del ser humano con el tiempo. Por ello, será anciana la persona que cuenta con un «antes» de peso, con un pasado mayoritario, que respalda la esperanza acotada de lo que vendrá⁶³.

«Senil», significa en cambio, «propio de la vejez» y sus registros se remontan a la Edad Moderna, hacia mediados del siglo XVII. Desde la etimología se sabe que este término está tomado del latín *senilis*; y deriva de «senectud» —del latín *senectus*, *-utis*, vejez—, palabra que aparece registrada ya en textos de 1438. También está emparentada con el término «senado», de 1280 y «senador», de 1220, cuya construcción deriva del latín *senatus*, *-us*, que propiamente significa «consejo de los ancianos». De «senil» devendrá la voz «senilidad», aparecida recién a partir del siglo XX⁶⁴.

En la actualidad, se han sumado otros términos que aluden a esta etapa de la vida. Así, por ejemplo, la expresión «tercera edad» surge en los años sesenta, como consecuencia de la instauración de la jubilación universal en Francia. Su uso intentó romper los prejuicios negativos en torno a la vejez, detrás de un número que habilitara el inicio de una etapa con nuevas posibilidades vitales. Quizás por ello esta expresión fue asociada a programas re-

creativos, educativos o sociales con gran éxito. Pero, además, ha sido recogido por algunas constituciones del mundo, como es el caso del artículo 50 de la Constitución española⁶⁵.

Otra palabra que se ha popularizado mucho en este tiempo es la noción de «jubilado o jubilada», y «sujeto pasivo», para hacer referencia a todas aquellas personas de 60 o más años que han dejado de formar parte de la producción económica, activa, para acceder al sistema previsional.

Por su parte, los términos «adultos mayores», «personas de edad», o «personas mayores» se han impuesto en los organismos internacionales de derechos humanos, buscando así designar a un sujeto menos diferenciado de la persona adulta joven, emparentado con la idea de autonomía⁶⁶. El enfoque de género también ha incidido en la creciente adopción de la expresión «persona mayor» como término preferido a cualquier otro⁶⁷.

3. IMPORTANCIA PARA LOS DERECHOS HUMANOS

El Derecho de este tiempo ha heredado los múltiples significados reseñados en el apartado anterior de manera simultánea, razón por la cual, en la práctica jurídica resultan imprecisos, ambiguos y cargados de connotaciones no asumidas críticamente. Por ello, es preciso trabajar en la deconstrucción de los sentidos negativos de la vejez para resignificarlos con sentidos jurídicos positivos⁶⁸.

En la legislación actual y en las sentencias de nuestros tribunales de justicia también está presente la confusión que produce la histórica mezcla de sentidos, dando lugar inevitablemente a prácticas viejistas, o edadistas debido a la vejez⁶⁹. Así, por ejemplo, es corriente encontrar en ellas el empleo de las voces ancianidad o vejez, automáticamente asociadas con el término incapacidad o inhabilitación; o bien con el vocablo enfermedad. Con frecuencia, se utiliza la expresión jubilada, pensionada o sujeto pasivo, como si la complejidad de la vejez pudiera resumirse en esa condición.

Sin embargo, diferenciar entre simple vejez y senilidad calificada, entre persona mayor auto válida, semi-independiente o absolutamente dependiente, hace más fácil la tarea de construcción de respuestas jurídicas legítimas. Instituciones como la restricción a la capacidad, la inhabilitación o la incapacitación, por ejemplo, pueden verse directamente beneficiadas con ello. También ayuda a lograr un mejor diseño de garantías jurídicas que protejan los derechos subjetivos de las personas mayores de acuerdo con su efectiva condición de vida⁷⁰.

En el campo normativo, la Constitución española, por ejemplo, hace uso de la expresión «tercera edad» en su artículo 50. En cambio, La Constitución Nacional argentina utiliza la expresión «ancianos», en el artículo 7, inc. 23, referido al desarrollo de acciones positivas.

Por su parte, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos de las Personas Mayores ha hecho uso de los términos «persona mayor», «persona adulta mayor»

o «vejez»⁷¹. También ha definido el concepto de «envejecimiento» y el de «envejecimiento activo y saludable», como vimos en el apartado anterior.

En relación con la situación de fragilidad o dependencia de la persona mayor, el artículo 6 dispone: «Los Estados parte tomarán medidas para que las instituciones públicas y privadas ofrezcan a la persona mayor un acceso no discriminatorio a cuidados integrales, incluidos los cuidados paliativos, eviten el aislamiento y manejen apropiadamente los problemas relacionados con el miedo a la muerte de los enfermos terminales, el dolor, y eviten el sufrimiento innecesario y las intervenciones fútiles e inútiles, de conformidad con el derecho de la persona mayor a expresar el consentimiento informado».

En esta misma dirección, el artículo 7 reconoce el derecho de la persona mayor a tomar decisiones, a la definición de su plan de vida, a desarrollar una vida autónoma e independiente, conforme a sus tradiciones y creencias, en igualdad de condiciones y a disponer de mecanismos para poder ejercer sus derechos. También obliga a los Estados parte a adoptar «programas, políticas o acciones para facilitar y promover el pleno goce de estos derechos por la persona mayor, propiciando su autorrealización, el fortalecimiento de todas las familias, de sus lazos familiares y sociales», y de sus relaciones afectivas. En particular, requiere que la persona no se vea obligada a vivir con arreglo a un sistema de vida específico⁷².

Por último, el artículo 12 dispone: «La persona mayor tiene derecho a un sistema integral de cuidados que provea la protección y promoción de la salud, cobertura de servicios sociales, seguridad alimentaria y nutricional, agua, vestuario y vivienda; promoviendo que la persona mayor pueda decidir permanecer en su hogar y mantener su independencia y autonomía»⁷³.

La incorporación de este tratado al Derecho argentino con jerarquía constitucional ha generado que la jurisprudencia evolucione hacia la incorporación del enfoque complejo de la vejez y al de la atención centrada en la persona. Así, en un emblemático fallo argentino de 1982 referido a la restricción de la capacidad jurídica de una persona mayor⁷⁴, la Cámara Nacional Civil, Sala D, planteó la necesidad de distinguir entre «senectud, simple ancianidad o envejecimiento normal», de la «senilidad patológica o calificada senilidad»⁷⁵. En concreto señaló que, «ni la actitud básica de comprensión —el discernimiento— ni la adquirida razonabilidad de los juicios, ni la posibilidad de exteriorizar las resoluciones mediante su manifestación disminuyen por el solo transcurso de la vida, sin perjuicio de que deterioros de estos tipos se dan frecuentemente en los ancianos».

Este caso sentó un importante precedente, ya que, desde entonces, los jueces utilizan criterios parecidos sobre la vejez para resolver conflictos vinculados a personas mayores

En el año 2004, por ejemplo, un Tribunal de Alzada expresó que «la ancianidad como proceso fisiológico normal, no excluye la salud. No puede entenderse, entonces, que no gozan de ella personas en quienes la ciencia médica no registra modos de ser anormales con relación a su edad. El temor de que el anciano no haga buenos negocios, como cualquier persona, no tiene su remedio en la inhabilitación, si ello no resulta de un estado patológico»⁷⁶.

En otro caso interesante, la justicia desestimó la demanda de restricción de la capacidad jurídica solicitada por la hija de un hombre de noventa años por no encontrarse cumplidos los requisitos exigidos por el art. 152 bis, inc. 3º, del viejo Código Civil argentino. Uno de los argumentos esgrimidos por la hija aludía a las grandes sumas de dinero que su padre gastaba en su vida cotidiana. Sin embargo, tanto en primera como en segunda instancia, se reconoció que «no es irracional que la persona mayor pretenda tener un estándar de vida sin sobresaltos mientras no comprometa su capital ni absorba la totalidad de sus utilidades». Tampoco se consideraron relevantes para restringir la capacidad «las limitaciones motoras en la deambulación y el deterioro de la visión y audición propias de una edad avanzada». Las dolencias y afecciones propias de la vejez, enfatizó el tribunal, «no pueden convertirse por sí solas en fuente de disminución de la capacidad civil»⁷⁷.

En uno de los últimos fallos, de octubre de 2022, la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina se pronunció en este mismo sentido. En el caso *G. P., E. N. c/ IOSPER s/ acción de amparo*⁷⁸, remarcó la necesidad de resguardar el derecho a la vida, a vivir con dignidad, al disfrute del más alto nivel posible de la salud, y a la protección judicial efectiva en la vejez, sin ritualismos infundados, que se encuentran especialmente reconocidos en la Constitución nacional y en los instrumentos internacionales en vigor.

La incidencia del nuevo enfoque sobre la vejez no solo se observa en los tribunales nacionales. La propia Corte Interamericana de Derechos Humanos hace gala de esta nueva concepción en las dos únicas sentencias con las que por ahora contamos en el campo del Derecho de la vejez. Tanto en *Poblete Vilches vs. Chile*⁷⁹, como en *Muelle Flores vs. Perú*⁸⁰, la Corte ha dicho enfáticamente que las personas mayores ahora cuentan con protección reforzada, sobre todo en torno a su autonomía y dignidad.

4. REFLEXIONES FINALES

Para el Derecho actual, ser una persona mayor significa asumir la última etapa del ciclo vital sin estar exclusivamente atado a la naturaleza, ni a cada cumpleaños o a lo que dice caprichosa o anacrónicamente la ley.

Implica reconocer que el envejecimiento es un proceso flexible y difuso para cada persona, tanto como para cada comunidad.

En suma, requiere entender que la longevidad se ha convertido en un fenómeno revolucionario, masivo, feminizado por la mayor expectativa de vida de las mujeres y sumamente variable, lo cual impone la necesidad de construir dispositivos jurídicos acordes con esta misma diversidad.

Por ello, los derechos humanos de las personas mayores en vigor serán además legítimos y eficaces si y solo si se asume a la vejez en su complejidad cronológica, histórica y cultural.

NOTAS

1. Dabove (2002: 83-103; 2017: 9-43 y 2021a: 6-9).
2. Ciuro Caldani (2021).
3. «La edad como tal, la variable edad, no es causa de estos cambios, sino a lo más un indicador de lo que suele ocurrir en un período cronológico determinado. La variable edad, pues, no puede ser ni una variable independiente (causal), ni, de suyo, una variable dependiente. Según el modelo teórico del desarrollo que se adopte podrá considerarse la edad como una función referencia» (Aragó, 1980: 156).
4. «Los factores biográficos, psicológicos, sociales, económicos y ecológicos tienen influencia. Podrán causar cambios no solo en los individuos en sí mismos, para la vida y las relaciones familiares (de 3 a 5 generaciones familiares), para el sistema de atención de la salud; sino también para el mercado laboral, para la jubilación y la pensión (2 generaciones en retiro por edad). Podrán tener consecuencias para la economía y el sistema de bienestar social [...] El envejecimiento no es solo un proceso biológico o fisiológico. También es una fortuna social». Al respecto, *vid.* Leher (1993: 3); Rubio Herrera (1983: 25-30); y Sagrera (1992: 105).
5. Leher (1980: 11-45; y 1993: 3-27); Sagrera (1992: 105); Ribera Casado (1996: 27-49); Estévez Castromil (1991: 125-132); y Dabove (2002: 83-102).
6. Organización de Estados Americanos, Asamblea General (2015).
7. «Artículo 2: Persona mayor: Aquella de 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que esta no sea superior a los 65 años. Este concepto incluye, entre otros, el de persona adulta mayor. “Vejez”: Construcción social de la última etapa del curso de vida» (Organización de Estados Americanos, Asamblea General, 2015).
8. Dabove (2002: 102-108; y 2002: 115-260).
9. Dabove (2002: 109-110; 2002: 369-407).
10. «El tiempo es solo un índice globalizador de una serie de variables y procesos interrelacionados que actúan a lo largo del tiempo y que son los responsables del cambio evolutivo. Pero la edad como tal, la variable edad, no es causa de estos cambios, sino a lo más un indicador de lo que suele ocurrir en un período cronológico determinado. La variable edad, pues, no puede ser ni una variable independiente (causal), ni, de suyo, una variable dependiente. Según el modelo teórico del desarrollo que se adopte podrá considerarse la edad como una función referencial» Arago (1980: 156-160) y Dabove (2002: 90-102)
11. Poviña (1988: 105); Iacub (2002: 155-157)
12. Erikson (2000: 4-136); Baltes y Freund (2007: 45-62); Baltes; Lindenberger y Staudinger (2006: 1029-1143); Fernández Ballesteros (2004: 31-53); Villar Posada (2005: 1-44); Urrutia, Cornachione, Moisset de Espanés, Ferragut y Guzmán (2009); y Guzmán y Sesma (2012: 218-228).
13. Iacub (2012: 15-29); y Foucault (1980: 7-189; 1993: 7-134; 2015: 6-384)
14. Roqué (2005: 15-27); Fassio (2001: 2-47); Martínez Maldonado; Vargas Guadarrama y Mendoza Núñez (2004: 4-38); Sirvent (2004: 129-141); Sirvent y Rigal (2012: 3-184); Rodríguez Domínguez (1989: 97); Granjel (1991: 62); y Tornstam (1992: 17)
15. Organización Mundial de la Salud (1999-2000; 2015: 44-47); y Giró Miranda (2006: 11-254).
16. Huenchuan (2006: 52); Roqué y Fassio (2012: 17-30); Roqué y Fassio (2014); y Dulcey-Ruiz (2013: 175-180).

17. Salvarezza (2009: 27-59; 2009: 167-182); Iacub, Ricardo, (2011: 33-75; 2012: 15-51); Baltes y Baltes (1990: 1-34); Baltes y Freund (2007: 45-62); Baltes; Lindenberger y Staudinger (2006: 1029-1143) y Arias y Scolni (2012: 11-223).

18. «La vejez es una de las contingencias sociales cubiertas por el sistema de seguridad social. Esta contingencia puede entenderse en dos sentidos diferentes: como sinónimo de ancianidad, es decir, como el último período de la vida ordinaria del hombre, al que se llega después de un largo recorrido vital en que se ha desarrollado una actividad, y, en un segundo sentido, la vejez es sinónimo de senectud o senilidad, entendida como minusvalía psicosomática producida por la acción del tiempo» (Etala, 2008: 87-185).

19. Butler (1969: 243-246); Levy y Banaji (2004: 5-17); y Salvarezza (2002: 5).

20. De Beauvoir (1989).

21. Dabove (2002: 265-278).

22. *Ibidem*: 80-100.

23. Basile (1998: 5-17).

24. «La evidencia empírica disponible muestra que existe una estrecha relación entre dependencia y edad, pues el porcentaje de individuos con limitaciones en su capacidad funcional aumenta conforme consideramos grupos de población de mayor edad. Ese aumento en las tasas de prevalencia por grupos de edad no se produce a un ritmo constante, sino que existe una edad (alrededor de los 80 años) en que dicho aumento se acelera notablemente. No es extraño por ello que la dependencia se vea como un problema estrechamente vinculado al envejecimiento demográfico y que algunas veces, en una visión reduccionista, se tienda a considerar la dependencia como un fenómeno que afecta sólo a los mayores. En realidad, la dependencia recorre toda la estructura de edades de la población. No se puede circunscribir por ello el fenómeno de la dependencia al colectivo de las personas mayores» (Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO), 2005: 23).

25. El anciano cronológico no sufrirá, por ello limitación alguna en sus derechos, ni perderá un ápice su dignidad de persona, ni de los derechos inviolables que son inherentes a dicha condición. Zurita Martín (2004: 17).

26. Iacub (2012: 15).

27. Goldschmidt (1987: 441); Ciuro Caldani (1986: 35); Dabove y Soto (1992: 113); y Dabove (2002: 79-82).

28. Dabove (2002: 404-409).

29. *Ibidem*: 109-110.

30. Aragón (1980: 151).

31. Erikson (2000: 4-136); Baltes y Freund (2007: 45-62); Villar Posada (2005: 4); y Iacub (2011: 33-75).

32. Dulcey-Ruiz (2013: 473-490); Villar Posada (2005: 4-21); y Iacub (2013: 75-89).

33. Dabove (2002: 109).

34. De Beauvoir (1989: 108).

35. Viña (2005: 1148); y Romero Cabrera (2010: 81-90).

36. Ribera Casado (1996: 28-35); y Dabove (2002: 90).
37. Romero Cabrera (2010: 81-90).
38. Viña (2005: 1148).
39. Viña (2005: 1149); De Grey y Rae (2013: 5-492); y Sommer (2013: 37-79).
40. Entre las teorías genéticas más significativas se podrían citar, por ejemplo, la teoría de la lesión en el ADN, la teoría de la mutación somática y la teoría del error. Todas ellas parten del supuesto común de la existencia de un programa genético en el que se apoya el límite del período de la vida en todas las especies, incluso en la humana. Dabove (2002: 91-92); y Mora Teruel (2005: 1155-1163).
41. «Dentro de las teorías no genéticas, en cambio, se suele citar a la teoría del deterioro, a la teoría de la privación y a la teoría de la acumulación. Pero quizás, aún se podría agregar a la teoría de la actividad-compromiso, propuesta por Cavan en 1949, y a la teoría de la desvinculación, elaborada Cumming y Henry en 1961». Dabove (2002: 92-93).
42. Villar Posada (2005: 6-13); Dulcey-Ruiz (2013: 473-490); y Iacub (2013: 75-89).
43. Villar Posada (2005: 6-13); y Iacub (2013: 80-88).
44. Baltes (1987: 611-626); y Villar Posada (2005: 14).
45. Erikson (2000: 4-136); Baltes y Freund (2007: 45-62); y De Miguel (2001-2002: 49-81).
46. Iacub (2011: 25-37).
47. Entre otros puede verse: Musso; Jauregui; Macías-Núñez y Covic (eds.) (2021: 1-183); Hoogendijk; Afilalo; Ensrud; Kowal; Onder y Fried (2019: 1365-1375); Robles Raya; Miralles Basseda; Llorach Gaspar y Cervera Alemany (2006: 25-32); Redondo; y Manzotti y de la Torre (2014: 17-33).
48. Entre la profusa bibliografía sobre el tema, se destacan: Martínez Rodríguez (2013: 209-231); Villar Posada y Serrat (2017: 216-222); Vila Miravent; Villar Posada; Celdrán Castro y Fernández (2012: 109-117); Dois Castellón (2022: 97-99); Gutiérrez Martínez (2017: 1-30) y Revilla Martín (2022).
49. Por ello, las investigaciones en este campo suelen referirse a grupos de 60 a 74 años, de 75 y 84 y de 85 y más. En la Argentina, por ejemplo, el 60 % de las personas de 75 y más años vive una vejez robusta, en cambio el 40 % experimenta fragilidad y dependencia. Instituto Nacional de Estadística y Censos (2014: 9-19).
50. Arias (2009); Polizzi y Arias (2014: 61-70); Arias, (2008: 54-61); y Lenkiewicz (2014: 4-20).
51. Iacub (2014); y Arias (2015: 149-172).
52. «Persona mayor que recibe servicios de cuidado a largo plazo»: Aquella que reside temporal o permanentemente en un establecimiento regulado sea público, privado o mixto, en el que recibe servicios sociosanitarios integrales de calidad, incluidas las residencias de larga estada, que brindan estos servicios de atención por tiempo prolongado a la persona mayor, con dependencia moderada o severa que no pueda recibir cuidados en su domicilio.
- «Servicios socio-sanitarios integrados»: Beneficios y prestaciones institucionales para responder a las necesidades de tipo sanitario y social de la persona mayor, con el objetivo de garantizar su dignidad y bienestar y promover su independencia y autonomía.
53. Villar Posada (2005: 13-15).

54. Sobre vejez y diversidad la bibliografía es muy abundante, sin embargo, en especial puede consultarse: Beauvoir (1989: 107); Granjel (1991: 13); Alba (1992: 18); Sagrera (1992: 108); Minois (1989: 27-32); Feixa (1996: 319-335); Yuni (2011: 1-110); Viveros Madariaga (2001: 9- 31); López; Cataño; López y Velásquez (2011: 287-304); Dabove (2008: 7- 26); Oddone (2012: 55; 2014: 82); y Rojo-Perez; Rodriguez-Rodriguez; Montes De Oca Zavala y Oddone (2015: 2121-2130).

55. United Nations (2016); Roqué (2015a: 67-85); Roqué (2015b: 1-228).

56. Dabove (2002: 115-121).

57. Beauvoir (1989: 107); Granjel (1991: 13); Alba (1992: 18); Sagrera (1992: 108); Minois (1989: 27-32); Frazer (1993: 433); Malinowski (1974: 155; 1991: 76); Hoebel (1961: 419-432); Lévi-Strauss (1978: 157); Mauss (1979: 50); Mead (1956: 45); y Kirk (1973: 11).

58. Alba (1992: 31); y Dabove (2002: 126).

59. Corominas (1980: 606).

60. *Ibidem*: 599.

61. *Ibidem*: 386.

62. *Ibidem*: 530.

63. *Ibidem*: 50.

64. *Ibidem*: 530.

65. Dabove (2002: 313; y 2020: 29-64); y Iacub (2011: 40-43.)

66. Iacub (2011: 40-43)

67. Dabove (2021b: 217-228).

68. Dabove (2002: 103-110); y Estevez Castromil (1991: 125).

69. Gendron; Welleford; y Inker y White (2016: 997-1006).

70. Guillemard (1992: 116); y Basile (1998: 5-17).

71. Organización de Estados Americanos, Asamblea General (2015).

72. «En especial, asegurarán:

a) El respeto a la autonomía de la persona mayor en la toma de sus decisiones, así como a su independencia en la realización de sus actos.

b) Que la persona mayor tenga la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vea obligada a vivir con arreglo a un sistema de vida específico.

c) Que la persona mayor tenga acceso progresivamente a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad, y para evitar su aislamiento o separación de esta».

73. «Los Estados parte deberán diseñar medidas de apoyo a las familias y cuidadores mediante la introducción de servicios para quienes realizan la actividad de cuidado de la persona mayor, teniendo en

cuenta las necesidades de todas las familias y otras formas de cuidados, así como la plena participación de la persona mayor, respetándose su opinión.

Los Estados parte deberán adoptar medidas tendientes a desarrollar un sistema integral de cuidados que tenga especialmente en cuenta la perspectiva de género y el respeto a la dignidad e integridad física y mental de la persona mayor.

Para garantizar a la persona mayor el goce efectivo de sus derechos humanos en los servicios de cuidado a largo plazo, los Estados Parte se comprometen a:

- a) Establecer mecanismos para asegurar que el inicio y término de servicios de cuidado de largo plazo estén sujetos a la manifestación de la voluntad libre y expresa de la persona mayor.
- b) Promover que dichos servicios cuenten con personal especializado que pueda ofrecer una atención adecuada e integral y prevenir acciones o prácticas que puedan producir daño o agravar la condición existente.
- c) Establecer un marco regulatorio adecuado para el funcionamiento de los servicios de cuidado a largo plazo que permita evaluar y supervisar la situación de la persona mayor, incluyendo la adopción de medidas para:
 - i. Garantizar el acceso de la persona mayor a la información, en particular a sus expedientes personales, ya sean físicos o digitales, y promover el acceso a los distintos medios de comunicación e información, incluidas las redes sociales, así como informar a la persona mayor sobre sus derechos y sobre el marco jurídico y protocolos que rigen los servicios de cuidado a largo plazo.
 - ii. Prevenir injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar o unidad doméstica, o cualquier otro ámbito en el que se desenvuelvan, así como en su correspondencia o cualquier otro tipo de comunicación.
 - iii. Promover la interacción familiar y social de la persona mayor, teniendo en cuenta a todas las familias y sus relaciones afectivas.
 - iv. Proteger la seguridad personal y el ejercicio de la libertad y movilidad de la persona mayor.
 - v. Proteger la integridad de la persona mayor y su privacidad e intimidad en las actividades que desarrolle, particularmente en los actos de higiene personal.
- d) Establecer la legislación necesaria, conforme a los mecanismos nacionales, para que los responsables y el personal de servicios de cuidado a largo plazo respondan administrativa, civil y/o penalmente por los actos que practiquen en detrimento de la persona mayor, según corresponda.
- e) Adoptar medidas adecuadas, cuando corresponda, para que la persona mayor que se encuentre recibiendo servicios de cuidado a largo plazo cuente con servicios de cuidados paliativos que abarquen al paciente, su entorno y su familia».

74. Méndez Costa (1983: 312).

75. Argentina. Cámara Nacional Civil (1982).

76. Argentina. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (2004).

77. Argentina. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín (2009).

78. Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación (2022). El Superior Tribunal de Provincia rechazó la acción de amparo tendiente a obtener la incorporación de la actora como afiliada a una obra social,

fundando su decisión en que la peticionaria tenía otra cobertura de salud y no había demostrado padecer un problema de salud urgente. La Corte, por mayoría, revocó esta sentencia al considerar que se habían interpretado con infundado ritualismo los recaudos para la admisibilidad de esta vía procesal sin ponderar la naturaleza de los derechos implicados en la acción. Expresó que se habían interpretado y aplicado los requisitos del amparo local soslayando el derecho a una tutela judicial efectiva y a interponer un recurso rápido y sencillo ante tribunales competentes frente a la vulneración de derechos fundamentales, más aun considerando que la determinación de la existencia o inexistencia del derecho de la actora no exigía una mayor amplitud de debate o de prueba. Agregó el Tribunal que la vía del amparo es particularmente pertinente cuando se trata de la preservación de la salud y la integridad psicofísica y que la actora pertenece al colectivo de personas mayores, cuyos derechos a la vida y a vivir con dignidad en la vejez, a la salud, y a la protección judicial efectiva, se encuentran especialmente protegidos. Señaló además que el tribunal había soslayado la constancia que acreditaba que la actora requería de forma urgente atención médica de manera sostenida y permanente y que afirmó en forma dogmática que la actora se encontraba afiliada a otra obra social desoyendo que ésta había explicado que la casa previsional local derivaba a sus aportes a la entidad demandada. Votos Rosatti, Maqueda (Disidencia Propia), Lorenzetti (Voto conjunto) Rosenkrantz 1CSJ 1836/2018/CS1.

79. Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018) *Poblete Vilches y otros vs. Chile*, sentencia del 8 de marzo de 2018. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf>.

80. Corte Interamericana de Derechos Humanos (2019) *Muelle Flores vs. Perú*, sentencia de 06 de marzo de 2019. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_375_esp.pdf>.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBA, Víctor (1992): *Historia social de la vejez*, Barcelona: Laertes.
- AGUIRRE, Fernando (1989): *El sistema de clases pasivas*, Granada: Comares.
- ARAGÓ, Joaquín M. (1980): «El proceso de envejecimiento: aspectos psicológicos», *Estudios de Psicología*, 2, 156.
- ARIAS, Claudia J. (2008): «El apoyo social en la vejez: alternativas de acción frente a los desafíos del envejecimiento poblacional», *Perspectivas en Psicología*, 5(2), 54-61.
- (2009): «La red de apoyo social. Evaluación e intervención con personas adultas mayores», *Revista de Psicología da IMED*, 1 (1), 147-158.
 - (2015): «La red de apoyo social. Cambios a lo largo del ciclo vital». *Revista Kairós Gerontología*, 18 (20), 149-172.
- ARIAS, Claudia J. y María Belén Sabatini (2010): «Experiencias de fluidez y vejez. Revisión de diversos hallazgos de investigación», *Revista de Psicología da IMED*, 2(2), 409-419.
- ARIAS, Claudia J. y Mirta SCOLNI (2012): «El Apoyo Social en la Investigación e Intervención Comunitaria con Adultos Mayores» [en línea], <<https://www.desarrollosocial.gob.ar/wp-content/uploads/2015/05/Gerontolog--a-Comunitaria-Modulo-61.pdf>>. [Consulta: 30/11/2022.]
- ARISTÓTELES (1985): *Retórica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- (1989): *La Política*, Madrid: Espasa Calpe-Austral.
- BALTES, Paul B. (1987): «Theoretical propositions of Life-Span Developmental Psychology: On the dynamics between growth and decline», *Developmental Psychology*, 23, 611-626.
- BALTES, Paul B. y Margret M. BALTES (1990): «Psychological perspectives on successful aging: the model of selective optimization with compensation», en P. Baltes, Paul y M. M. Baltes (eds.), *Successful aging. Perspectives from the behavioral sciences*, Cambridge: Cambridge University Press.
- BALTES, Paul B. y Alexandra M. FREUND, (2007): «El potencial humano como orquestación de la sabiduría y la optimización selectiva con compensaciones», en Ú. M. Staudinger y L. G. Aspinwall (eds.),

- Psicología del Potencial Humano. Cuestiones fundamentales y normas para una Psicología Positiva*, Barcelona: Gedisa, 45-62.
- BALTES, Paul B., Ulman LINDENBERGER y Úrsula M. STAUDINGER (2006): «Life-span theory in developmental psychology», en R. M. Lerner (ed.), *Handbook of child psychology*, Nueva York: Wiley, 1029-1143.
- BARASH, David P. (1994): *El envejecimiento*, Barcelona: Salvat.
- BASILE, Héctor (1998): «Envejecimiento normal y patológico. Psicología y sociología», *Conceptos. Boletín de la Universidad del Museo Social Argentino*, 73(1), 5-17.
- BEAUVOIR, Simone de (1989): *La vejez*, Barcelona: Edhasa.
- CICERÓN (1993): *De la vejez*, México: Porrúa.
- COROMINAS, Joan (1980): *Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana*, Madrid: Gredos.
- CIURO CALDANI, Miguel A. (1986): «Libertad, Participación, Comunidad», en M. Á. Ciuro Caldani (dir.), *Filosofía, Literatura y Derecho*, Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 19-46.
- (2021): *Una teoría del derecho*, Buenos Aires: Astrea.
- COLLOMP, Alain (1991): «Familias. Viviendas y cohabitaciones», en P. Aries y G. Duby (1991): *Historia de la vida privada. La comunidad, el Estado y la familia*, Buenos Aires: Taurus, 103-120.
- CORNACCIONE, María, Andrés I. Urrutia, Lilian P. Ferragut, Gastón Moisset de Espanés, Elena Guzmán y Santiago Sesma (2012): «Validez y estabilidad de la Escala Multidimensional de Generatividad (EMG)», *Anuario de Investigaciones de la Facultad de Psicología*, 1(1), 218-228.
- DABOVE, María Isolina (2002): *Los derechos de los ancianos*, Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- (2017): *Derechos humanos de las personas mayores. Acceso a la justicia y protección internacional*, Buenos Aires: Astrea.
- (2018): «La problemática de la vejez en el Derecho Argentino: razones para la construcción del derecho de la ancianidad», *Estudios Interdisciplinarios sobre o Envelhecimento*, 13(1), 7-26.
- (2020) «El derecho de la vejez y la constitución española», en C. M. Romeo Casabona (dir.), *Tratado de Derecho y Envejecimiento. La adaptación del derecho a la nueva longevidad*, Madrid: Escuela de Pensamiento-Fundación Mutualidad Abogacía, 29-64.
- (2021a): *Derecho de la Vejez. Fundamentos y alcance*, Buenos Aires: Astrea.
- (2021b) «Mujeres mayores: pasado, presente y porvenir de sus derechos», en G. Boquin y P. Fernández Andreani, *Igualdad real de las mujeres*, Buenos Aires: Astrea, 217-228.
- DABOVE, María Isolina y Alfredo M. SOTO (1992): «Algunas ideas en torno a la igualdad en relación con la discriminación y a la especificidad», *Investigación y Docencia*, 20.
- DE GREY, Aubrey y Michael RAE (2013): *El fin del envejecimiento. Los avances que podrían revertir el envejecimiento humano durante nuestras vidas*, Buenos Aires: Lola Books.
- DE MIGUEL NEGREDO, Adelia (2001-2002): «Adaptación positiva en el proceso de envejecimiento», *Tabanque: Revista pedagógica*, 16, 49-81.
- DOIS CASTELLÓN, Angelina (2022): «La atención centrada en la persona como eje de del modelo de salud», *Horizonte de enfermería*, 33(2), 97-99.
- DULCEY-RUIZ, Elisa (2013): *Envejecimiento y vejez. Categorías conceptuales*, Bogotá – Santiago de Chile: Fundación Cepsiger para el desarrollo humano y Red Latinoamericana de Gerontología, 175-180.
- ERASMO DE ROTTERDAM (1989): *Elogio de la locura*, Madrid: Alianza.
- ERIKSON, Erik H. (2000): *El ciclo vital completado*, Barcelona: Paidós Ibérica.
- ESTÉVEZ CASTROMIL, Carmen (1991): «La vejez desde el cono invertido», *Clínica y análisis grupal*, 15(56), 125-132.
- ETALA, Carlos A. (2008): *Derecho de la seguridad social*, Buenos Aires, Astrea.
- FASSIO, Adriana (2001): *Organizaciones de la sociedad civil y redes solidarias entre personas de edad*, Buenos Aires: Centro de Estudios Organizacionales - Facultad de Ciencias Económicas, UBA.
- FEIXA, Carles (1996): «Antropología de las edades», en J. Prat y Á. Martínez (eds.), *Ensayos de Antropología Cultural. Homenaje a Claudio Esteva-Fabregat*, Barcelona: Ariel, 319-335.

- FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Rocío (2004): «Gerontología Social. Una introducción», en R. Fernández Ballesteros (dir.), *Gerontología Social*, Madrid: Pirámide, 31-53.
- FLOREZ TASCÓN, Francisco J., Enrique LAHER MONTOYA *et. al.* (1991): «Gerontología experimental y envejecimiento cerebral normal», *Geriatría- Revista Iberoamericana de Geriatría y Gerontología*, 1(1) 19, 35-47.
- FOUCAULT, Michel (1980): *Microfísica del poder*, Madrid: Ediciones de la Piqueta.
- (1992): *Historia de la locura en la Época Clásica*, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, tomo I.
 - (1992): *La vida de los hombres infames*, Buenos Aires: Altamira -Nordan Comu.
 - (1993): *Las redes del poder*. Buenos Aires: Almagesto.
 - (2015): *Vigilar y castigar*, Madrid-Buenos Aires: Siglo XXI.
- FRAZER, James G. (1993): *La rama dorada*, Madrid: Fondo de Cultura Económica.
- GARAY LILLO, José y Cristina LATORRE DOMINGO (1996): «La sexualidad y la tercera edad», *Geriatría. Revista Iberoamericana de Geriatría y Gerontología*, 6(9), 299.
- GARCÉS FERRER, Jordi (1992): *Administración Social Pública. Bases para el estudio de los Servicios Sociales*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- GENDRON, Tracey L., Ayn E. WELLEFFORD, Jennifer Inker y John WHITE (2016): «The language of ageism: why we need to use words carefully», *The gerontologist*, 56(6), 997-1006.
- GIRÓ MIRANDA, Joaquín (coord.) (2006): *Envejecimiento activo, envejecimiento en positivo*, Logroño: Universidad de La Rioja.
- GOLDSCHMIDT, Werner (1987): *Introducción Filosófica al Derecho*, Buenos Aires: Depalma.
- GRANJEL, Luis S. (1991): *Historia de la vejez: Gerontología. Gerocultura. Geriatría*, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.
- GUILLEMARD, Anne Marie (1992): *Análisis de las políticas de vejez en Europa*, Madrid: Imsero.
- GUTIÉRREZ MARTÍNEZ, Virginia (2017): «Atención centrada en la persona: una nueva tendencia en la provisión de cuidados» [en línea], <<https://repositorio.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/11737/Guti%20E9rrez%20Mart%20EDnez%20Virginia.pdf?sequence=4>>. [Consulta: 30/11/2022.]
- HAUSER, Arnold (1983): *Historia Social de la Literatura y el Arte*, Barcelona: Labor.
- HOEBEL, Adamson A. (1961): *El hombre en el mundo primitivo*, Barcelona: Omega.
- HOOGENDIJK, Emiel O., Jonathan AFILALO, Kristine ENSRUD, Paul KOWAL, Graziano ONDER y Linda FRIED (2019): «Frailty: implications for clinical practice and public health», *The Lancet*, 394, 1365-1375.
- HUENCHUAN, Sandra (2006): «Políticas de vejez como mecanismo de promoción de los derechos de las personas mayores: algunos acercamientos teóricos conceptuales», *Revista Brasileira de Ciências do Envelhecimento Humano, Passo Fundo*, 3(2), 52-60.
- IACUB, Ricardo (2002): «La postgerontología, hacia un renovado estudio de la gerontología», *Revista Latinoamericana de Psicología*, Fundación Universitaria Konrad Lorenz, 34(1-2), 155-157.
- (2005): «El viejo y su viejo cuerpo», en L. Salvarezza (ed.), *La vejez. Una mirada gerontológica actual*, Buenos Aires: Paidós, 243-275.
 - (2011): *Identidad y envejecimiento*, Buenos Aires: Paidós.
 - (2012): *El poder en la vejez. Entre el empoderamiento y el desempoderamiento*, Buenos Aires: Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP).
 - (2013): «Identidad social y variaciones del sí mismo en la vejez, entre los discursos modernos y pos-modernos», en V. Montes de Oca (coord.), *Envejecimiento en América Latina y el Caribe*, Ciudad de México: UNAM, 75-89.
 - (2014): «Entrevista realizada por Kléver Paredes B., “El telégrafo”» [en línea], <<http://www.ricardoia-cub.com.ar/miremos-el-potencial-y-fortaleza-de-los-viejos-en-lugar-de-sus-limitaciones/>>. [Consulta: 30/11/2022.]
- IACUB, Ricardo y Claudia J. ARIAS (2010): «El empoderamiento en la vejez», *Journal of Behavior, Health & Social Issues*, 2(2), 25-32.

- Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) (2005): «Atención a las personas en situación de dependencia en España. Libro Blanco» [en línea], <https://www.uab.cat/Document/580/416/Libro-BlancoDependencia_01,0.pdf>. [Consulta: 30/11/2022.]
- Instituto Nacional de Estadística y Censos (2014): *Encuesta Nacional sobre Calidad de Vida de Adultos Mayores 2012*, Buenos Aires: Instituto Nacional de Estadística y Censos-INDEC.
- KALACHE, Alexandre (2013): «Entrevista», *La Nación* [en línea], <<http://www.lanacion.com.ar/1629017-alexandre-kalache-estamos-creando-una-nueva-etapa-de-la-vida-que-antes-no-existia-yo-llo-llamo-gerontolescencia>>. [Consulta: 30/11/2022.]
- KIRK, Geoffrey Stephen (1973): *El mito: su significado y funciones en las distintas culturas*, Barcelona: Barral.
- LENKIEWICZ, Haydee C. (2014): *Sentirse bien para estar sanos, "Pensar la Vejez"*, Córdoba: Caja de Jubilaciones de la Provincia de Córdoba.
- LEHR, Úrsula (1980): *Psicología de la senectud*, Barcelona: Herder.
- (1993): «Correlato social y psicosocial de la longevidad», *Geriatría Práctica*, 3(9), 27-29.
- LÉVI-STRAUSS, Claude (1978): *Mitológicas. Lo crudo y lo cocido* (tomo I) y *De la miel a las cenizas* (tomo II), México: Fondo de Cultura Económica.
- LÓPEZ, Lucero, Nora CATAÑO, Heddy LÓPEZ y Vilma VELÁSQUEZ (2011): «Diversidad cultural de sanadores tradicionales afrocolombianos: preservación y conciliación de saberes», *Aquichán*, 11(3), 287-304.
- MALINOWSKI, Bronislaw (1974): «El mito en la psicología primitiva», en B. Malinowski, *Magia, Ciencia y Religión*, Barcelona: Ariel.
- (1991): *Crimen y castigo en la sociedad salvaje*, Barcelona: Ariel.
- MARTÍNEZ MALDONADO, María, Luis A. VARGAS GUADARRAMA y Víctor M. MENDOZA NÚÑEZ (2004): *Gerontología comunitaria*, México: Facultad de Estudios Superiores Zaragoza.
- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Teresa (2013): «La atención centrada en la persona. Enfoque y modelos para el buen trato a las personas mayores», *Sociedad y Utopía. Revista de Ciencias Sociales*, 41, 209-231
- MASORO, Edward J. (2012): «The physiology of aging», en W. Boron and E. L. Boulpaep (eds.), *Medical physiology: a cellular and molecular approach*, Philadelphia: Saunders Elsevier, 1281-1292.
- MAUSS, Marcel (1979): *Sociología y antropología*, Madrid: Tecnos.
- MEAD, Margaret (1956): *New lives for old*, Nueva York: William Morrow and Company.
- MÉNDEZ COSTA, María J. (1983): *Los ancianos en la legislación civil*, Buenos Aires: La Ley.
- MINOIS, Georges (1989): *Historia de la vejez. De la Antigüedad al Renacimiento*, Madrid: Nerea.
- MIQUEL, J. (1996): «Estrés oxidativo en el envejecimiento y enfermedades degenerativas ligadas a la edad», *Geriatría-Revista Iberoamericana de Geriatría y Gerontología*, 6(9), 291-301.
- MOIX MARTÍNEZ, Manuel (1986): *Bienestar Social*, Madrid: Trivium.
- MONREAL, Pilar y Moisés ESTEBAN (2011): «El desarrollo de la identidad a lo largo del ciclo vital. Un estudio cualitativo y transversal», *Estudios de Psicología*, 32(2), 227-241,
- MONTAIGNE, Michel (1989): *Ensayos*, París: Garnier Hermanos.
- MORA TERUEL, Francisco, Gregorio SEGOVIA y Alberto DEL ARCO (2005): «Envejecimiento cerebral», en M. Álvarez (coord.), *Fisiología humana*, México: McGraw Hill, 1155-1163.
- MUSSO, Carlos Guido, José R. JAUREGUI, Juan F. MACÍAS-NÚÑEZ, y Adrián COVIC (eds.) (2021): *Frailty and Kidney Disease, A Practical Guide to Clinical Management*, Suiza: Springer Nature Switzerland.
- ODDONE, María Julieta (2012): «Diversidad y envejecimiento. Apuntes para su discusión», *"Población"*, *Revista del Ministerio del Interior*, 5(9), 55-66.
- (2014): «El desafío de la diversidad en América Latina, "Voces en el Fénix"», *Revista del Plan Fénix de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires*, 82-90.
- Organización de Estados Americanos, Asamblea General (2015): «Convención interamericana sobre la protección de los derechos de las personas mayores» [en línea], <<http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/>>

- tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.pdf». [Consulta: 30/11/2022.]
- Organización Mundial de la Salud (1999-2000): «Sigamos activos para envejecer bien» [en línea], <http://www.who.int/ageing/publications/alc_embrace2001_es.pdf?ua=1>. [Consulta: 30/11/2022.]
- (2015): «Informe mundial sobre el envejecimiento y la salud» [en línea], <http://www.who.int/ageing/publications/world-report-2015/es/>>. [Consulta: 30/11/2022.]
- PARTRIDGE, Linda y Nik PROWSE (1994): «Mutation, variation and the evolution of ageing», *Current Biology. Gerontology*, 4(5), 430.
- PATLAGEAN, Evelyne (1992): «Bizancio. Siglos X-XII. El espacio privado», en P. Aries y G. Duby, *Historia de la vida privada*, Madrid: Taurus, 535-622.
- PLATÓN (1985): *Las Leyes*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- (1993): *La República*, Madrid: Espasa-Calpe.
- POLIZZI, Luciana y Claudia J. ARIAS (2014): «Los vínculos que brindan mayor satisfacción en la red de apoyo social de los adultos mayores», *Pensando Psicología*, 10(17), 61-70.
- POVIÑA, Alfredo (1988): *Manual de sociología jurídica*, Buenos Aires: Astrea.
- PUERTA FONOLLA, Javier, Juliana PÉREZ DE MIGUELSANZ, et. al. (1991): «Anatomía del envejecimiento», *Geriatría*, 1 (3) 119-128.
- REDONDO, Nélica, Matías MANZOTTI y Esteban DE LA TORRE (2014): *¿Cuánto cuesta y quién paga la dependencia en las personas mayores? Un estudio en la Ciudad de Buenos Aires*, Buenos Aires: Del Hospital Ediciones.
- REVILLA MARTÍN, Adriana María (2022): «Trabajo Social, salud mental y modelo de atención centrado en la persona» [en línea], <<https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/52347/TFG-G5455.pdf?sequence=1>>. [Consulta: 30/11/2022.]
- REYES GÓMEZ, Laureano (2012): «Etnogerontología social: la vejez en contextos indígenas», *Revista del Centro de Investigación de la Universidad La Salle*, México, 10 (38), 69-83.
- RIBERA CASADO, José. M. (1996): «El anciano desde el punto de vista biológico», en J. Gafo (ed.), *Ética y ancianidad*, Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 27-49.
- ROBLES RAYA, María José, Ramón MIRALLES BASSEDA, Imma LLORACH GASPAS y Antón CERVERA ALEMANY (2006): «Definición y objetivos de la especialidad de geriatría. tipología de ancianos y población diana», en Sociedad Española de Geriatría y Gerontología, *Tratado de Geriatría para residentes*, Madrid: Sociedad Española de Geriatría y Gerontología (SEGG), 25-32.
- RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Sandalio (1989): *La vejez: historia y actualidad*, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.
- ROJO-PÉREZ, Fermina, Vicente RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Verónica MONTES DE OCA ZAVALA y María J. ODDONE (2015): *La globalización del envejecimiento: estudio comparado de las condiciones de vida de los adultos-mayores en Argentina, España y México*, Zaragoza: Universidad de Zaragoza, 2121-2130.
- ROMERO CABRERA, Ángel Julio (2010): «Fragilidad: un síndrome geriátrico emergente», *MediSur*, 8(6), 81-90.
- ROQUÉ, Mónica «El envejecimiento poblacional: un desafío con futuro. Estrategias gerontológicas de la Dirección Nacional de Adultos Mayores en Hogares Públicos de la República Argentina», en L. Golpe y C. J. Arias (eds.), *Cultura Institucional y Estrategias Gerontológicas*, Mar del Plata: Suárez, 15-27.
- (2015a): «El camino de la comunidad internacional», en M. I. Dabove (dir.) *Derechos humanos de las personas mayores. Acceso a la justicia y protección internacional*, Buenos Aires: Astrea, 67-85.
- (2015b): *Seminario internacional sobre género y diversidad sexual en la vejez*, Buenos Aires: Ministerio de Desarrollo Social de la Nación.
- ROQUÉ, Mónica y Adriana FASSIO (2012): *Gerontología comunitaria e institucional, Módulo 2*, Mar del Plata: Facultad de Psicología de la Universidad de Mar del Plata y Ministerio de Desarrollo Social de la Nación.

- (comps.) (2014): *Políticas Públicas sobre Envejecimiento en los Países del Cono Sur*, Buenos Aires-Santiago de Chile: Flasco-Dinapam-Ministerio de Desarrollo Social de la Nación.
- ROUCHE, Michel (1992): «Alta Edad Media Occidental: La violencia y la muerte. Sagrado y secretos», en P. Ariés y G. Duby, *Historia de la Vida Privada*, Madrid: Taurus.
- RUBIO HERRERA, Ramona (1983): «Psicología del envejecimiento: trastornos típicos. Aspectos biológicos, fisiológicos, psicológicos y metodológicos de dicho proceso», *Boletín de Estudios y Documentos de Servicios Sociales*, 13, 25-30.
- SAGRERA, Martín (1992): *El edadismo. Contraste "jóvenes" y viejos La discriminación universal*, Madrid: Fundamentos.
- SALVAREZZA, Leopoldo (2002): *Psicogeriatría: Teoría y clínica*, Buenos Aires: Paidós Ibérica.
- SALVAREZZA, Leopoldo (comp.) (2009): *La vejez. Una mirada gerontológica actual*, Buenos Aires: Paidós.
- SIRVENT, María Teresa (2004): *Cultura popular y participación social*. Buenos Aires: Miño Dávila-Eudeba.
- SIRVENT, María Teresa y Luis RIGAL (2012): *Investigación Acción Participativa, un desafío de nuestros tiempos para la construcción de una sociedad democrática*, Quito: Proyecto Paramo Andino.
- SOMMER, Susan E. (2013): *Según pasan los años*, Buenos Aires: Capital intelectual.
- TREVELYAN, George Maculay (1946): *Historia Social de Inglaterra*, México: Fondo de Cultura Económica.
- TORNSTAM, Lars (1992): «El quo vadis de la Gerontología: su paradigma científico», *The Gerontologist*, 32(3), 318-326.
- United Nations (2016): «7th Open-ended Working Group on Ageing for the purpose of strengthening the protection of the human rights of older persons» [en línea], <<https://social.un.org/ageing-working-group/seventhsession.shtml>>. [Consulta: 30/11/2022.]
- URRUTIA, Andrés, María A. CORNACHIONE, Luis MOISSET DE ESPANÉS, Lilian FERRAGUT y Elena GUZMÁN (2009): «El desarrollo cumbre de la generatividad en adultas mayores: aspectos centrales en su narrativa vital», *Forum. Qualitative social research*, 10 (3).
- VILA MIRAVENT, Josep, Feliciano VILLAR POSADA, Montserrat CELDRÁN CASTRO y Elena FERNÁNDEZ (2012): «El modelo de la atención centrada en la persona análisis descriptivo de una muestra de personas mayores con demencia en centros residenciales», *Aloma: revista de psicología, ciències de l'educació i de l'esport*, 30(1), 109-117.
- VILLAR POSADA, Feliciano (2005): «El enfoque del ciclo vital: hacia un abordaje evolutivo del envejecimiento», en S. Pinazo Hernández, y M. Sánchez Martínez, *Gerontología. Actualización, innovación y propuestas*, Madrid: Pearson-Prentice Hall, 1-44.
- VILLAR POSADA, Feliciano y Rodrigo SERRAT, (2017): «Hable con ellos, cuidados narrativos en el marco de una atención centrada en la persona», *Revista española de geriatría y gerontología: Órgano Oficial de la Sociedad Española de Geriatría y Gerontología*, 52(4), 216-222.
- VINA, José (2005): «Biología del envejecimiento», en M. Álvarez (coord.), *Fisiología humana*, Madrid: McGraw Hill Interamericana, 1147-1153.
- VIVEROS MADARIAGA, Alberto (2001): «Envejecimiento y vejez en América Latina y el Caribe: políticas públicas y las acciones de la sociedad» [en línea], <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/7155/S01121062_es.pdf>. [Consulta: 30/11/2022.]
- WEBER, Max (1994): *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, México: Coyoacán.
- YUNI, José y Claudio URBANO (2011): *Esos cuerpos que envejecen. Representaciones y discursos culturales de la vejez*, Córdoba: Brujas.
- ZURITA MARTÍN, Isabel (2004): *Protección civil de la ancianidad*, Madrid: Dykinson.

JURISPRUDENCIA

Argentina. Cámara Nacional Civil, Sala D, 22/06/1982, La Ley, Tomo 1983-A, 313-316.

Argentina. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A, 01/06/2004, *E. de R., N.*, La Ley, Tomo 2004-3, 411.

Argentina. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín, 22/09/2009, *S., L. F., D. F. y P.*, La Ley Online, registro nro. 33632.

Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 25/10/2022, G.P., E.N. c/IOSPER s/acción de amparo [en línea], <<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.htm?idDocumento=7795001&cache=1666818037583>>.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, 08/03/2018, Poblete Vilches y otros vs. Chile [en línea], <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf>.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, 06/03/2019, Muelle Flores vs. Perú, Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_375_esp.pdf>.

Fecha de recepción: 1 de septiembre de 2022.

Fecha de Aceptación: 24 de octubre de 2022.

PERSONAS MAYORES, AUTONOMÍA Y VULNERABILIDADES*

OLDER PEOPLE, AUTONOMY AND VULNERABILITIES

Silvina Ribotta

*Profesora Titular de Filosofía del Derecho
Universidad Carlos III de Madrid*

RESUMEN

Ser personas mayores ha representado y representa grandes y relevantes desafíos para las personas que transitan este período de sus vidas y para sus familias, pero también para las sociedades en las que viven, interpelando las categorías sociales, políticas, culturales, económicas y jurídicas que construyen el relato social de lo valioso y fundamentan las obligaciones y responsabilidades estatales definiendo las políticas públicas. Entre estos desafíos, en este artículo expongo la discusión sobre autonomía y las vulnerabilidades que demarcan el ejercicio de sus derechos y sus libertades, desnudando las hipocresías, paradojas y estereotipos de nuestras concepciones sociales que les discriminan, les excluyen y no les tratan con igual respeto y consideración. En especial, me detendré en qué implica ser personas mayores en un mundo injusto, en cómo se configura la autonomía y las diversas vulnerabilidades de las personas mayores, y de las mujeres mayores, particularmente, y cómo se vincula con libertad, igualdad y estabilidad democrática.

PALABRAS CLAVE

Personas mayores, autonomía, vulnerabilidad natural, vulnerabilidad socioestructural, feminización de la vejez.

ABSTRACT

Being an older person represents different significant challenges for people who go through this period of their lives, for their families, and for the societies where they live. These challenges questions the social, political, cultural, economic, and legal categories of our social systems and the social narrative about what is valuable. In addition, a narrative bases the obligations and responsibilities of the States and its public policies. Among these challenges, this article discusses autonomy and the vulnerabilities that define older people's exercise of rights and freedoms. Here there is an exposition of the hypocrisies, paradoxes, and stereotypes existing in our social conceptions that discriminate, exclude, and treat old without equal respect and consideration. In particular, the article focuses on what it means to be an older person in an unjust world, how autonomy and the various vulnerabilities of older people, and older women, in particular, are configured, and how this is linked to freedom, equality and democratic stability.

KEYWORDS

Older people, autonomy, natural vulnerability, socio-structural vulnerability, feminization of old age.

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2022.050>

* Este trabajo se ha elaborado en el marco del Proyecto «Acceso a la justicia y vulnerabilidad», PID2019-108918GB-I00, Proyecto de I+D+i financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, en el marco de los Programas Estatales de Generación de conocimiento y Fortalecimiento Científico y Tecnológico del Sistema de I+D+i y de I+D+i Orientada a los retos de la sociedad. Las reflexiones de este artículo se han alimentado de las conversaciones con mi padre, Carlos J. Ribotta, y ha sido escrito pensando en las vidas de las poderosas personas mayores con las que he compartido (y comparto) caminos y luchas.

PERSONAS MAYORES, AUTONOMÍA Y VULNERABILIDADES

Silvina Ribotta

Profesora Titular de Filosofía del Derecho
Universidad Carlos III de Madrid

Sumario: 1. Ser mayores en un mundo injusto. 2. Qué implica ser personas mayores y cuáles son los desafíos que plantea a las sociedades. 3. Sobre vulnerabilidad y vulnerabilidades. 4. Sobre autonomía y exigencias estructurales y coyunturales para el ejercicio. 5. Tan autónomas y vulnerabilizadas como todas. Notas. Bibliografía.

1. SER MAYORES EN UN MUNDO INJUSTO

Vivimos en un mundo de continuas paradojas, situaciones que resultan claramente preocupantes por razones tan complejas como los desafíos que significan para la sociedad, la cultura, el Derecho y el relato histórico, social, económico y político en el que nos encontramos.

La situación de las personas mayores, adultxs¹ mayores, las personas que viven en la etapa vital considerada como ancianidad o vejez representan cada vez más uno de esos grandes desafíos y desnudan parte de los miedos y prejuicios que hemos amasado y alimentado en nuestras sociedades occidentales, especialmente². Sociedades atravesadas por dinámicas de mercado y exigencias económicas, productivas y competitivas que han desplazado a estas personas al no lugar de la no actividad económica, de la no rentabilidad, e incluso de la no conveniencia económica de su propia existencia. Lo que viene a implicar, al lugar del *no-valor*, desde donde hemos escuchado propuestas políticas y económicas que defienden propuestas de retirar los derechos políticos porque fundamentan que las personas mayores han perdido los estímulos para participar políticamente, o que llaman la atención sobre el impacto económicamente negativo que implica ampliar las expectativas de vida de las personas mayores, entre otras.

Asumimos demasiado ligeramente que las personas mayores ya no representan un grupo etario que pueda contribuir social, política y económicamente; y les destinamos, en el mejor de los casos, a un lugar de cuidado y protección. La acción política y económica la priorizamos, como sociedad atravesada por las interseccionalidades de patriarcado, capitalismo, colonialismo, capacitismo, entre otras, en las personas hombres, blancas, jóvenes,

capaces (en el sentido tradicional de no tener una discapacidad). Personas que constituyen el registro simbólico de lo considerable valioso para otorgarle la máxima consideración social, política y jurídica. A las personas que habitan las periferias de ese *concentrado de valor* se les reservan las políticas que oscilan entre la negación de entidad jurídica-social-política, la falta de capacidad por medidas paternalistas injustificadas, y hasta el desprecio e incluso la aniquilación.

Pero desde esas periferias se alimentan resistencias en forma de reclamos de participación política, lucha por los derechos, activismos y protagonismos desde las mujeres, las personas LGBTIQ+, lxs niñxs, las personas racializadas, las personas con discapacidad, las consideradas minorías culturales y religiosas, las personas que viven en situaciones de pobreza y exclusión, entre otras personas que han sido tradicionalmente marginadas y discriminadas. Entre ellas, las personas mayores, incluso aquellas que, habiendo ocupado las posiciones de poder económico, social y cultural, han entrado en la considerada vejez y son desplazadas al no lugar político que ya venían ocupando otras; alzan las voces y los reclamos, aunque con poca repercusión y nulo apoyo social³. E incluso cuando se combinan las causas de exclusión y discriminación de las personas mayores situadas en sus particulares contextos de vida, tales como ser mujeres mayores, personas mayores con alguna discapacidad, personas mayores pobres, indígenas mayores, entre otras.

Desde estas valoraciones, analizando primero las implicaciones del hecho de ser personas mayores y los numerosos desafíos que plantea para las propias personas que son mayores, para las familias, la sociedad y los Estados y sus políticas, me propongo discutir sobre autonomía y personas mayores desde la consideración de las vulnerabilidades, tratando de entender desde una perspectiva crítica cómo se configura lo que comprendemos como autonomía y vulnerabilidad desde el análisis de la situación de las personas mayores y, particularmente, de las mujeres mayores. Visibilizando el sólido hilo argumental que vincula, justifica y legitima una cierta consideración de carencias de autonomía para personas o grupos valorados como vulnerables y el resultado de la exclusión a los márgenes de la relevancia social, política, cultural y económica. Sobre cómo hemos construido socialmente, desde el relato colectivo, el marco ideacional de acuerdo con el cual determinadas personas y grupos no son genuinamente autónomos porque son vulnerables, utilizando intencionadamente (y con intención perversa) los conceptos de autonomía y de vulnerabilidad. Por ello, vincularé la discusión sobre qué implica ser autónomos, cómo se construye la autonomía y cómo se vincula con libertad, igualdad y estabilidad democrática con lo que implica ser vulnerables en la consideración de nuestra humanidad y con el modo en que los condicionamientos sociales, económicos, jurídicos, políticos y económicos construyen vulnerabilidad socioestructural, lesionando el ejercicio de las libertades y derechos.

2. QUÉ IMPLICA SER PERSONAS MAYORES Y CUÁLES SON LOS DESAFÍOS QUE PLANTEA A LAS SOCIEDADES

Ser personas mayores implica habitar y atravesar un período etario concreto ubicado en los ciclos finales de la expectativa de vida de la población de que se trate, desde un cri-

terio etario, pero interpretado circunstancialmente, según criterios históricos, culturales y sociales. Ser mayor, incluso envejecer, por lo tanto, se construye social, cultural, histórica, económica y políticamente, y no solo como categoría biológica o médica⁴. Así, siendo un concepto difícil de identificar, por *personas mayores*⁵ se comprende a las situadas en diversos contextos y situaciones personales y segmentos etarios, siempre que se encuentran transitando el tramo más alto de la expectativa de vida humana de esa concreta situación. Conlleva, de alguna manera, un término relativo en relación con estar ubicados en el grupo etario de las personas que tienen más edad de esa sociedad concreta y, en general, de toda la población mundial. Con lo que, según las expectativas de vida de un grupo poblacional, ser persona mayor implicará oscilar entre las que alcanzan las mayores edades; aunque hay claras diferencias respecto a dónde comienza a comprenderse que se *es* persona mayor, especialmente desde momento etario donde confluyen los inicios de la comorbilidad, la multimorbilidad y la polimedicalización.

Igualmente, ser mayor es también un concepto claramente jurídico. Desde las discusiones vinculadas a la capacidad jurídica, especialmente, los sistemas jurídicos se han visto involucrados en la demarcación de fronteras etarias con impactos en diversas áreas del Derecho. A la vez, los esfuerzos para el reconocimiento de derechos de personas según la edad (tanto para la infancia como para adultxs mayores⁶) y el establecimiento de obligaciones para los Estados ha tenido un avance en los últimos tiempos, especialmente desde el impulso de Naciones Unidas desde 2010⁷, aunque todavía estamos a la espera de una convención internacional sobre los derechos de las personas de edad⁸. Desde ellos, las interpelaciones a los marcos normativos y, especialmente, al sistema de derechos humanos, son relevantes y preocupantes, como la constatación de que no hay un reconocimiento de la edad como explícito factor prohibido de discriminación en gran parte de los instrumentos internacionales de derechos humanos del sistema universal y tampoco del valor de la autonomía o de las capacidades, tal como les pasaba a las personas con discapacidad antes de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁹. Queda pendiente, por lo tanto, garantizar de manera contundente los derechos de las personas mayores con normas concretas del Derecho internacional y, obviamente, seguir exigiendo la articulación de políticas públicas que permitan el ejercicio adecuado de las libertades y autonomía de las personas mayores, incluso para garantizar el escaso y deficiente marco normativo que ya se disfruta.

Un gran paso en este proceso ha sido la adopción de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, uno de los instrumentos jurídicos internacionales más relevantes para la protección de los derechos de las personas mayores¹⁰, que ha tenido incluso un notable impacto global. La Convención hace un gran esfuerzo para definir conceptos relevantes, especialmente en su artículo 2, donde señala que persona mayor es aquella «de 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que esta no sea superior a los 65 años», e incluye en el concepto el de persona adulta mayor.

Es preciso, entonces, partir de una definición concreta de personas mayores (incluso desde el cuestionamiento de la propia expresión), pero reconociendo que debe ser un concepto que permita adaptarse a situaciones históricas y culturales diversas, donde lo

relevante sea el objetivo de reconocimiento de derechos y de autonomía y el refuerzo de la prohibición de toda y cualquier discriminación basada en la edad. Por ello, el límite etario que la defina cobra relevancia, aunque debería ser prioritario el reconocimiento de necesidades situadas y la valoración cultural e histórica de los procesos de envejecimiento, blindando siempre las esferas de autonomía, libertades y ejercicio de derechos en igualdad de condiciones con las otras personas adultas menores (desde las cuales se construye la definición comparativa de *older persons*).

Son muchos, por lo tanto, los desafíos que se plantean desde la consideración de los derechos de las personas mayores. Desafíos que no deben comprenderse como problemas (en el sentido negativo), sino como todas las transformaciones sociales que conlleva e implica el aumento de la población mayor en nuestras sociedades, con impactos y potencialidades diversas¹¹. Los procesos de envejecimiento implican cambios en el significado social de las edades, en las representaciones sociales, políticas, culturales y económicas de las mismas y en los ciclos vitales. Estas transformaciones impactan también en los estereotipos, en las funciones sociales, en los roles familiares, en las identidades, en las organizaciones y estructuras familiares, en la convivencia de diferentes generaciones de personas mayores y en los diferentes procesos de envejecimiento de cada generación, en los roles de género, entre otros¹². Constituyen retos tanto para las propias personas cuando devienen en mayores como para las familias, las sociedades y las culturas en las que viven. Interpelan, obviamente, a los modelos de Estado, implicando obligaciones concretas para los gobiernos en relación con las políticas públicas y el reconocimiento de derechos, impactando también en los modelos económicos, políticos y en todo el sistema jurídico doméstico de cada Estado. Y provocan, también, cambios en los significados sociales y representaciones de las edades.

Parte de estos procesos y transformaciones se explican desde el avance generalizado en las sociedades mundiales en las expectativas de vida, con un aumento gradual y sostenido de la cantidad de personas mayores de 65 años en todo el mundo. Incluso, cuando la brecha en expectativa de vida muestra un preocupante e injusto *gap* de más de 30 años de vida entre la expectativa de vida de las personas que habitan los países con índices de desarrollo humano más alto del mundo frente a las que habitan los países con índices de desarrollo humano más bajo del mundo¹³. Así, analizando la expectativa de vida en el mundo según el Informe del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo-2022 (cantidad de años que esperan vivir en promedio al nacer las personas según el país en que vivan), observamos una brecha de más de 30 años entre los 191 países que analiza el Informe¹⁴. Semejante brecha manifiesta la injusticia más flagrante desvinculada de merecimientos y responsabilidades individuales, y estrechamente relacionada con los condicionamientos coyunturales y estructurales de los Estados y las regiones que se habita. Así, las expectativas de vida más altas del mundo se sitúan entre 84 y 85 años en Japón, Australia y Suiza, 83 años en Noruega, Suecia, República de Corea y España, y 82 años en Islandia, Italia, Irlanda, Francia, Finlandia, Nueva Zelanda, Canadá, Israel y Grecia. Mientras que las expectativas de vida más bajas del mundo las encontramos en República Centroafricana con 53 años, seguida de 54 años en Chad, Sierra Leona, Lesoto, Nigeria, entre 55 y 60 años en Costa de Marfil, Guinea Bissau, Mali y Sudán del Sur y entre 61-62 años en Benín, Togo, Gambia, Guinea, Mozambique, Burkina Faso y Burundi. Así, si comparamos las expectativas de vida más

altas y bajas del mundo, se evidencia una brecha de algo más de 30 años de lo que esperan vivir las personas al nacer según el lugar donde habiten. No se trata solo de comparar cantidades de países, sino, especialmente, cantidades de habitantes. Frente a la baja densidad poblacional de algunos países o la cantidad total de habitantes de los países con expectativa de vida de las más altas del mundo en contraste los países con expectativa de vida de las más bajas del mundo, como Nigeria, que, teniendo 54 años de expectativa de vida, es el país más poblado de África y el séptimo más poblado del mundo¹⁵. Y obliga a remarcar, también, que donde la calidad de vida y la expectativa de vida alcanza los niveles más altos, encontramos Estados sociales comprometidos con la eficacia de derechos sociales, especialmente con la garantía de la salud y la educación públicas (con matices entre los Estados).

Aun así, valorando los diferentes ritmos en los países, criticando duramente la injusticia en las expectativas de vida como una de las consecuencias más perversas de la desigualdad mundial, y notando las distintas manifestaciones en regiones y culturas, resulta indudable que desde mediados del siglo XX se ha producido un aumento acelerado en la expectativa de vida con efectos directos en la organización de las sociedades y los Estados, y profundos cambios demográficos que afectan de manera rotunda a las personas mayores y sus vidas¹⁶.

Con ello, las consecuencias de los años de vida *ganados* no solo hay que valorarlos en relación con la última etapa del ciclo vital de las personas, sino que impacta a lo largo de toda la vida de lxs humanxs situados y de sus planes de vida cuando se aleja el horizonte vital etario. Así, se produce cierta ralentización de ciclos vitales, impactando en la consideración tanto de la infancia, de la juventud y de la adultez, en los ciclos de maternidad/paternidad, los períodos activos laboralmente, las etapas de ocio y de sexualidad, de protagonismo social y político, entre otros, quebrantando los estereotipos asociados al declive, decrepitud o falta de protagonismo social de las personas *más* mayores en el imaginario colectivo de la sociedad.

Más aún cuando estas aceleraciones muestran incrementos relevantes en las personas mayores de 85 años especialmente en algunos lugares del mundo, lo que se conoce como *envejecimiento de la vejez*. Procesos que se vinculan de manera estrecha con las respuestas que se deben dar a nivel personal, familiar, social y por parte de los Estados en relación con los cuidados y a la atención en salud especializada, dado que estas personas tienen mayores probabilidades de presentar multimorbididades y enfermedades crónicas severas, lo que, como veremos, tiene impactos directos en el ejercicio de la autonomía y en la percepción social de la misma, y generan, por ello, mayores reclamos y desafíos en relación con la demanda de cuidados y a las políticas de salud.

A la vez, este aumento en la expectativa de vida ha impactado de manera diferenciada en hombres y en mujeres, mostrando una relevante *feminización de la vejez*, al encontrarnos en estas sociedades con un mayor porcentaje de población femenina especialmente por encima de los 80 años, lo que tiene también impacto serio en los roles de género al interior de la familia y en relación con la sociedad, en el ejercicio de derechos y libertades, en las estrategias de cuidado especialmente relacionadas con el cuidado de generaciones menores o incluso de mayores¹⁷.

Mujeres, a su vez, con más probabilidades de tener mayores limitaciones que los hombres por condicionamientos físicos y de salud, pues las mujeres viven más años, pero no de manera más saludable, sino con patologías potencialmente limitantes, especialmente en edades más avanzadas¹⁸. Así, tienen mayores probabilidades de desarrollar enfermedades crónicas no letales, pero con relevantes limitaciones y eventuales sufrimientos o mermas en la calidad de vida y en los niveles de ejercicio de la autonomía: las mujeres tienen probabilidades de vivir más cantidad de años que los hombres, pero no necesariamente de vivir mejor¹⁹. Las mujeres asumen, generalmente con mayor carga, dependiendo de las políticas públicas de los Estados, gran parte de las tareas de cuidado de otras personas mayores, de niños, de personas con discapacidad, de la gestión de lo doméstico, y diversas tareas que le exigen más esfuerzos (incluso físicos) que los adecuados para sus condiciones de salud.

Las mujeres viven, por lo tanto, teniendo en cuenta las distintas desigualdades que las atraviesan en sus vidas y dependiendo de los marcos jurídicos y políticos de los Estados que habitan, más cantidad de años, en peores condiciones de salud, laborales, sociales, jurídicas y políticas, y desarrollan mayores cargas de trabajos en general, de responsabilidades y de tareas de cuidado y domésticas en relación con todas las otras personas con las que comparten cotidianidades.

Por consiguiente, el envejecimiento es un «proceso gradual que se desarrolla durante el curso de vida y que conlleva cambios biológicos, fisiológicos, psico-sociales y funcionales de variadas consecuencias, las cuales se asocian con interacciones dinámicas y permanentes entre el sujeto y su medio», tal como señala en el artículo 2 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Estos procesos de envejecimiento, continúa la Convención, pueden darse de manera *activa y saludable*, que es cuando se «optimizan las oportunidades de bienestar físico, mental y social, de participar en actividades sociales, económicas, culturales, espirituales y cívicas, y de contar con protección, seguridad y atención, con el objetivo de ampliar la esperanza de vida saludable y la calidad de vida de todos los individuos en la vejez, y permitirles así seguir contribuyendo activamente a sus familias, amigos, comunidades y naciones». Por ende, es preciso comprender que extender la posibilidad de vida por más cantidad de años debería percibirse como un hecho favorable cuando implica hacerlo con estados de salud también favorables, con condiciones cognitivas, físicas y psicológicas compatibles con lo que entendemos implica calidad de vida o desarrollo de capacidades en condiciones adecuadas.

Lo que tiene, por ende, serias interpelaciones a cómo debemos organizar los Estados y las políticas públicas para garantizarlo tanto en el sistema de salud como en los servicios sociales en general²⁰, especialmente aquellos vinculados con la organización social del cuidado²¹. Y requiere trasladar la relevancia del aumento de la expectativa de vida a la *esperanza de vida con salud* y en *buena salud* no solo para tener información de la cantidad de años que se espera vivir en una sociedad, sino también sobre cuán saludables serán esos años. Incluso, cómo será la *esperanza de vida en buena salud autopercibida*, como una auto-evaluación que las personas mayores realizan de su propia salud y que involucra el entorno social, la morbilidad y discapacidades, los estilos de vida y los usos de servicios sanitarios y consumos de medicamentos²².

Por todo ello, es necesario detenernos en cómo afecta el hecho de ser personas mayores en el ejercicio de la autonomía, en las libertades y derechos, y en la definición y desarrollo de los planes de vida. Y, con ello, en cómo comprendemos la vulnerabilidad de las personas mayores para el ejercicio de sus autonomías y ejercicio de derechos. En este sentido, las manifestaciones y desafíos son diversos e impactan de manera diferenciada según quiénes sean las personas mayores, qué lugar ocupen en la estructura social y cómo estén atravesadas por las diferentes interseccionalidades que discriminan en la sociedad situada que habiten.

Dentro de estas, y entre muchas otras manifestaciones y desafíos, es posible mencionar la baja representación política, las deficiencias de los servicios sociales destinados a personas mayores, la utilización de estereotipos para comprender y valorar sus realidades y necesidades, como cuando se los excluye de políticas vinculadas a la educación, al ocio, a la sexualidad o a la vida laboral. Desde medidas paternalistas hasta la infantilización y el abandono, las personas mayores son desplazadas como sujetos políticos activos tanto de la participación política —y la ocupación de cargos de responsabilidad— como en el propio ejercicio del voto²³. Tanto en países donde no se incentiva ni potencia la participación política del voto en las personas mayores como incluso en países donde el voto es obligatorio, pero esta obligación cesa al cumplir una determinada cantidad de años²⁴. Presentadas como tuitivas, estas medidas conllevan discriminaciones por edad en relación con unos derechos tan relevantes como los derechos políticos, y se alinean con concepciones relacionadas a que en la vejez las personas pierden el interés por lo público o por las gestiones vinculadas al futuro, lo que ha llevado incluso a fundamentar políticas tendentes a privar del derecho al voto a las personas mayores.

Como diversas consecuencias, podemos observar impactos en la vejez (o luego de la viudedad) también en las esferas de desarrollo personal de las opciones vitales vinculadas al ocio, la sexualidad, al placer o la consideración del goce, la formación de nuevas parejas, la manifestación de identidades y opciones sexuales, que parecen reservados a las personas solo cuando son jóvenes, y se niegan o desprecian, y no se estimulan, en las personas mayores. Y más aún, cuando son mujeres mayores, reforzándose mutuamente los estereotipos asociados a las personas mayores y a las mujeres.

También, de manera transversal, a todas las manifestaciones económicas que viven (y sufren) las personas mayores. Alejados del mundo laboral, se les condena a alejarse también de dimensiones de ejercicio de actividades laborales, incluso las no rentadas, cuando las desean como desarrollo de sus planes de vida. En demasiadas situaciones y lugares del mundo, malviven con jubilaciones o sistemas previsionales que van perdiendo poder adquisitivo, en el caso que los hubiera, y con nulas o pocas políticas públicas que se ocupen genuinamente de garantizar espacio de libertades. Soportan, en demasiadas ocasiones, cargas familiares de hijxs o nietxs complementarias a las tareas de cuidado, constituyéndose incluso en soportes de los precarizados Estados sociales.

Todas estas medidas parten del desprecio y minusvaloración de la experiencia, de las voces y de derechos y planes de vida de las personas mayores, y vinculan las carencias de ejercicio de libertades con el desconocimiento o la no comprensión de algunas personas mayores de situaciones que se están desarrollando en la sociedad. Y, donde el conocimiento

contextual especialmente vinculado a algunas áreas, como la tecnológica o la llamada *brecha digital*²⁵, se utiliza como medida de reconocimiento del valor general de las personas, especialmente de las personas mayores. Así, algunos conocimientos que se entienden como relevantes para la integración social anulan la consideración de todos los otros conocimientos que puede tener una persona. Conocimientos, aptitudes físicas o psicológicas, destrezas desde donde se interpretan la autonomía y las capacidades en contiendas de suma cero, absolutas del todo o la nada, ignorando las dimensiones de la autonomía relacional y de los procesos de autonomía en los que todos los seres humanos nos encontramos independientemente de nuestras edades.

Dentro de estas manifestaciones e impactos en la calidad de vida y el ejercicio de las libertades, es necesario detenernos en cómo afecta la concepción de vulnerabilidad en el ejercicio de la autonomía de las personas mayores. A la vez, exigiendo analizar críticamente el hecho asumido que presenta a las personas mayores como vulnerables y carentes de autonomía o que justifican las carencias en el reconocimiento de libertades y ejercicio de derechos en lo vulnerables que son y en la escasa o nula autonomía de sus vidas.

3. SOBRE VULNERABILIDAD Y VULNERABILIDADES

Es preciso, por lo tanto, detenernos en el complejo concepto de vulnerabilidad, que ha permitido ciertas reivindicaciones desde la identificación como grupo o persona vulnerable hasta profundas discriminaciones desde los argumentos de paternalismo injustificado que justifican la privación de autonomía de la persona heteroasignada como vulnerable, y las consecuencias en las carencias de protagonismo y decisión en el desarrollo de sus propias capacidades. Vulnerabilidad que se puede predicar de las personas, pero también de los colectivos o grupos, e incluso de los Estados²⁶.

La categoría grupos vulnerables se utiliza, generalmente, desde el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que establece el principio de igualdad de trato y prohibición de discriminación por raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición, ni tampoco fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, aunque no menciona expresamente la edad como prohibición de discriminación.

Desde este reconocimiento, y considerando la lucha de diversos movimientos sociales mundiales, especialmente desde el siglo XIX, han ido definiéndose históricamente grupos vulnerables que no presentan jerarquía interna, aunque es posible identificar diferentes estatus de relevancia de la característica que les hace vulnerables o vulneraciones que resultan más gravosas en relación con el ejercicio de los derechos humanos más básicos. A la vez, advirtiendo que estos grupos no presentan las mismas características en todas las sociedades ni la vulneración de sus derechos es la misma en tipo, grado e intensidad, sino que dependen de circunstancias históricas, sociales, económicas y de organización política y jurídica de la sociedad y del Estado de que se trate. Con lo que, no libre de críticas y polémicas, es

posible asumir que en la reivindicación y en la lucha por los derechos humanos, la condición de vulnerabilidad o de grupos vulnerables ha tenido, y tiene, consecuencias de gran relevancia según cómo definamos la vulnerabilidad y comprendamos el funcionamiento en nuestras sociedades contemporáneas.

Es preciso, sin duda, analizar qué se entiende por vulnerabilidad y cómo opera en las posibles causas de vulnerabilidad y en la consideración y ejercicio de la autonomía. Así, cuando afirmamos que alguien es vulnerable, hacemos referencia a la posibilidad que tiene de sufrir un daño, un menoscabo, una debilidad, fragilidad o desprotección frente a un riesgo o un perjuicio. En este sentido, puede identificarse un primer nivel de vulnerabilidad, la *vulnerabilidad natural*, vinculada a cuestiones estructuralmente humanas, antropológicas y biológicas, comunes y compartidas con toda la especie humana y los demás seres vivos, conectada al concepto de necesidades básicas para el mantenimiento de la vida. Asumiendo que la característica esencial de lo humano es la vida, la vulnerabilidad general que todos lxs humanxs compartimos, junto al resto del mundo animal y vegetal, y que se presenta en la posibilidad de perder la vida o de que la calidad de vida se vea dañada, es la vulnerabilidad natural de los seres vivos. Desde esta idea, todos los seres vivos somos vulnerables en el sentido de que la misma vida depende de condiciones externas e internas que se encuentran sujetas a condicionamientos variados. Y que, por lo tanto, alguna modificación en estas puede generar daño o perjuicio en el sujeto animado. La vida misma, entonces, es vulnerable.

De esta manera, la vulnerabilidad natural en relación con los seres humanos se vincula a las necesidades básicas, especialmente las consideradas estrictamente humanas, aquellas cuya no satisfacción compromete de manera seria y radical la misma vida por la manifestación del daño, la vulneración y el menoscabo que se provoca en la vida, en la calidad de vida y en el ejercicio de los derechos de las personas cuando estas necesidades no son satisfechas en grado adecuado²⁷. Por ello, la forma en que lxs humanxs satisfacemos las necesidades se vincula al modo en que nos ubicamos en la estructura social, el Derecho y la economía, particularmente, y a la manera en que comprendemos las necesidades y al lugar que le damos en las responsabilidades y obligaciones de los Estados y el rol que desempeñan las políticas públicas.

Ello da lugar al siguiente nivel altamente relevante de vulnerabilidad, que suele quedar invisibilizado en el análisis, y que se relaciona no a una debilidad intrínseca del sujeto o grupo que les hace especialmente vulnerables como seres vivos, sino a cómo hemos organizado las reglas del mundo, las normas jurídicas, sociales, económicas, políticas. Vulnerabilidad que se vincula con esquemas y valoraciones de justicia/injusticia, y con las concretas y particulares condiciones sociales, políticas, económicas, culturales, patriarcales, situacionales y contextuales en el que los seres vivos se desarrollan y que impactan en la forma y calidad de vida que experimentan. Condiciones que nos hacen más o menos vulnerables en términos totales o generalmente comparativos.

Este nivel de vulnerabilidad, que resulta claramente relevante en términos de justicia, es la *vulnerabilidad socio-estructural*, que es la vulnerabilidad construida socialmente, que discrimina y excluye utilizando la consideración de alguna característica de ciertas perso-

nas o grupos. Así, se lesiona o «convierte en vulnerables» a ciertas personas debido a las formas sociales, jurídicas, económicas, políticas, culturales, patriarcales y ecológicas de los escenarios sociales en que se encuentren, y que les condiciona negativamente en su supervivencia o les impide el ejercicio de ciertos derechos. Por ello, esta vulnerabilidad ya no es la característica natural de la vida misma, sino la consecuencia de determinada organización jurídica, política y social que *hace* vulnerables a ciertos grupos sociales por encontrarse en determinadas circunstancias o por poseer determinados caracteres identitarios, provocándoles un daño, lesión o discriminación por las inseguridades o menoscabos económicos, medioambientales, en la salud, en la educación, en el trabajo, en el acceso a la justicia, en el disfrute de derechos y libertades.

En esta vulnerabilidad socio-estructural, entendida como situación o condición, se vuelve relevante, especialmente en términos jurídicos, una característica que tiene el ser humano relacionada a su natural heterogeneidad, que puede ser física, psicológica, social, cultural, contextual, vinculada con aspectos de la antropología biológica de los seres humanos, o a su identidad personal, de género, etaria, cultural, sexual, religiosa, étnica, económica o de sus relaciones con los otros y con el contexto medioambiental, político, social, económico, cultural, patriarcal, e histórico en que las personas desarrollen sus cotidianidades. Vulnerabilidad que se presenta especialmente gravosa cuando lesiona aspectos o libertades relevantes para el mantenimiento de la vida, de la calidad de vida o el ejercicio de libertades básicas, como el ser vulnerable frente a la administración de justicia, frente a la policía, frente a los organismos financieros, frente al gobierno de un Estado, frente a la jerarquía religiosa o frente a un grupo armado.

Por ello, decimos que son personas o grupos que *están* vulnerables o vulnerabilizados, y no que *son* vulnerables, porque como sociedad hemos creado estructuras sociales, políticas, culturales, jurídicas y económicas que les vulneran y les colocan en situación de vulnerabilidad.

De esta manera, se traslada la característica identitaria de *ser* vulnerable (como condición natural de ser seres vivos) al *estar* vulnerable dentro de una estructura social como circunstancia en la que se encuentran las personas y, por lo tanto, en principio, temporal, y vinculada esencialmente a la responsabilidad social y estatal. Con lo que, sin negar alguna consecuencia de posible responsabilidad individual en el hecho final, se desplaza la idea de *culpabilización* del individuo de manera directa a las estructuras socioeconómicas y político-jurídicas que suele conllevar la pertenencia a un colectivo vulnerable/vulnerabilizado o a una situación de vulnerabilidad, despegando la vocación de permanencia del ser a las condicionales del estar.

Así, es posible diferenciar entre vulnerabilidad crónica-permanente o temporal-circunstancial debido a la vulnerabilidad estructural, ya que puede ser modificada y debería serlo cuando resulta injusta. Pero a la vez, al ser estructural, los cambios resultan complejos porque implican la modificación de estructuras sociales de exclusión y marginación, macroestructuras de dominación económicas, políticas, culturales, patriarcales, coloniales, étnicas, capacitistas, etnocéntricas... que hacen que las vulnerabilidades estructurales se vuelvan crónicas, endémicas, creando verdaderos *círculos de vulnerabilidad*, castas de vulnerabiliza-

dos²⁸. Y más especialmente cuando se presentan interconectadas, como combinaciones de vulnerabilidad, condiciones agravantes de vulnerabilidad y de discriminación. La vulnerabilidad se visualiza, así, como una situación de inmovilismo, de inacción política, donde solo limitamos sus efectos o paliamos las discriminaciones extremas, imposibilitando la transformación social.

Es posible también identificar otras circunstancias que colocan a las personas en situación de vulnerabilidad de manera coyuntural, como por ejemplo las catástrofes naturales o las crisis económicas que viven ciertos grupos sociales en el mundo como consecuencia directa de medidas económicas y políticas concretas que agudizan las situaciones de carencia generalizada en las que ya vivían²⁹. Se destaca también, por ende, que la vulnerabilidad no solo es un estado en que se encuentran las personas, sino también puede ser vista como una posibilidad de *riesgo de volverse vulnerable*, con lo que no solo es relevante el estado de vulnerabilidad como un *estar vulnerable*, sino también el proceso personal y social que hace que una persona o grupo puedan llegar a encontrarse en situaciones de vulnerabilidad.

Por ello, cuando afirmamos que las personas, aparte de ser vulnerables, *están* en situaciones de vulnerabilidad o en condiciones en los que se encuentran vulnerabilizados de manera estructural, asumimos que esa situación de daño, esa desventaja no es, especialmente, de alcance individual, sino que la viven ciertos individuos por encontrarse en determinadas situaciones o por tener determinadas características que hemos asociado a desventajas o daños por la forma en que hemos organizado las reglas sociales, jurídicas, políticas, culturales. Por ello, no es una condición que se derive de una situación individual, y vinculada a sus propias responsabilidades o características que vivan como sujetos aislados y que responda directamente a una opción individual, sino que se vincula a procesos más complejos de pertenencia a determinados colectivos o grupos por diversas razones, como por historia cultural, religiosa o política, o por razones que son aleatorias y vinculadas a opciones individuales como la pertenencia étnica, la nacionalidad o, en cierta medida, el sexo-género. Se vincula, por lo tanto, a problemas sociales.

De esta manera, vulnerabilidad y condiciones de vulnerabilidad se refieren al colectivo, al grupo social, y exige análisis situados y relacionales para comprender las implicancias y consecuencias en la vida individual y grupal de las personas. Lo que evidencia, por ende, el carácter *relacional* de la vulnerabilidad, ubicando y reubicando a los seres humanos en los grupos sociales, y a los grupos sociales dentro de las sociedades; con lo cual hay variantes diferenciales entre el impacto de las vulnerabilidades en los individuos y en los grupos. Lo que exige, a su vez, vincular la vulnerabilidad con desigualdad y la diferencia.

La diferencia revela la condición humana, la diversidad de los seres humanos y la heterogeneidad de los espacios sociales que habitamos y que influyen en la redefinición de nuestras identidades. Las personas somos iguales en nuestra condición de seres humanos, reunimos determinadas características que nos identifican como seres humanos y no como pertenecientes a otras especies de animales o de seres vivos, igualdad como construcción social, pero somos profundamente diferentes en nuestras características internas y externas de humanidad y ello es, precisamente, lo que nos define en nuestras particularidades³⁰. A su vez, somos diferentes como seres humanos, tenemos caracteres físicos, psicológicos y

morales diferentes, provenientes de la genética, condicionados por la estructura social en mayor o menor medida o por el entorno social, económico, religioso, cultural, histórico, temporal. Y hemos asumido que estas diferencias no deben ser relevantes a los fines de la justicia, desde el reconocimiento de la igualdad formal y la prohibición de discriminación, salvo en aquellos aspectos que puedan beneficiarnos, en el sentido de igualdad como diferenciación y no como desigualdad ni como homogeneización, consideradas como iguales en aquello que lo son, su humanidad, y contemplada la particularidad de su diferencia.

De esta manera, la diferencia es un término descriptivo, da cuenta de las situaciones y condiciones diversas en que viven las personas y explica cómo son las personas, con lo que es necesario que estas diferencias sean tuteladas, garantizadas, protegidas por aplicación misma del principio de igualdad. Igualdad que alude a esa forma construida de organización social que hace que todas las personas podamos (o no) ser tratadas como iguales respecto a algo, como criterio de justicia y de distribución, y que se sitúa en el plano prescriptivo, de los valores, de los criterios de justicia, mientras que las desigualdades son producto de la forma en que los seres humanos nos organizamos y distribuimos los recursos y los bienes y las posiciones sociales que derivan de ellos. La desigualdad es un fenómeno ligado a la estratificación social y a la existencia de clases sociales, y es, a la vez, no solo un fenómeno social, sino también histórico, cultural y jurídico que puede convertirse en un problema social³¹. Así, la diversidad/diferencia se contrapone a uniformidad/homogeneidad y se vincula a la identidad, mientras que la igualdad es compatible con la valoración de la diferencia y resulta deficiente sino la implica, pero se anula y se extingue con la desigualdad.

Esto significa que la *diferenciación social* es intrínseca a todos los seres humanos mientras que la *desigualdad social* es contextual y se relaciona con las diferentes posiciones que ocupan las personas en la estructura de la sociedad de que se trate³². Y que tanto las valoraciones como las posiciones sociales desiguales pueden estar basadas en distintos elementos de diferencia social y de construcción social, particularmente vinculadas a las formas que tradicionalmente han provocado mayores discriminaciones, como la desigualdad por sexo-género, desigualdad por etnia-raza, desigualdad por origen social, cultural o pertenencia a una clase socio-económica, a las que también se suman desigualdades por edad, ciertamente, por talentos desarrollados y capacidades-discapacidades, por ciudadanía-nacionalidad, por religión, entre otros, y vinculadas de manera clave al heteropatriarcado y al colonialismo.

Dichas desigualdades se relacionan e influyen entre sí de distintas maneras según el contexto social, el momento histórico, político o económico, estableciendo distintas jerarquías entre ellas y con consecuencias más (o menos) dañinas para la calidad de vida y el acceso y disfrute de los derechos de las personas. Y aunque existe una estrecha relación empírica y conceptual entre todas y cada una de las distintas desigualdades que se consideran desigualdades sociales, la desigualdad económica puede presentar una mayor potencialidad lesiva y de condicionamiento al resto de las desigualdades sociales, agudizando y complejizando las posibles estrategias de superación de las mismas y profundizando la exclusión por la coincidencia de pertenecer a un grupo desfavorecido económicamente, actuando como *condición agravante de desigualdad*, pero también como *condición agravante de vul-*

nerabilidad y condición agravante de discriminación, sumada a la desigualdad de herencia de oportunidades basada en un sistema de estratificación social que profundiza aún más las desigualdades que las personas viven y la discriminación que sufren como consecuencia de ella.

4. SOBRE AUTONOMÍA Y EXIGENCIAS ESTRUCTURALES Y COYUNTURALES PARA EL EJERCICIO

Desde este marco, la vulnerabilidad socio-estructural coloca en una situación de mayor desventaja social, política, económica, impidiendo o dificultando el acceso a las ventajas sociales y a los recursos para saciar nuestras necesidades y desarrollar nuestros planes de vida, afectando el ejercicio de libertades y derechos y, por lo tanto, debilitando las posibilidades de ejercicio de la autonomía. Así, sumada a la vulnerabilidad natural común con todos los seres vivos, algunas personas o grupos de personas se ven expuestas a mayores situaciones de injusticias sociales por el impacto de ciertas características individuales o particularidades del grupo al que pertenece o del ambiente socio-natural o cultural que habitan³³.

Adiciona a la vulnerabilidad que tenemos como seres vivos el *estar* en condiciones de mayor vulnerabilidad, que impacta también en cómo enfrentamos nuestra vulnerabilidad natural. Similar al concepto de Young de injusticia estructural vinculado al resignificado de la opresión como constreñimientos sistémicos y estructurales en las cotidianidades de las personas³⁴, esta forma de *vulnerabilidad socio-estructural* es un estado en el que colocamos a personas o grupos de personas debido a la forma en que organizamos las reglas sociales y jurídicas, la forma en que distribuimos los recursos mundiales, el poder político, social, económico y cultural, y los roles y funciones sociales³⁵. Es la organización jurídica, política, social, económica y cultural la que *hace* vulnerables a personas o grupos sociales, la que vulnerabiliza, les coloca en una situación que les provoca daño, lesión o discriminación en el ejercicio de sus derechos, en la calidad de vida, en el desarrollo de sus capacidades³⁶.

Con lo que las personas *estén* vulnerabilizadas como consecuencia de opciones de responsabilidad política y social que exceden su propia libertad y culpabilidad en el diseño y ejecución de sus planes de vida. Vulnerabilidad que se manifiesta de diversas formas, efectos y consecuencias, según la combinación de múltiples factores, vinculados a condiciones ajenas a la voluntad directa de los sujetos implicados pero todos posibles de analizar como efecto de las políticas económicas, sociales, jurídicas, políticas, culturales, colocándolas en situaciones de desventaja y violencias diversas que operan de manera directa o que pueden hacerlo combinándose con otras variables de discriminación³⁷. Pozzolo advierte que este tipo de vulnerabilidad puede ser también potencial en los casos en los que las personas se encuentran en posiciones que les predisponen a sufrir las consecuencias derivadas de la vulnerabilidad que ya tienen como todo ser vivo³⁸.

Así, las diferentes y situadas vulnerabilizaciones naturales que tenemos como seres vivos, se interseccionan con las condiciones materiales en las que reproducimos nuestras existencias, generando diversas y también situadas vulnerabilidades socioestructurales. Por ello, el reconocimiento, protección y garantía de la satisfacción de las necesidades básicas

actúa como protección de lxs humanxs frente a las decisiones de otros, enlazándose con la autonomía y la estabilidad democrática, en el sentido que las entiende y defiende Nino³⁹. Autonomía comprendida desde la elección de los planes de vida y autonomía como el desarrollo real y efectivo de la vida que hayamos libremente escogido vivir, y que requiere en ambos momentos acceder de manera adecuada a los satisfactores de nuestras necesidades y disponer de los recursos para realmente desarrollar las libertades. Una autonomía que impacta no solo en la vida que las personas desarrollan o pueden desarrollar, sino también en la estabilidad y salud democrática de los Estados que habitan y los derechos que disfrutan. Por ello, para Nino deberían no solo considerarse en relación con la exigibilidad de derechos sociales como cuestiones *a posteriori* de la democracia, sino también integrar, al menos en cierta parte, el núcleo de lo imprescindible *a priori* en la consideración democrática y, por lo tanto, en el valor mismo de la autonomía.

La autonomía también se vincula con los contextos de decisión en que viven las personas integradas por la red de relaciones diversas de que dispongan, cuya configuración y control queda fuera de las esferas de decisiones directas de estas personas. De esta manera, la vulnerabilidad se relaciona con la falta de poder, las deficiencias e insuficiencias en la autonomía, en la libertad de elección y de acción, como explica Pozzolo, reduciendo el ámbito decisonal de las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad⁴⁰.

La autonomía, por ende, es situada y contextual, *relacional*, en el sentido de que construimos nuestras autonomías en relación con los otros, en dinámica con las relaciones sociales en las que vivimos, enmarcadas en los escenarios culturales, geopolíticos, ambientales en los que escogemos planes de vida y en los que los desarrollamos⁴¹. Y, a la vez, parte de un proceso de desarrollo de esferas de autonomía en las cuales las personas, por situaciones diversas y situadas, pueden tener ciertas dificultades para el ejercicio de algunas dimensiones de la autonomía o requerir algunos apoyos o colaboraciones para ejercerlas. En este sentido, la titularidad de la autonomía no está reñida con el reconocimiento de diferencias a la hora del ejercicio concreto y situado de las diversas maneras en que la ejercemos.

Por ello, hay diversas aproximaciones que también diferencian, en relación especialmente con las personas mayores, dimensiones complejas de la autonomía. En este sentido, es posible diferenciar la elección de los planes de vida, las opciones vitales, lo que queremos y deseamos ser y hacer, de las posibilidades de desarrollarlos y llevarlos a cabo⁴². Situaciones que no solo están mediadas por la tenencia o no de los recursos materiales e inmateriales para hacerlo: especialmente en el caso de las personas mayores, en ellas también pueden verse involucradas dimensiones de ejercicio de la autonomía vinculadas a los procesos naturales de envejecimiento humano, en estrecha relación con la vulnerabilidad natural de los seres vivos, especialmente de lxs humanxs. En estos casos, las políticas públicas deben tender a garantizar y proteger el derecho de las personas a definir los planes de vida, a ejercer la autonomía en el sentido que cada persona escoge libremente, estableciendo políticas que lo permitan, identifiquen, apoyen, acompañen a las personas en todos los procesos vitales asumiendo los distintos desafíos que la vida humana va generando, dentro de los marcos sociales, políticos, jurídicos y económicos de nuestras sociedades. Medidas y políticas que pueden inspirarse en las llamadas *medidas de accesibilidad, diseño universal y*

ajustes razonables que estableció la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad⁴³.

Se manifiesta, así, la condicionalidad estrecha entre vulnerabilidad natural, autonomía, autonomía relacional y vulnerabilidad socio-estructural articulada desde el concepto de necesidades humanas. Y desde estas, con el funcionamiento de las necesidades como fundamento de los derechos o, al menos, como razones valiosas que no deben ser ignoradas en relación con el reconocimiento de los derechos, especialmente de los derechos sociales, económicos, culturales y ambientales⁴⁴. Y, también, con los valores que fundamentan derechos, tal como defiende Miller, en el sentido de que las necesidades expresan la parte más urgente del principio de igualdad⁴⁵. Por consiguiente, tanto la vulnerabilidad como la autonomía se definen relacional y contextualmente, exigiendo análisis situados y relacionales para comprender las implicaciones en la vida individual y grupal de las personas y los diferentes impactos de las vulnerabilidades en las autonomías de las personas. Y, claramente, en cuán autónomas y libres realmente puedan ser.

5. TAN AUTÓNOMAS Y VULNERABILIZADAS COMO TODAS

Las personas mayores son tan autónomas y están tan vulnerabilizadas como cualquier otra persona de cualquier edad y situación, dependiendo de los contextos sociales, políticos, históricos, económicos y culturales que habiten, y que conllevan diversos desafíos para sí mismos, para sus familias, las sociedades y los Estados.

Es obvio, y natural, que algunos de estos desafíos vinculados con los ejercicios de la autonomía se manifiestan de manera más acentuada en las personas mayores, por los propios procesos de envejecimiento; aunque no necesariamente se dan solo en personas mayores, y no siempre de la misma manera e intensidad. Las diferencias en el ejercicio de la autonomía se presentan de manera situada y en estrecha relación, claro está, con quién es la persona, cuáles son sus particulares circunstancias sociales, personales, culturales, de salud, de necesidades, de opciones vitales y planes de vida, de relaciones con las otras personas y con el entorno. Y, a la vez, en dinámico intercambio con las otras personas y colectivos, en relación con lxs otrxs. Relaciones todas donde la autonomía se presenta de manera compleja, entreverada con las propias dinámicas humanas, situada y atravesada por las interseccionalidades de las desigualdades sociales que conllevan diversos desafíos para los derechos, las políticas públicas y los análisis sociales, políticos, jurídicos, culturales y económicos.

Desafíos que no deben valorarse como problemas, sino que deberían abordarse desde la racionalidad instrumental, en el sentido de asegurarnos nuestra propia calidad y existencia de autonomía y ejercicio de derechos; ya que lo que establezcamos como marco normativo, social, político y cultural para las personas mayores nos llegará a todxs, en el mejor de los casos (si tenemos la suerte de vivir hasta ser ancianos). Es, por lo tanto, una reflexión y una práctica política que debería interesarnos a todxs de manera más rigurosa que como se presenta, y que nos debería hacer pensar empáticamente en la persona mayor futura que seremos y en cómo queremos que se nos trate, qué lugares queremos ocupar y cómo.

Es preciso, por lo tanto, diferenciar en términos de políticas públicas entre las consecuencias de la vulnerabilidad natural más marcada en relación con la concepción de mayor fragilidad y dependencia que puede generar el hecho de envejecer, siempre desde la perspectiva de que toda vulnerabilidad debe comprenderse desde cómo hemos organizado las reglas sociales, políticas, económicas y culturales en relación con la vejez.

Remarcando que hay, en los procesos de envejecer, del transcurrir natural de la vida, una vinculación invisibilizada de la concepción de la vejez desde el modelo económico de mercado y de competitividad que anula las capacidades de las personas mayores. Cuando son apartadas del mercado como trabajadores, se las quita, aparta, excluye también, como proceso *natural*, de la consideración y valoración como sujetos políticos y sociales. Incluso, como sujetos autónomos y titulares de derechos y libertades, protagonistas de las definiciones de sus planes de vida que siguen teniendo derecho a escoger y desarrollar.

Por lo tanto, las personas mayores están vulnerabilizadas en sus derechos y en el ejercicio de sus libertades por la forma en que hemos organizado las estructuras sociales, políticas, culturales, económicas y jurídicas, y por el lugar que les damos en ellas y distribuimos los recursos y el poder social. Se trata de un proceso fortalecido y justificado por un relato construido desde la naturalización de las carencias de autonomía y el aumento de la vulnerabilización que sigue operando especialmente desde los marcos culturales y los sistemas educativos. Las sociedades contemplan la vejez desde un hipócrita romanticismo que aparta a las personas mayores del protagonismo de sus vidas y de los colectivos sociales que integran y en los que desarrollan sus cotidianidades, nos educamos en un respecto ficticio, en el mejor de los casos, basado en estereotipos de inutilidad, decrepitud e ineficacia social y económica. Alejadxs, excludixs, sin hacer demasiado ruido ni darles espacios políticos, pero exigiéndoles que deben estar dispuestxs, especialmente las mujeres mayores, a continuar ejerciendo el mandato social de cuidado y protección.

Así, celebramos que aumenta la expectativa de vida, pero no estamos asumiendo como sociedades los retos de que la calidad de vida que se viva sea relevante, ni las exigencias que implica para las políticas públicas y las responsabilidades estatales en relación con hacerlo dentro del marco de exigencias y eficacias de los derechos humanos, y en igualdad en todo el mundo. Por ello, las vidas que viven las personas mayores sufren los impactos de las vulnerabilidades socio-estructurales de las sociedades que habitan con íntimas conexiones con las interseccionalidades diversas que aumentan las discriminaciones y las exclusiones en el desarrollo y ejercicio de sus autonomías, derechos y libertades.

Finalmente, para comprender la representación y el valor social que realmente tienen las personas mayores en el mundo basta recordar, a título ilustrativo, la drástica gestión de la pandemia de COVID-19, donde, en general, hemos vivido situaciones surrealistas y violatorias de todos los derechos de las personas mayores, con serios impactos en sus vidas y en sus calidades de vida, incrementados más por las políticas llevadas a cabo durante la pandemia que por el propio virus⁴⁶. Vale mencionar, con diferencias y matices en cada país e incluso regiones, que se han limitado de manera más estricta las libertades de las personas mayores sin alternativas de socialización, esparcimiento, atención psicológica e, incluso, médica, aumentando la sensación de vulnerabilidad general que experimentaba toda la

humanidad. Privados de movimiento, con un relato de alta peligrosidad del virus para las personas mayores, fueron dejados en la soledad de sus viviendas con atenciones precarias, incluso en los centros para personas mayores o geriátricos, con altas tasas de mortalidad en aislamiento y bajo medidas polémicas y altamente cuestionadas, aunque curiosamente poco judicializadas, pese a lo intuitivamente injustas e ilegales que las mismas resultan⁴⁷.

Las fotos que tomó Emilio Morenatti, y que le valieron el Premio Pulitzer 2021, también arrojan inexcusablemente sobre nuestras historias el horror del que somos responsables⁴⁸. Fueron tomadas durante la pandemia, donde se utilizaron y legitimaron (y legitimamos) justificaciones epidemiológicas para la exclusión y las vulnerabilidades socio-estructurales a las que condenamos cotidianamente a las personas mayores, incluso sin pandemia ni otros peligros. El horror, la desesperación y la amargura en sus miradas, el completo desamparo, la máxima soledad y el sentimiento de ser prescindibles que nos gritan sus manos, la expresión de sus rostros y sus cuerpos. Imágenes que fueron tomadas durante la pandemia en Barcelona, pero que reflejan, de una u otra manera, el tratamiento que damos cotidianamente a las personas mayores en gran parte del mundo.

Y ahí seguimos, como sociedad, inmovibles frente a un destino que nos llegará a todos, si tenemos la suerte de vivir hasta donde los extremos más altos de la expectativa de vida que hemos logrado. Y ahí seguimos, como sociedad, sin actuar ni siquiera como personas estratégicamente racionales para asegurar (asegurarnos) políticas adecuadas que garanticen (nos garanticen) calidad de vida y ejercicio de autonomía, derechos y libertades para las personas que transitan la vejez (para cuando transitemos la vejez).

Las personas mayores no son más vulnerables que el resto de la humanidad, pero están vulnerabilizadas por un sistema social, cultural, político, económico y jurídico que desprecia la vida de quienes más han vivido. Las personas mayores son (y deben ser consideradas) autónomas y libres para escoger y desarrollar los planes de vida que desean y hasta cuando lo decidan. Autónomas para seguir viviendo libremente las vidas que desean, todos los días que puedan ser vividos y como cada persona decida hacerlo.

NOTAS

1. Utilizaré la «x» como marcador de género inclusivo no binario.
2. El presente estudio contiene afirmaciones y conclusiones vinculadas al considerado mundo *políticamente occidental*, más en relación con Europa, América y África, principalmente. Sobre otras consideraciones en el mundo, *vid.* Hu y Wang (2019). Muy interesantes resultan los estudios de Etnogerontología en relación con los pueblos indígenas y los desafíos en relación con las personas mayores de sus comunidades. Sobre ellos, *vid.* Reyes Gómez (2012: 69-83). Disponible en: <<https://revistasinvestigacion.lasalle.mx/index.php/recein/article/view/90/51>>; Reyes Gómez y Pelcastre Villafuerte (2019: 7-14). Disponible en <https://integra2.fcdh.uatx.mx/admin2/uploads/articulos/_Volumen_10_Numero_1,_enero_-_junio_2019/artCompleto_El_Estudio_de_la_Vejez_en_Pobl.pdf>; y Robles, Vázquez, Reyes y Orozco (2006); y Kam, Yeung y Yuen (2014: 37-42) y Rapu Tuki (2014: 303-208). Disponibles en: <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37523/1/S1421014_es.pdf>.

3. Entre otros movimientos sociales protagonizados por personas mayores, los autodenominados *yayo-flautas*, movimiento social intergeneracional surgidos en Barcelona en 2011 y en Madrid en 2012 vinculados al movimiento de *indignadxs 15M* en España, lideraron diferentes reclamos de derechos vinculados al fortalecimiento del Estado social. Continúan activos protagonizando luchas y reclamos por los derechos sociales. Información disponible en: <<https://yayoflautasmadrid.org/>>. y <<https://iaioflauta.com/>>. O los *Grey Panthers* en USA, en referencia a los *Black Panthers*, movimiento surgido en los años 70 e impulsado por la activista Maggie Kuhn cuyos reclamos se originaron en relación con la jubilación obligatoria, y que luego se expandieron a otros reclamos sociales y contra la guerra. En la actualidad siguen luchando contra la discriminación por edad, particularmente muy activos en relación con los cuidados de personas mayores al interior de los hogares trabajando con el gobierno americano. Se han convertido en referencia en el mundo en la lucha por los derechos de las personas mayores, con protagonismo en Naciones Unidas; influenciando para la introducción de derechos de las personas mayores en los Objetivos de Desarrollo Sostenible y explícitamente en la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, o en la defensa de una convención de derechos humanos de las personas mayores. Tiene sedes en diferentes ciudades, como New York: <<https://www.graypanthersnyc.org/>>. o San Francisco: <<https://sfgraypanthers.wordpress.com/>>.

4. Muy interesante resulta indagar sobre el concepto de vejez desde las reflexiones desde Seneca en la Epístola XCII de las *Cartas a Lucilio* o las de Bobbio (1997). *Vid.*, asimismo, Gracia (2009).

5. Utilizaré la expresión *personas mayores*, asumiendo que las expresiones utilizadas en español son diversas (adultos mayores, personas de edad, vejez, personas ancianas) y que pueden no mostrar realmente con exactitud el período etario al que se alude. Ampliar este debate en Overall (2005: 42 ss.), donde se discute sobre etarismo como prejuicio injustificado y discriminación basada en la edad. Confrontar con Shaw (1994: 188-194).

6. Consultar Barranco Avilés (2020: 73-80); y Campoy Cervera (2020: 81-90). Disponibles en: <https://revistatiempodepaz.org/revista-138/#dfliip-df_1654/75/>.

7. Asamblea General de las Naciones Unidas (2010): Seguimiento de la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, Resolución 65/182, de 21 de diciembre.

8. Entre los principales Instrumentos internacionales, con distinto valor, se pueden mencionar los Principios de las Naciones Unidas en favor de las Personas de Edad, de 1991, la Proclamación sobre el Envejecimiento de 1992, la Declaración Política y el Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento de 2002. A estos se suman otros documentos internacionales y regionales como la Estrategia Regional de implementación para América Latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento de 2003, la Declaración de Brasilia de 2007, el Plan de Acción de la Organización Panamericana de la Salud sobre la salud de las personas mayores, incluido el envejecimiento activo y saludable de 2009, Declaración de Compromiso de Puerto España de 2009 o la Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe de 2012.

9. *Vid.* Cardona Rubert, Flores Giménez, y Cabeza Pereiro (coords.) (2018); y Barranco Avilés y Vicente, Irene (2020). Disponible —la segunda publicación— en: <<https://www.helpage.es/acto-de-presentacion-del-documento-de-helpage-espana-la-discriminacion-por-razon-de-edad-en-espana-con-conclusiones-y-recomendaciones-para-el-contexto-espanol-con-un-enfoque-basado-en-derechos/>>.

10. Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores, aprobada el 15 de junio de 2015 por los Estados de la Organización de Estados Americanos. Disponible en: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_a-70_derechos_humanos_personas_mayores.pdf>.

11. Ampliar en Johnson (2017); Levi Montalcini (2017); Riley y Riley (1994). Disponible —este último— en: <<https://doi.org/10.1093/geront/34.1.110>>.

12. Como señala Fundación HelpAge Internacional España (2021: 40-41 ss.). Consultar Pérez Díaz (2005); y Riley (1986).

13. *Vid.* Organización Mundial de la Salud-OMS (2021): Envejecimiento y salud: Datos y Cifras, de 4 de octubre. Disponible: <<https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/ageing-and-health>>.

14. United Nations Development Programme (2022). Disponible en: <https://hdr.undp.org/system/files/documents/global-report-document/hdr2021-22pdf_1.pdf>. Según el Informe, los 10 países con Índice de Desarrollo Humano más alto del mundo son Suiza, Noruega, Islandia, Hong Kong (China RAE), Australia, Dinamarca, Suecia, Irlanda, Alemania, Países Bajos. Y los 10 países con desarrollo humano más bajo son Sudán del Sur, Chad, Níger, República Centroafricana, Burundi, Mali, Mozambique, Burkina Faso, Yemen, Guinea. Concentrando, así, el desarrollo y la calidad de vida en el norte político del mundo frente al continente africano donde se ubican los países con menor calidad de vida y mayor empobrecimiento.

15. También hay que mencionar India, el segundo país más poblado del mundo (las estimaciones indican que muy pronto será el primero) y Pakistán (el quinto país más poblado del mundo) donde las expectativas de vida no llegan a los 70 años (69 y 67 años respectivamente) o Indonesia (el cuarto), Bangladesh y la Federación Rusa (el octavo y el noveno respectivamente), que apenas superan los 70 años (*Idem*).

16. Sobre los cambios demográficos y el impacto en las personas mayores en América Latina, puede consultarse Huenchuan (ed.) (2018: 19-48). Disponible en: <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44369/1/S1800629_es.pdf>. Sobre Europa, se puede consultarse Comisión Europea (2020). Disponible en: <https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/new-push-european-democracy/impact-demographic-change-europe_es>.

17. Relevancia económica de las abuelas en las ficticias conciliaciones familiares y laborales de las actuales condiciones de trabajo especialmente de otras mujeres; donde las mujeres mayores acaban haciéndose cargo del cuidado de lxs hijxs de las mujeres menores de la familia para que estas puedan salir al mercado laboral en (supuestas) igualdades de condiciones que los hombres. Mujeres mayores que cubren las carencias en cuidado de niñxs y también carencias de cuidado de otros mayores o personas dependientes. *Vid.*, entre otros, Díaz Martínez y Simó Noguera (coords.) (2016).

18. Contrastar con el Informe de años de vida saludables por sexo que elabora EUROSTAT (2004). Disponible en: <https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/hlth_hlye/default/table?lang=en>.

19. *Vid.* Fundación HelpAge Internacional España (2021: 50-51). Disponible en: <https://www.helpage.es/wp-content/uploads/2021/09/Informe_El-derecho-a-los-cuidados-de-las-personas-mayores_HelpAge-Espana-2021.pdf>. El Informe explica que los hombres mayores están afectados por patologías relacionadas con el aparato respiratorio y circulatorio, mientras que las mujeres por enfermedades degenerativas como la demencia senil o Alzheimer.

20. En relación con los derechos de las personas mayores a una adecuada atención en salud y la exclusión en el acceso a los cuidados de salud basado en severos y polémicos (y poco criticados) criterios discriminatorios basados en la edad, *vid.* Lema Añón (2009: 213-230).

21. Sobre el relevante tema del cuidado, *vid.* Camps (2021); Fraser (2016); y Marrades Puig (2019).

22. El *estado de salud percibido de las personas mayores* es un importante indicador de salud porque se relaciona con la aparición de enfermedades, las limitaciones cognitivas o funcionales, la cantidad de enfermedades diagnosticadas y tratamientos, y los estados emocionales. Los *indicadores de años de vida con salud (AVS)* indican el promedio del número de años sin limitación de actividad que aún restan por vivir a una persona hasta su fallecimiento. *Vid.* Gómez Redondo y García-González (2011); Gómez Redondo y Fernández-Carro (2015); Lema Añón (2021: 234-237); y Pérez-Fuentes, Molero Mercader, Soler Flo-

res, Barragán, Calzadilla y Gázquez (2015). Disponible —este último— en: <<https://doi.org/10.1016/j.reu.2015.03.002>>.

23. Consultar Cuenca Gómez (2021). Disponible en: <https://www.helpage.es/wp-content/uploads/2022/02/HelpAge_Cuaderno-5_Justicia-y-participacion-social-y-politica-de-las-personas-mayores.pdf>.

24. Disponible en: <<https://elordenmundial.com/mapas-y-graficos/mapa-voto-obligatorio-mundo/>>. [Consulta: 27/07/2022.]

25. Comisión Interamericana de Derechos Humanos-CIDH (2021). Disponible en: <<https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2021/259.asp>>.

26. Naciones Unidas ya reconoció que la globalización afecta a todos los países de manera diferente y los hace más vulnerables a los acontecimientos externos, y que produce cada vez mayores diferencias entre los países desarrollados, los en vías de desarrollo y los no desarrollados. Así, se refiere a *Estados vulnerables* vinculado a la capacidad para promover y defender los derechos humanos y la calidad de vida de todos sus ciudadanos; a la capacidad para afrontar y resolver riesgos de ciertos eventos traumáticos (crisis ecológicas, alimentarias, económicas, sanitarias, naturales, guerras o conflictos sociales) y a la capacidad para manifestar su poder y soberanía a nivel internacional. Por lo tanto, la consideración o inclusión de un Estado como vulnerable puede tener las mismas ventajas y los mismos riesgos que hacerlo respecto a una persona o a un grupo en particular y con efectos igualmente contradictorios, desde permitirle ciertas medidas protectoras a nivel general, económicas, financieras y políticas o privándolo de protagonismo por considerarlos incompetentes básicos. Cfr. Naciones Unidas, Resolución 59/184 de 2004.

27. Sobre el amplio tema de las necesidades, *vid.* Añón Roig (1994); Braybrooke (1987); Doyal y Gough (1994: 193-304); Galtung y Antal (1980: 55-125); Galtung (1994); Nussbaum (2002 y 2006); Nino (1990: 21-34); Riechmann (coord..) (1999); y Wiggins (1987). He tratado el tema en Ribotta (2011: 259-299 y 2008: 29-56).

28. Confrontar con la crítica a la igualdad de oportunidades en Cohen (1997 y 2008); y Ribotta (2016: 33-40).

29. Salas Serrano (2007: 29-41).

30. Consultar Añón Roig (2001); Atkinson, Glaude y Olier (2001: 11-137); y Temkin (1996: 19-52).

31. De Lucas (1996: 493-500); y López Aranguren (2005).

32. Kerbo (2000: 11).

33. Mackenzie (2014: 33-59) diferencia entre la vulnerabilidad corporal, la debida al contexto situacional y las que devienen de las condiciones de patogenicidad, que se pueden interpretar desde las consideraciones de las personas mayores.

34. Young (2011: 60 ss. y 108 ss.; y 1988: 270-290).

35. He tratado ampliamente los temas de vulnerabilidades y de autonomía en Ribotta (2020: 36-46). Disponible en: <https://revistatiempodepaz.org/revista-138/#dfliip-df_1654/75/>; y Ribotta (2021: 149-182). Disponible en: <<https://doi.org/10.18601/01229893.n48.06>>.

36. Podemos hablar también de *Estados vulnerables* o de *Estados vulnerabilizados*, cuando se afecta la capacidad de cada Estado para promover y defender los derechos humanos y la forma de afrontar, gestionar y resolver riesgos de ciertos eventos traumáticos, como crisis ecológicas, alimentarias, económicas, sanitarias o epidemiológicas, guerras o conflictos sociales. Cfr. Naciones Unidas, Resolución 59/184 de 2004.

37. Sobre la vulnerabilidad y los procesos de vulnerabilización de mujeres, entre otros muchos análisis ver Albertson Fineman (2017: 133-149); Añón Roig (2020: 47-54); Morondo, De La Cruz y La Spina (coords.) (2020); Mackenzie, Rogers y Dodds (eds.) (2014); y Pozzolo (2019: 1-28).

38. Pozzolo (2019: 3).

39. Nino (1990: 3-7).

40. Pozzolo (2019: 4-5).

41. *Vid.* Álvarez Medina (2018); Mackenzie y Stoljar (eds.) (2000); Rodríguez Palop (2017: 135-166); y Rodríguez Ruiz (2019: 72-91).

42. Etxeberria Mauleon diferencia entre la *autonomía moral* y *autonomía fáctica*, que exige apoyos pertinentes; *autosuficiencia para las acciones* y *autonomía para las decisiones*, y autonomía como *autodeterminación*, como *autolegislación* y como *autenticidad*; siendo esta última la que se inscribe como continuación en la historia personal de la persona mayor como enlace de todas las decisiones que van definiendo su vida y sus opciones vitales, como parte de su identidad, de lo que quiso y sigue queriendo para la persona que es. Por eso, esta dimensión, reclama, debe tener especial relevancia, porque la vida de las personas mayores sigue siendo relevante en todo lo que decidan. Cfr. Etxeberria Mauleon (2014: 61-63).

43. Acompañamientos y políticas públicas que desde la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad que entró en vigor en 2008, han quedado más claramente establecidos, particularmente desde los artículos 3 y 9 de Accesibilidad y 12 de Igual reconocimiento como persona ante la ley, especialmente el artículo 12.3 donde se mencionan los apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica. Medidas que pueden inspirar apoyos y políticas para personas mayores en el ejercicio de sus capacidades jurídicas y de la autonomía. Disponible en: <<https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>>. Consultar Palacios (2015: 9-34) y De Asís Roig, (2015: 99-118).

44. Añón Roig (1994); y De Lucas y Añón Roig (1990).

45. Miller (2002: 149).

46. Naciones Unidas (2020a); y Dabove (2020: 2-20). Disponible en: <http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2301-06652020000202110>. Igualmente, Informe de Claudia Mahler, la experta independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad sobre (2020b). Consultar los Informes de la experta independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad. Disponibles en: <<https://www.ohchr.org/es/special-procedures/ie-older-persons/annual-reports>>.

47. Parte de esta situación se refleja en el Informe de Amnistía Internacional España que tiene un título de lo más demostrativo de lo que fue la situación vivida por las personas mayores: Amnistía Internacional España (2020). Disponible en: <<https://doc.es.amnesty.org/ms-opac/recordmedia/1@000032802/object/43888/raw>>. El Informe realizado en España contiene información estremecedora, y reporta actuaciones claramente violatorias de diferentes derechos. Entre ellas, cuando expresa que «Amnistía Internacional pudo documentar extensamente en Madrid y Cataluña la denegación de derivación a hospitales de personas mayores que vivían en residencias, en base al lugar en el que residían y otros criterios generales —como la edad o grado de discapacidad, estado de salud (ser pacientes confirmados o con sospecha de COVID-19)— sin una valoración individualizada, lo que vulneró manifiestamente el derecho a la no discriminación de estas personas mayores». Y continúa explicando que han documentado casos de personas en situación de extrema vulnerabilidad y necesidad de atención médica sanitaria a las que no se les dio la oportunidad de un tratamiento adecuado de posible COVID-19 u otras patologías que padecían. «Tanto en Madrid como en Cataluña, hubo momentos donde no se realizaron ingresos en hospitales, y las pocas derivaciones que se dieron fueron la excepción y, en ocasiones, ya fatalmente tarde. La decisión

práctica de no derivar se aplicó de forma automatizada y en bloque, sin llevar a cabo valoraciones individualizadas. Como se explica más adelante, la no derivación en Madrid estaba prevista en protocolos, que establecían instrucciones y criterios para valorar la derivación o no de personas de residencias y/o mayores a hospitales». (*Ídem*, 34 ss.). *Vid.*, también, Rico (2020), con una rigurosa investigación al respecto que continúa hasta la actualidad; y Sociedad Española de Geriátrica y Gerontología (SEGG) (2020). Disponible en: <<https://bit.ly/3kwSB9C>>. Estas situaciones que pueden también compararse con actuaciones en otros lugares del mundo, incluso en aquellos donde la sanidad privada actuaba con criterios estrictos de mercado.

48. Emilio Morenatti obtuvo el Premio Pulitzer 2021 de fotografía en la categoría Feature Photography por su trabajo centrado en los efectos de la pandemia sobre las personas mayores en España. Disponibles en: <<https://www.pulitzer.org/winners/emilio-morenatti-associated-press>>.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBERTSON FINEMAN, Martha (2017): «Vulnerability and Inevitable Inequality», *Oslo Law Review*, 4, 133-149.
- ÁLVAREZ MEDINA, Silvina (2018): *La autonomía de las personas: una capacidad relacional*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL ESPAÑA (2020): «Abandonadas a su suerte. La desprotección y discriminación de las personas mayores en residencias durante la pandemia Covid-19 en España» [en línea], <<https://doc.es.amnesty.org/ms-opac/recordmedia/1@000032802/object/43888/raw>>. [Consulta: 06/12/22.]
- AÑÓN ROIG, María José (1990): «Necesidades, Razones, Derechos», *Doxa*, 7, 55-81
- (1994): *Necesidades y Derechos. Un Ensayo de Fundamentación*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
 - (2001): *Igualdad, Diferencias y Desigualdades*, México: Fontamara.
 - (2020): «Mujeres y vulnerabilidades», *Revista Tiempo de Paz*, 138, 47-54.
- ASÍS ROIG, Rafael de (2015): «Lo razonable en el concepto de ajuste razonable», en E. Salmón y R. Bregaglio (eds.), *Nueve conceptos clave para entender la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 99-118.
- ATKINSON, Tony, Michel GLAUDE y Lucile OLIER (2001): *Inégalités économiques*, París: Conseil d'Analyse Économique.
- BARRANCO AVILÉS, María del Carmen e Irene VICENTE, (2020): «La discriminación por razón de edad en España. Conclusiones y recomendaciones para el contexto español desde un enfoque basado en derechos», *La discriminación por razón de edad en España. Conclusiones y recomendaciones para el contexto español desde un enfoque basado en derechos*, Madrid: HelpAge International España [en línea], <<https://www.helpage.es/acto-de-presentacion-del-documento-de-helpage-espana-la-discriminacion-por-razon-de-edad-en-espana-con-conclusiones-y-recomendaciones-para-el-contexto-espanol-con-un-enfoque-basado-en-derechos/>>. [Consulta: 06/12/2022.]
- BARRANCO AVILÉS, María del Carmen (2020): «Vulnerabilidad y personas mayores desde un enfoque basado en derechos», *Revista Tiempo de Paz*, 138, 73-80.
- BOBBIO, Norberto (1997): *De senectute y otros escritos biográficos*, Madrid: Taurus.
- BRAYBROOKE, David (1987): *Meeting Needs*, Princeton: Princeton University Press.
- CAMPOY CERVERA, Ignacio (2020): «Vulnerabilidad y personas menores de edad», *Revista Tiempo de Paz*, 138, 81-90.
- CAMPS, Victoria (2021): *Tiempo de cuidados*, Barcelona: Arpa.
- CARDONA RUBERT, Belén, Fernando FLORES GIMÉNEZ y Jaime CABEZA PEREIRO (coords.) (2018): *Edad, Discriminación y Derechos*, Madrid: Aranzadi.

- COHEN, Gerald A. (1997): *Equality, Equality of Opportunity and the Labour Party*, Manchester: Red Pepper.
- (2008): *Rescuing Justice and Equality*, Massachusetts: Harvard University Press.
- COMISIÓN EUROPEA (2020): «Informe sobre el impacto del cambio demográfico» [en línea], <https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/new-push-european-democracy/impact-demographic-change-europe_es>. [Consulta: 06/12/2022.]
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS-CIDH (2021): «Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (RELE) llaman a los Estados a adoptar medidas para reducir las brechas digitales de las personas mayores» [en línea], <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2021/259.asp> [Consulta: 06/12/2022.]
- CUENCA GÓMEZ, Patricia (2021): «Informe Justicia y participación social y política de las personas mayores», Madrid: Fundación HelpAge International España, Cuaderno N.º 5 [en línea], <https://www.helpage.es/wp-content/uploads/2022/02/HelpAge_Cuaderno-5_Justicia-y-participacion-social-y-politica-de-las-personas-mayores.pdf>. [Consulta: 06/12/2022.]
- DABOVE, Maria I. (2020): «Derecho de la vejez en tiempos de pandemia», *Revista de la Facultad de Derecho*, 49, 2-20.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Capitolina y Carles SIMÓ NOGUERA (coords.) (2016): *Brecha salarial y brecha de cuidados*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- DOYAL, Len e Ian GOUGH (1994): *Teoría de las Necesidades Humanas*, Barcelona: Icaria y Fuhem.
- ETXEBERRIA MAULEON, Xabier (2014): «Autonomía moral y derechos humanos de las personas ancianas en condición de vulnerabilidad», *Autonomía y dignidad en la vejez: Teoría y práctica en políticas de derechos de las personas mayores*, en S. Huenchuan y R. Icela Rodríguez (eds.), México: Naciones Unidas-CEPAL, 61-70.
- EUROSTAT (2004): «Healthy life years by sex» [en línea], <https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/hlth_hlye/default/table?lang=en>. [Consulta: 06/12/2022.]
- FRASER, Nancy (2016): «Contradictions of Capital and Care», *New Left Review*, 100, 99-117.
- Fundación HelpAge Internacional España (2021): *Informe El derecho a los cuidados de las personas mayores* [en línea], <https://www.helpage.es/wp-content/uploads/2021/09/Informe_El-derecho-a-los-cuidados-de-las-personas-mayores_HelpAge-Espana-2021.pdf>. [Consulta: 06/12/2022.]
- GALTUNG, Johan y David ANTAL (colab.) (1980): *Human Needs. A Contribution to the Current Debate*, Cambridge-Massachusetts: Oelgeschlager, Gunn & Hain Publishers.
- GALTUNG, Johan (1994): *Human Rights in another key*, Cambridge: Polity Press y Blackwell Publishers.
- GÓMEZ REDONDO, Rosa y Celia FERNÁNDEZ-CARRO (2015): «Personas mayores, discapacidad y dependencia», en J. N. Fernández Muñoz, *Las Personas Mayores en España*, Madrid: IMSERSO, 291-331.
- GÓMEZ REDONDO Rosa y José Manuel GARCÍA-GONZÁLEZ (2011): «Longevidad y salud a edades avanzadas», en R. Gómez Redondo y J. M. García-González, *Salud, demografía y sociedad en la población anciana*, Madrid: Alianza editorial, 57-82.
- GRACIA GUILLÉN, Diego M. (2009): «Historia de la vejez», en J. Gafó, *Ética y Ancianidad*, Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 15-26.
- HU, Bo, y Jing WANG (2019): «Unmet long-term care needs and depression: The double disadvantage of community-dwelling older people in rural China», *Health & Social Care in the Community*, 27, 126-138.
- HUENCHUAN, Sandra (ed.) (2018): *Envejecimiento, personas mayores y Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Perspectiva regional y de derechos humanos*, México: Naciones Unidas-CEPAL.
- JOHNSON, Steven (2017): *Extra-Life. A Short History of Living Longer*, Nueva York: Riverhead Books.
- LEVI MONTALCINI, Rita (1998): *El as en la manga: Los dones reservados a la vejez*, Madrid: Crítica.
- KAM, Yeung, John YEUNG, y Sik YUEN (2014): «La protección de los derechos de las personas mayores en África», en S. Huenchuan y R. Icela Rodríguez (eds.), *Autonomía y dignidad en la vejez: Teoría y práctica en políticas de derechos de las personas mayores*, México: Naciones Unidas-CEPAL, 37-42.

- KERBO, Harold R. (2000): *Social stratification and inequality: class conflict in historical, comparative, and global perspective*, Boston: McGraw-Hill.
- LEMA AÑÓN, Carlos (2009): *Salud, Justicia, Derechos. El derecho a la salud como derecho social*, Madrid: Dykinson.
- (2021): «The Right to Health and the Social Determinants of Health in the face of COVID-19. The Spanish experience after austerity policies», *The Age of Human Rights Journal*, 16, 220-241.
- LÓPEZ ARANGUREN, Eduardo M. (2005): *Problemas sociales. Desigualdad, pobreza, exclusión social*, Madrid: Biblioteca Nueva.
- LUCAS, JAVIER DE (1996): «La igualdad ante la ley», en E. Garzón Valdés y F. Laporta, *El Derecho y la justicia. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Madrid: Trotta, 493-500.
- MACKENZIE, Catriona (2014): «The importance of Relational Autonomy and Capabilities for an Ethics of Vulnerability», en C. Mackenzie, W. Rogers, y S. Dodds (eds.), *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford: Oxford University Press, 33-59.
- MACKENZIE, Catriona y Natalie STOLJAR (eds.) (2000): *Relational Autonomy, Feminist Perspectives on Autonomy, Agency, and the Social Self*, Oxford: Oxford University Press.
- MARRADES PUIG, Ana I. (2019): *Retos para el Estado constitucional del siglo XXI: derechos, ética y política del cuidado*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- MILLER, David (2002): *Social Justice*, Oxford: Clarendon Press.
- MORONDO TARAMUNDI, María Dolores, Cristina DE LA CRUZ y Encarnación LA SPINA (coords.) (2020): *Desigualdades complejas e interseccionalidad. Una revisión crítica*, Madrid: Dykinson.
- NACIONES UNIDAS (2020a): *Policy Brief: The Impact of COVID-19 on older persons*, Nueva York: ONU.
- NACIONES UNIDAS (2020b): «Informe de Claudia Mahler, experta independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad sobre Impacto de la enfermedad por coronavirus (COVID-19) en el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad» [en línea], <<https://www.ohchr.org/es/special-procedures/ie-older-persons/annual-reports>>. [Consulta: 06/12/2022.]
- NINO, Carlos S. (1990): «Autonomía y Necesidades Básicas», *Doxa*, 7, 21-34.
- NUSSBAUM, M. (2002): *Las mujeres y el desarrollo humano. El enfoque de las capacidades*, Barcelona: Herder.
- (2006): *Las fronteras de la justicia: consideraciones sobre la exclusión*, Barcelona: Paidós.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD-OMS (2021): «Envejecimiento y salud: Datos y Cifras, de 4 de octubre» [en línea], <<https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/ageing-and-health>>. [Consulta: 06/12/2022.]
- OVERALL, Christine (2005): *Aging, Death and Human Longevity. A philosophical inquiry*, Berkeley: University of California Press.
- PALACIOS, Agustina (2015): «El modelo social de la discapacidad», en E. Salmón y R. Bregaglio (eds.), *Nueve conceptos clave para entender la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 9-34.
- PÉREZ DÍAZ, Julio (2005): «Consecuencias sociales del envejecimiento demográfico», *Papeles de Economía Española*, 104, 210-226.
- PÉREZ-FUENTES, María del Carmen, María del Mar MOLERO, Isabel MERCADER, Francisco J. SOLER FLORES, Ana Belén BARRAGÁN, Yaiza CALZADILLA y José GÁZQUEZ (2015): «Salud percibida y salud real: prevalencia en las personas mayores de 60 años», *Enfermería Universitaria*, 12(2), 56-62.
- POZZOLO, Susanna (2019): «¿Vulnerabilidad personal o contextual? Aproximaciones al análisis de derecho en perspectiva de género», *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 51, 1-28.
- RAPU TUKI, Jackeline (2014): «La vejez en la cultura de la Polinesia: Rapa Nui y los derechos de los ancianos indígenas», en S. Huenchuan y R. Icela Rodríguez (eds.), *Autonomía y dignidad en la vejez: Teoría y práctica en políticas de derechos de las personas mayores*, México: Naciones Unidas-CEPAL, 303-308.

- REYES GÓMEZ, Laureano y Blanca E. PELCASTRE VILLAFUERTE (2019): «El Estudio de la Vejez en Población Indígena en México», *Revista Integra*2, 10(1), 7-14.
- REYES GÓMEZ, Laureano (2012): «Etnogerontología social: la vejez en contextos Indígenas», *Revista del Centro de Investigaciones de México*, 10(3), 69-83.
- RIBOTTA, Silvina (2008): «Necesidades y derechos: Un debate no zanjado sobre fundamentación de derechos (consideraciones para personas reales en un mundo real)», *Revista Jurídicas*, 5(1), 29-56.
- (2011): «Necesidades, igualdad y justicia. Construyendo una propuesta igualitaria de necesidades básicas», *Derechos y Libertades*, 24, 259-299.
 - (2016): «Igualdad de oportunidades en sociedades desiguales», *Revista Tiempo de Paz*, 121, 33-40.
 - (2020): «Vulnerabilidad y pobreza: sobre el concepto de vulnerabilidad socio-estructural», *Revista Tiempo de Paz*, 138, 36-46.
 - (2021): «Condiciones materiales para el ejercicio de la autonomía. El jaque de la desigualdad a la libertad», *Revista Derecho del Estado-Universidad Externado de Colombia*, 48, 149-182.
- RICO, Manuel (2020): *Vergüenza. El escándalo de las residencias*, Barcelona: Planeta.
- RIECHMANN, Jorge (coord.) (1999): *Necesitar, desear, vivir. Sobre necesidades humanas, desarrollo humano, crecimiento económico y sustentabilidad*, Madrid: Los Libros de la Catarata.
- RILEY, Matilda W. y John W. RILEY (1994): «Age integration and the lives of older people», *The Gerontologist*, 34(1), 110-115.
- RILEY, Matilda (1986): «Overview and highlights of a sociological perspective», en A. B. Sorensen, F. E. Weinert y L. R. Sherrod (eds.), *Human Development and the Life Course: Multidisciplinary Perspectives*, Nueva Jersey: Lawrence Erlbaum Associates.
- ROBLES, Leticia, Felipe VÁZQUEZ, Laureano REYES e Imelda OROZCO (2006): *Miradas sobre la vejez. Un enfoque antropológico, México: El Colegio de la Frontera Norte/Plaza y Valdés*.
- RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia (2017): «Reformular los derechos humanos desde una visión relacional. El fin de la inmunidad y la autosuficiencia», *Derechos y libertades*, 36, 135-166.
- RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca (2019): «Autonomía relacional. Propuestas fundacionales para un modelo de ciudadanía», A. I. Marrades Puig (coord.), *Retos para el Estado constitucional del siglo XXI: derechos, ética y políticas del cuidado*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 72-91.
- SALAS SERRANO, Julián (2007): «Vulnerabilidad, pobreza y desastres 'socio-naturales' en Centroamérica y El Caribe», *Informes de la Construcción*, 59(508), 29-41.
- SHAW, A. B. (1994): «In Defense of Ageism», *Journal of Medical Ethics*, 20, 188-194.
- SOCIEDAD ESPAÑOLA DE GERIATRÍA Y GERONTOLOGÍA-SEGG (2020): «Recomendaciones de la sobre decisiones éticas e ingreso en UCI en situación de crisis Covid-19» [en línea], <<https://bit.ly/3kwSB9C>>. [Consulta: 03/12/2022.]
- TEMKIN, Larry (1996): *Inequality*, New York: Oxford University Press.
- UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME (2022): «Human Development Report 2021-22: Uncertain Times, Unsettled Lives: Shaping our Future in a Transforming World» [en línea], <https://hdr.undp.org/system/files/documents/global-report-document/hdr2021-22pdf_1.pdf>. [Consulta: 03/12/2022.]
- WIGGINS, David (1987): *Needs, Values, Truth. Essays in the Philosophy of Value*, Oxford: Blackwell.
- YOUNG, Iris M. (1988): «The Five Faces of Oppression», *Philosophical Forum*, 19(4), 270-290.
- (2011): *Responsabilidad por la justicia*, A Coruña-Madrid: Fundación Paideia-Galiza y Ediciones Morata.

Fecha de recepción: 31 de agosto de 2022.

Fecha de aceptación: 24 de octubre de 2022.

IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS MAYORES EQUALITY AND NON-DISCRIMINATION AGAINST ELDERLY PEOPLE

David Giménez Gluck

Director adjunto del Gabinete de la Presidencia del Congreso de los Diputados

RESUMEN

Este artículo tiene por objeto reflexionar sobre los instrumentos y herramientas jurídicas disponibles para luchar contra la discriminación de las personas mayores. Como ocurre en la mayoría de las democracias avanzadas, el principio de igualdad formal ha evolucionado para convertirse, principalmente, en Derecho antidiscriminatorio. El elemento decisivo para formar parte del principio de no discriminación es compartir un rasgo sospechoso. Aunque no aparece expresamente en nuestra Constitución como rasgo sospechoso, el Tribunal Constitucional ha interpretado que la edad forma parte de esta categoría a través de la cláusula abierta *in fine* del artículo 14 CE. Algo similar ocurre en la legislación nacional y europea, y en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo y de Estrasburgo. Sin embargo, el uso que se ha hecho del rasgo edad hasta la fecha ha tenido la doble particularidad de no endurecer especialmente el juicio de igualdad de las diferenciaciones basadas en este rasgo y de aplicarse a todo tipo de franjas de edad, sin centrarse en ningún colectivo en concreto. La tesis defendida en este artículo es que sobre las personas de edad más avanzada se ejerce un tipo específico e integral de discriminación —el edadismo— que justificaría que, junto a la cláusula de no discriminación por razón de edad actualmente existente, se abriera paso una subcategoría específica —la cláusula de no discriminación por razón de vejez— a la que se aplicara un juicio de igualdad tan estricto como el que se aplica a otro tipo de discriminaciones cuya respuesta jurídica está mucho más asentada, como la no discriminación por razón de sexo o de raza.

PALABRAS CLAVE

Igualdad, discriminación, edadismo, edad, vejez, rasgo sospechoso, personas mayores.

ABSTRACT

This article analyses the legal instruments and tools available to fight against discrimination against the elderly. As in most advanced democracies, the principle of formal equality has evolved to become, mainly, anti-discrimination law. The decisive factor to be part of the principle of non-discrimination is to share a protected characteristic. Although it does not expressly appear in our Constitution as a protected characteristic, the Constitutional Court has interpreted that age belongs to this category through the open clause of article 14 CE. Something similar happens in national and European legislation, and in the jurisprudence of the Court of Luxembourg and Strasbourg. However, the use that has been made of the characteristic «age» has not particularly hardened the judgment of equality of the differentiations based on this characteristic, as well as has been applied to all types of age ranges, without focusing on any specific collective. The thesis defended in this article is that a specific and comprehensive type of discrimination is exercised on the elderly —ageism— which would justify, together with the currently existing non-discrimination clause on the ground of age, the existence of a specific subcategory —the non-discrimination clause on the ground of old age— to which will be implemented a judgment of equality as strict as that applied to other types of discrimination whose legal response is much more established, such as non-discrimination on the grounds of sex or race.

KEY WORDS

Equality, discrimination, ageism, age, old age, protected characteristic, elderly people.

IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS MAYORES

David Giménez Gluck

Director adjunto del Gabinete de la Presidencia
del Congreso de los Diputados

Sumario: 1. El Derecho antidiscriminatorio: el último eslabón evolutivo del principio de igualdad formal. 2. Rasgos sospechosos: tipología. 3. La discriminación por razón de edad: un rasgo «escasamente sospechoso». 4. La discriminación por razón de edad: un rasgo sin colectivo al que proteger. 5. Edadismo y principio de no discriminación por razón de edad. 6. El grupo desaventajado «personas mayores»: la dificultad de establecer los límites del colectivo. 7. el principio de no discriminación por razón de «vejez»: una posibilidad todavía no concretada. Notas. Bibliografía.

1. EL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO: EL ÚLTIMO ESLABÓN EVOLUTIVO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD FORMAL

El principio de igualdad formal forma parte de las tablas de derechos fundamentales de todas las constituciones avanzadas y de los tratados internacionales sobre derechos humanos. La fórmula elegida por el artículo 14 CE («Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social») se asemeja bastante a la de otras Constituciones y tratados internacionales¹.

Este principio se manifestó por primera vez con la Declaración del Hombre y del Ciudadano de 1789, que proclamó, en su artículo 6: «La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen el derecho de participar personalmente o a través de sus representantes en su formación. Debe ser la misma para todos, para los que protege y para los que sanciona. Todos los ciudadanos son iguales ante sus ojos, son igualmente admisibles a todas las dignidades, plazas y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que sus virtudes o talentos». La Declaración de Derechos de 1789 remite, por

tanto, al respeto de la universalidad y generalidad de la ley, lo que se va a consolidar en la Europa del siglo XIX, en donde el concepto de igualdad ante la ley (o «ante los ojos de la ley», como señala la Declaración de 1789) supone que esta es igual para todos porque es universal y general, suprimiendo los privilegios de los que gozaban en el Antiguo Régimen determinados estamentos sociales.

Este concepto de la igualdad jurídica excluía la posibilidad de que, en el contenido de la ley, pudiera vulnerarse la cláusula de igualdad. Las leyes podían hacer cualquier cosa, pues en Europa no existía control sobre la constitucionalidad de las normas. Que una ley, que era por su propia naturaleza universal y general, pudiera contradecir la igualdad jurídica, era inconcebible.

En Estados Unidos, sin embargo, la realidad no era la misma. Desde la famosa sentencia *Marbury vs. Madison*², la Corte Suprema norteamericana reconoció la capacidad de no aplicar las leyes que contravinieran la Constitución. Como la Decimocuarta Enmienda de la Constitución (1868) estableció una cláusula de igualdad, vinculante para todos los Estados federados, («Ningún estado negará a ninguna persona bajo su jurisdicción la igual protección de las leyes»). Una norma vinculante de rango constitucional obligaba a los Estados a respetar la igualdad, también en sus leyes.

El Tribunal Supremo americano, en principio, circunscribió la protección de igualdad a las clasificaciones legislativas basadas en la raza³. Pero a finales de siglo, la cláusula de igualdad de la Decimocuarta Enmienda ya se perfilaba en su jurisprudencia como una protección frente a toda clase de ley arbitraria e irrazonable⁴.

En Europa, a mediados del siglo XX, las constituciones de postguerra vinieron a confirmar la posibilidad del control constitucional de las leyes a través de la creación de tribunales constitucionales y, en consecuencia, prevaleció la tesis de que el legislador podía estar sometido a un principio constitucional superior de igualdad que supusiera un límite a la arbitrariedad de sus normas.

En Alemania, el art. 3.1 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 proclamó que todos los seres humanos son iguales ante la ley. El Tribunal Constitucional Federal interpretó que tal mandato no se circunscribía a la generalidad de la ley, sino que significaba la prohibición de la arbitrariedad de las leyes. La Corte alemana define el principio de igualdad de la siguiente manera: «El principio de igualdad se viola cuando, con base en una diferencia o igualdad de trato, no se puede encontrar una justificación razonable resultante de la naturaleza de las cosas, de motivos objetivamente comprensibles, en definitiva, cuando la disposición deba ser considerada como arbitraria»⁵. A partir de esta definición, construye una estructura de juicio de igualdad para determinar cuándo una diferenciación es arbitraria.

El mismo camino recorrió la Corte Constitucional italiana, a partir de 1959, y el Consejo Constitucional francés, a partir de 1973, por citar dos Tribunales Constitucionales europeos especialmente relevantes. Esta posición se resume en la Sentencia n. 15/1960 de la Corte Constitucional italiana, donde señala que «el principio de igualdad se viola también cuando la ley, sin motivo razonable, hace un tratamiento diferente de los ciudadanos que se

encuentran en una situación igual». Algo similar declaró nuestro Tribunal Constitucional. Por todas, la STC 180/1985, de 19 de diciembre: «la Constitución impone al legislador la obligación de dispensar el mismo trato a quienes se encuentran en situaciones jurídicas equiparables, con prohibición de toda discriminación o desigualdad de trato que, desde el punto de vista de la finalidad de la norma cuestionada, carezca de justificación objetiva y razonable».

Por tanto, en la segunda mitad del siglo XX, en los sistemas constitucionales más avanzados, se impone el control constitucional sobre la adecuación al principio de igualdad formal de la diferencia de trato que se establece en el contenido de las leyes. Ese mismo control se realiza respecto a actos en aplicación de la ley, normas infralegales, medidas, e incluso, en determinadas circunstancias, a actos procedentes de los particulares.

Este control de constitucionalidad, conocido como juicio de igualdad⁶, distingue entre, la cláusula general de igualdad («Todos los españoles son iguales ante la ley») y lo que podríamos conocer como cláusulas específicas de no discriminación («sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»)⁷.

Esta división tiene consecuencias de todo tipo, de tal manera que se puede afirmar que existen dos caras del principio de igualdad completamente diferenciadas: la cláusula general, en declive, y un principio que trasciende a la cláusula general, denominado principio de no discriminación, que ha producido una ingente jurisprudencia constitucional, así como un desarrollo legislativo muy notable.

Se sigue manteniendo, en teoría, que cualquier norma, acto o medida, si es irrazonable y arbitraria, es contraria al principio de igualdad, por no superar un juicio de constitucionalidad en el que interviene la existencia (o inexistencia) de un término de comparación, la razonabilidad (o irrazonabilidad) de la norma o medida, e incluso su adecuación (o no) al principio de proporcionalidad.

Pero la evolución de la jurisprudencia constitucional, en nuestro país y a nivel internacional, ha ido orillando la posibilidad de declarar inconstitucional una norma o medida por irrazonable o arbitraria a través de la aplicación de la cláusula general⁸, para centrarse casi de forma exclusiva en las prohibiciones expresas (o implícitas a través de la cláusula abierta *in fine*) que suponen no solo una arbitrariedad o irrazonabilidad de la norma sino un menoscabo de la posición jurídica y social de determinados colectivos.

Con base en todo ello, el principio de no discriminación se ha desarrollado legislativa y jurisprudencialmente de tal forma que ha pasado a constituir una rama del Derecho, que se conoce como Derecho antidiscriminatorio. En palabras de Rey Martínez, el Derecho antidiscriminatorio es la parte del ordenamiento jurídico que desarrolla el derecho a no sufrir discriminación por alguna de las causas sospechosas establecidas tanto expresa como implícitamente en la Constitución, y, en este sentido, abarca, por un lado, la igualdad de trato, que son las reglas de prohibición de discriminaciones directas e indirectas basadas en dichos rasgos, y, por otro, la igualdad de oportunidades, cuyo contenido es la optimización

de la igualdad material de las personas que forman parte de los grupos desaventajados o estigmatizados por esas causas sospechosas de discriminar⁹.

2. RASGOS SOSPECHOSOS: TIPOLOGÍA

Por tanto, el elemento del que parte toda la construcción en torno al Derecho antidiscriminatorio es el de los llamados «rasgos sospechosos» o «causas sospechosas», que son factores diferenciadores que vienen expresamente prohibidos por el ordenamiento jurídico, ya sea porque aparecen expresamente citados en el artículo 14 de la Constitución (como la raza o el sexo) o porque la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha descubierto que están insertos en la cláusula abierta (cualquier otra condición o circunstancia personal o social)¹⁰.

La mayoría de estos rasgos sospechosos se caracterizan por ser compartidos por un colectivo especialmente desaventajado en un doble sentido: de un lado, por haber sufrido una historia de discriminación formal y material y, de otro, por persistir en el presente prejuicios sociales negativos contra sus miembros que desembocan en una desigualdad material¹¹.

La finalidad del rasgo sospechoso es endurecer el juicio de constitucionalidad de cualquier diferenciación basada en dichos rasgos que pueda perjudicar a estos colectivos. Es como si el poder constituyente los hubiera introducido como una salvaguarda específica para proteger a estos grupos de posibles discriminaciones, directas o indirectas, procedentes tanto de los poderes públicos como de los particulares. Y, a partir de esta prohibición constitucional, se desarrolla el llamado Derecho antidiscriminatorio, encaminado, por tanto, a proteger la situación de ciertos grupos sociales sobre los que recaen hondos y arraigados prejuicios y que se hayan en algún tipo de desventaja social¹².

Esta concepción es, por otro lado, la que habilita la constitucionalidad de las llamadas acciones positivas, esto es, la existencia de medidas e incluso normas que utilizan los rasgos sospechosos para diferenciar en favor de los colectivos desaventajados. En definitiva, las llamadas cláusulas específicas de no discriminación son mandatos a los poderes públicos para que actúen en defensa de la igualdad material de los colectivos desaventajados. Los rasgos sospechosos se introdujeron para prevenir su utilización contra ellos, no en favor de estos¹³.

Esta naturaleza del rasgo sospechoso es la que se desarrolla en torno al sexo, que se entiende como la característica que cohesiona a las mujeres y cuya utilización está expresamente prohibida. A cualquier medida o norma que utiliza este rasgo, directa o indirectamente, contra las mujeres, se le aplica juicio estricto de constitucionalidad¹⁴.

También encontramos que la raza (llamada también «origen racial o étnico»)¹⁵ responde a esta misma concepción del rasgo sospechoso como elemento que cohesiona y por el que se discrimina a un colectivo, en este caso, a las minorías étnicas.

Otro rasgo sospechoso que aparece en el artículo 14 (el nacimiento) responde también a lo mismo, prohibiendo en este caso la discriminación contra los hijos extramatrimoniales.

Dentro de la cláusula abierta, el Tribunal Constitucional ha descubierto también algunos de ellos.

La discapacidad es el rasgo sospechoso cuya utilización se prohíbe para discriminar a las personas con discapacidad¹⁶, y que ha dado lugar a una ingente producción legislativa, cuya clave de bóveda, a nivel nacional, es el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social y, a nivel internacional, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006.

La orientación sexual es un rasgo sospechoso que cohesiona y por el que se discrimina a las personas homosexuales¹⁷. La identidad de género es otro rasgo sospechoso que el Alto Tribunal ha descubierto a través de la cláusula abierta, afectando en este caso a las personas transexuales¹⁸. Recientemente se ha aprobado el proyecto de ley para la igualdad de las personas trans y la garantía de los derechos LGTBI, cuya tramitación en las Cortes Generales se iniciará a partir de septiembre de 2022, y que desarrollará legislativamente estas cláusulas específicas de no discriminación.

En todos estos casos, el rasgo sospechoso define a un grupo que en el pasado estuvo discriminado tanto desde un punto de vista formal como material, y en contra del que todavía persisten prejuicios sociales. Este es el esquema clásico de los rasgos sospechosos y su principal razón de ser.

Sin embargo, no todos los rasgos sospechosos que aparecen en las cláusulas de igualdad y no discriminación, tanto de España como de fuera de nuestro país, responden a este esquema.

Son pocos, pero hay algunos rasgos sospechosos que no parecen tener una relación directa con un grupo desaventajado que hay que proteger de posibles discriminaciones. Su introducción en la lista parece responder a otras razones.

Véase un rasgo expresamente recogido en el art. 14 CE: la religión. No existe jurisprudencia constitucional ni línea doctrinal consolidada que vincule la existencia de este rasgo con la protección de determinadas minorías religiosas. Mas bien se considera una cláusula específica de no discriminación que viene a reforzar el contenido de la libertad religiosa y de culto recogido en el art. 16 CE. Más que proteger a ningún colectivo se pretende una prohibición expresa y absoluta de utilizar la religión como parámetro para beneficiar o perjudicar desde el ordenamiento jurídico a ningún ciudadano.

Otro rasgo que está en esta línea es el de la opinión, expresamente recogido en el art. 14 CE. En este caso, la absorción por parte del art. 16 CE (libertad ideológica) es tan clara que la utilización de este motivo de discriminación es prácticamente inexistente, ni siquiera como refuerzo de la libertad ideológica. Y, en ese sentido, se concibe como una prohibición del rasgo diferenciador basado en criterios ideológicos, en cualquiera de los sentidos,

dentro de los márgenes del contenido del derecho a la libertad ideológica definido en la jurisprudencia constitucional que interpreta el artículo 16 CE.

Una cuestión especialmente relevante sobre la que es necesario reflexionar es si el rasgo «edad» pertenece al primer grupo, como el sexo o la raza, o a esta segunda categoría. Pero antes debemos analizar dónde y cómo se recoge este rasgo, y qué efectos produce.

3. LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD: UN RASGO «ESCASAMENTE SOSPECHOSO»

Existe un reconocimiento del rasgo «edad» como rasgo sospechoso, a todos los niveles: constitucional, europeo y legal.

La edad es, para la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, un rasgo sospechoso inserto en la cláusula abierta del artículo 14 CE («cualquier otra condición o circunstancia personal o social»). Así, por todas, la STC 66/2015, de 13 de abril (caso ERE en Instituto Valenciano de Vivienda), que en su FJ 3 señala: «Por lo que se refiere en concreto a la edad como factor de discriminación, este Tribunal ha considerado que se trata de una de las condiciones o circunstancias incluidas en la fórmula abierta con la que se cierra la regla de prohibición de discriminación establecida en el artículo 14 CE, con la consecuencia de someter su utilización como factor de diferenciación al canon de constitucionalidad más estricto [...]».

También se reconoce como rasgo sospechoso en el Derecho de la UE. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01) incluye, en su artículo 21.1, a la edad entre las discriminaciones expresamente prohibidas¹⁹. Además, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, declara en su artículo 1 que su objeto es «establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de **edad** o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato».

Esta Directiva supuso una ampliación del principio antidiscriminatorio, que a nivel de Derecho europeo se había circunscrito en el siglo XX a la no discriminación por razón de sexo²⁰, a otros rasgos sospechosos, entre los que se recoge expresamente la edad, aunque referido en exclusiva al ámbito laboral²¹.

En el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos el rasgo edad no aparece entre los expresamente establecidos como causa prohibida de discriminación. Sin embargo, este artículo también tiene una cláusula abierta, a través de la cual el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha concluido que la «edad» puede ser una causa que pueda dar lugar a un trato discriminatorio²².

En el ordenamiento jurídico español también se ha reconocido la edad como un rasgo sospechoso. En el ámbito del Derecho Laboral, el artículo 17.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, recoge la edad como uno de los rasgos sospechosos que pueden dar lugar a discriminación directa o indirecta²³.

En el ámbito penal, los artículos 511 y 512 de la Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal, recogen este tipo de discriminación como una de las que da lugar al delito de denegación de una prestación por motivos discriminatorios²⁴, y, sin embargo, no forma parte de las que pueden provocar los delitos de odio del art. 510, que se reservan para otro tipo de discriminaciones.

Recientemente, el rasgo edad se ha consolidado en la legislación española con la aprobación de la Ley 155/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

Esta ley, además de incluir de manera general la no discriminación por razón de edad en el ámbito subjetivo de la misma²⁵, reconoce expresamente el derecho de las víctimas de discriminación por razón de edad a información y asesoramiento²⁶, a ostentar el derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la atención sanitaria²⁷, y también habilita al fiscal contra los delitos de odio y discriminación a practicar diligencias en procesos penales de especial trascendencia apreciada por el fiscal general del Estado referentes a los delitos cometidos por la pertenencia de la víctima a un determinado grupo social, según su **edad**, raza, sexo, orientación sexual, expresión o identidad de género, religión, etnia, nacionalidad, ideología, afiliación política, discapacidad o situación socioeconómica²⁸.

No queda ninguna duda, por tanto, sobre la intención del constituyente y del legislador europeo y nacional de considerar el rasgo edad como uno de los que pueden dar lugar a una cláusula específica de no discriminación.

Sin embargo, este reconocimiento, que en teoría debería suponer juicio estricto de las diferenciaciones normativas basadas en la edad, no ha derivado en un nivel de exigencia constitucional parangonable al que tienen las diferenciaciones basadas en otro tipo de rasgos.

Fijémonos primero en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. No son muchas las sentencias que ha resuelto posibles supuestos de discriminación por razón de edad. Podríamos clasificarlas del siguiente modo: las que resuelven sobre el régimen de jubilación forzosa (SSTC 22/1981, de 2 de julio; 280/2006, de 9 de octubre y 341/2006, de 11 de diciembre); las que deciden la constitucionalidad de una determinada limitación de edad para acceder a una categoría determinada de plazas laborales o funcionariales en la Administración (SSTC 75/1983, de 3 de agosto; 37/2004, de 11 de marzo y 29/2012, de 1 de marzo); las que resuelven sobre normas autonómicas que excluyen a los farmacéuticos de una determinada edad a poder acceder al procedimiento para la autorización de apertura de nuevas farmacias (SSTC 63/2011, de 16 de mayo; 79/2011, de 6 de junio; 113/2011, de 4 de julio; 161/2011, de 19 de octubre; 78/2012, de 16 de abril y 41/2015, de 2 de

marzo); las que resuelven sobre la utilización de la edad como criterio válido para seleccionar a los trabajadores de un despido colectivo (STC 66/2015, de 13 de abril); las que deciden sobre un límite de edad para un tratamiento de servicio residencial para personas con discapacidad (STC 3/2018, de 22 de enero); y las que tiene que ver con determinadas diferencias de trato de los menores de edad (SSTC 190/2005, de 7 de julio; 274/2005, de 7 de noviembre; 55/1994, de 24 de febrero).

Pues bien, si repasamos uno a uno estos bloques, descubrimos que no es precisamente un juicio especialmente estricto el que se ha aplicado a este tipo de diferenciaciones.

Por un lado, se convalida como constitucional el régimen de jubilación forzosa siempre que sirva a la finalidad constitucionalmente legítima de desarrollar una política de empleo y el trabajador cumpla con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación (por todas, STC 341/2006, de 11 de diciembre; FJ 3)²⁹.

Por otro, se convalida la constitucionalidad de la prohibición a quienes superan una determinada edad de acceder a determinados puestos de la Administración, al considerar ese trato diferencial justificado por dotar de estabilidad a las plantillas y eficacia al servicio público que prestan. Así ocurre en la STC 75/1983, de 3 de agosto, convalidando la constitucionalidad de la imposibilidad de acceder a los puestos de interventores en los Ayuntamientos de Madrid y Barcelona si se sobrepasaban los 60 años, o en la STC 29/2012, de 1 de marzo, que considera constitucional el límite máximo de edad (faltar más de 10 años para el cumplimiento de la edad que determinaría el pase a la situación de segunda actividad, esto es, en el caso de los oficiales, pertenecientes a la escala básica, no tener más de 45 años) para participar en los procesos de acceso por el turno de movilidad con ascenso a los cuerpos de policía local de Andalucía³⁰.

Considera también constitucional que tener más de 55 años es un criterio determinante para seleccionar a los trabajadores de un despido colectivo (STC 66/2015, de 13 de abril).

Respecto a considerar discriminación por razón de edad algunas diferencias de trato de los menores de edad, como ser perjudicados y beneficiarios de seguros relacionados con la circulación de vehículos de motor los hermanos menores de edad, pero no así los mayores de edad (SSTC 190/2005, de 7 de julio; 274/2005, de 7 de noviembre), o la exclusión de indemnización de menores de 14 años en seguros de vida (STC 55/1994, de 24 de febrero), el Alto Tribunal se decanta por considerar objetiva y razonable estas diferenciaciones y, por tanto, constitucionales.

No siempre el Tribunal Constitucional se comporta con tanta flexibilidad. También hay ocasiones en las que se inclina por declarar nulas normas o medidas por contradecir el art. 14 CE. Así, se posiciona en contra de la constitucionalidad de las leyes autonómicas de Galicia, Castilla-la Mancha, Aragón, Extremadura, País Vasco y Baleares que excluyen o limitan a las personas de más de 65 años de la posibilidad de acceder al procedimiento para que se les pueda autorizar la apertura de una nueva farmacia, porque dicha prohibición absoluta le parece desproporcionada respecto a la finalidad que se pretende alcanzar, básicamente porque «no resulta constitucionalmente admisible justificar la prohibición contenida en la norma cuestionada en que a los sesenta y cinco años se produzca una merma de la

aptitud y capacidad necesarias para desempeñar la asistencia farmacéutica, pues ello supone presumir» (por todas, STC 78/2012, de 16 de abril; FJ 3).

Por otro lado, resuelve que es discriminatoria la exclusión del servicio residencial a personas con discapacidad por rebasar la edad de 60 años (STC 3/2018, de 22 de enero).

En definitiva, se trata de una jurisprudencia constitucional que demuestra una cierta inclinación a considerar el rasgo de «edad» como un rasgo cuya utilización no está prohibida para el legislador, aunque la tendencia parece ser que el juicio de igualdad se endurece solo cuando el trato discriminatorio se produce contra las personas más mayores, por encima de los 60 años.

En algo parecido incide, en el ámbito europeo, la Directiva 78/2000 que detalla, en su artículo 6, un amplio catálogo de diferencias de trato basadas en la edad que los Estados podrán utilizar sin considerarse discriminatorias.

No existe discriminación, según la Directiva, si la utilización de la edad sirve a los objetivos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional. En particular, se puede utilizar el rasgo edad para el establecimiento de condiciones especiales de acceso al empleo y a la formación profesional, de empleo y de trabajo, incluidas las condiciones de despido y recomendación, para los jóvenes, los trabajadores de mayor edad y los que tengan personas a su cargo, con vistas a favorecer su inserción profesional o garantizar la protección de dichas personas. También para el establecimiento de condiciones mínimas en lo que se refiere a la edad, la experiencia profesional o la antigüedad en el trabajo para acceder al empleo o a determinadas ventajas vinculadas al mismo. Y, por último, para el establecimiento de una edad máxima para la contratación, que esté basada en los requisitos de formación del puesto en cuestión o en la necesidad de un período de actividad razonable previo a la jubilación. Es de interés apuntar que, en todos estos casos, por tener que ver con la vida laboral, los afectados serán personas que todavía no han alcanzado la edad de jubilación.

En cuanto a la jurisprudencia comunitaria, cabe destacar que la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda), de 13 de noviembre de 2014 (caso *Vital Pérez*)³¹ resolvió que la edad máxima para el ingreso en el Cuerpo de Policía Local de Oviedo (30 años) establecida en el artículo 32 b) de la Ley del Principado de Asturias 2/2007, de 23 de marzo, de Coordinación de las Policías Locales era contraria a la Directiva 78/2000 y, por tanto, al Derecho de la Unión Europea, por suponer una discriminación por razón de edad que no tiene un objetivo legítimo ni los medios empleados para lograrlo son adecuados y necesarios.

Sin embargo, esto no supone una prohibición absoluta de este tipo de edades máximas para el ingreso en un cuerpo de la Administración, si se logra demostrar que dicho límite está justificado, como así se consideró por el mismo Tribunal en su sentencia de 12 de enero de 2010 (caso *Wolff*)³². En este caso, el Tribunal de Justicia consideró acorde con el Derecho de la Unión el límite de edad de 30 años para ingresar en el Cuerpo de Bomberos de la Stadt Frankfurt am Main, básicamente porque determinadas tareas confiadas a los miembros del servicio técnico medio de bomberos, como la extinción de incendios, exigen

una capacidad física «excepcionalmente elevada» que es muy difícil de alcanzar por funcionarios de mayor edad.

Incluso en el ámbito de la policía es admisible una edad máxima para el ingreso. En el caso *Salaberría Sorondo*³³ se consideró acorde con el Derecho europeo la edad máxima de 35 años para poder entrar en la Policía Autónoma Vasca, por ser una medida proporcionada ya que las funciones esenciales de tales agentes sí exigen tener una aptitud física específica, lo que requiere una determinada estructura de edades en la plantilla, de cara a garantizar el carácter operativo y el buen funcionamiento del servicio³⁴.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pese a incluir la edad en la cláusula abierta del art. 14 del Convenio, no ha considerado que esta tenga el mismo rango de rasgo sospechoso que sí tienen otros como el sexo o la raza. Así lo ha manifestado expresamente en numerosas ocasiones³⁵.

Un buen ejemplo es la Sentencia de 10 de junio de 2010 (caso *Schwizgebel vs. Suiza*)³⁶, donde se juzga adecuada a la Convención la denegación de una adopción porque la demandante sobrepasaba la diferencia de edad requerida entre el hijo y la madre en el Derecho suizo. A este caso, como a los otros relacionados con la edad, el Tribunal aplica un estándar, en cuanto al principio de proporcionalidad y el margen de maniobra que deja a los Estados miembros, mucho menos exigente que el que aplica a otros rasgos sospechosos.³⁷

La conclusión a la que puede llegarse es que estamos ante un rasgo al que, en la mayoría de las ocasiones, no se aplica juicio estricto. Lo que expresamente se señala en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, se traslada a la práctica de nuestro Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la UE. La edad es un rasgo cuya utilización por el legislador no solo es habitual: la mayoría de las veces dicha utilización está justificada, por ser objetiva y razonable. Nada que ver con el punto de vista que se adopta respecto a la utilización de otros rasgos sospechosos, como el sexo o la raza.

4. LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD: UN RASGO SIN COLECTIVO AL QUE PROTEGER

Si esto es así, ¿por qué, aunque solo sea formalmente, la edad es calificada como un rasgo especialmente prohibido? Como hemos visto antes, la razón más generalizada que explica el descubrimiento de este tipo de rasgos es que cohesionan a un colectivo que históricamente ha sido discriminado y sobre el que todavía existen prejuicios sociales negativos en la actualidad. ¿Hay algún colectivo con estas características detrás de la sospecha sobre la utilización de la edad como rasgo diferenciador?

De un análisis empírico de nuestra jurisprudencia constitucional, la respuesta es claramente negativa. Los supuestos de discriminación por razón de edad se han planteado por ser mayor o menor de 14 años (STC 55/1994, de 24 de febrero); 18 años (STC 190/2005, de 7 de julio); 45 años (STC 29/2012, de 1 de marzo); 60 años (STC 75/1983, de 3 de

agosto); 65 años (STC 341/2006, de 11 de diciembre; STC 78/2012, de 16 de abril); y 70 años (STC 22/1981, de 2 de julio).

A ello hay que añadir que dos sentencias del Tribunal de Justicia de la UE relacionadas con asuntos que tienen su origen en España plantean la posibilidad de este tipo de discriminación por tener más o menos 35 años (STUE, caso *Gorka Salaberría Sorondo*, de 15 de noviembre de 2016) o por tener más o menos 30 años (STUE, caso *Vital Pérez*, de 13 de noviembre de 2014).

Es obvio que detrás de este rasgo sospechoso no hay ningún colectivo concreto, pues las franjas de edad descritas cubren prácticamente la vida entera.

La razón podría ser más bien otra: la de considerar absurdo, irracional o arbitrario que las oportunidades, principalmente laborales, dependan del tramo de vida en el que la persona se sitúe en ese momento, sea cual sea este. La edad pertenecería, por tanto, a este tipo de rasgos, como la religión o la opinión, que no se consideran sospechosos por cohesionar a un grupo desaventajado, sino por la arbitrariedad que supone utilizarlo como elemento diferenciador.

Sin embargo, no se debe dar por zanjado el debate de forma tan temprana.

En primer lugar, porque la legislación y la jurisprudencia nos han dejado muy claro que la utilización de la edad como rasgo diferenciador no tiene nada de arbitrario en numerosas ocasiones. Esto no ocurre con la religión o las convicciones ideológicas, rasgos sospechosos que tampoco están diseñados para proteger a determinados colectivos pero cuya utilización como rasgo diferenciador en la norma sí está prohibida de forma general.

El rasgo «edad», por el contrario, se utiliza de forma muy generalizada por parte del legislador. Por poner algunos de los innumerables ejemplos, el Real Decreto 42/2022, de 18 de enero, por el que se regula el Bono Alquiler Joven y el Plan Estatal para el acceso a la vivienda 2022-2025, establece una ayuda de 250 euros al mes para el alquiler de viviendas con un coste de hasta 600 euros al mes. Entre los requisitos que deben cumplimentarse para obtener esta ayuda figura el de «ser persona física y tener hasta treinta y cinco años, incluida la edad de treinta y cinco años, en el momento de solicitar la ayuda» (art. 6). El Real Decreto 210/2022, de 22 de marzo, por el que se establecen las normas reguladoras del Bono Cultural Joven, establece que solo serán beneficiarios de dicho bono las personas físicas que cumplan 18 años durante el año 2022 (art. 5). El Real Decreto-ley 8/2019, de medidas urgentes en materia de protección social, rebaja la edad mínima para percibir el subsidio para desempleados de 55 a 52 años (artículo primero), pero si se está por debajo de dicha edad sigue siendo imposible acceder a este subsidio. La Resolución de 24 de junio de 2021, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de junio de 2021, por el que se aprueba el Plan Garantía Juvenil Plus 2021-2027 de trabajo digno para las personas jóvenes establece una serie de ayudas a la promoción en el empleo dirigidas a personas que tienen que cumplir un único requisito: tener menos de treinta años. Son solo unos pocos ejemplos, especial-

mente recientes, de los muchos que podemos encontrar en nuestra legislación en los que se vincula la posibilidad de acceder a algún trato específico con la edad.

Es un rasgo que, por otro lado, la propia Constitución reconoce como válido para diferenciar entre menores y mayores de edad, cuando en el artículo 12 CE señala que los españoles son mayores de edad a los dieciocho años, lo que implica que, por debajo de esa edad, el ejercicio de los derechos fundamentales va a estar limitado e, incluso, limitado de forma absoluta, como ocurre con el derecho de sufragio³⁸.

En segundo lugar, que la jurisprudencia del TC o la legislación no lo hayan identificado todavía no significa automáticamente que no exista la posibilidad de que un colectivo o varios estén siendo discriminados por razón de su edad y que la existencia de este rasgo como sospechoso pueda acabar reconduciéndose a esta realidad.

Estos grupos, en principio, podrían ser los menores, los jóvenes y las personas mayores. Los menores tienen un régimen jurídico especial limitativo de sus derechos que se justifica por la necesidad de protegerlos de sus propias decisiones³⁹. Los jóvenes tienen una realidad económica y social especialmente precaria que los convierte en especialmente vulnerables. Las personas mayores aúnan ambas realidades, al ser vulnerables desde un punto de vista económico y social, y tener formalmente limitados algunos derechos, como el derecho al trabajo (jubilación forzosa, despidos colectivos). De estas tres posibles franjas de edad, solo en el supuesto de las personas mayores existe el peligro de la estigmatización social. Es quizás por ello por lo que, en los últimos años, se ha desarrollado la idea de que está apareciendo un nuevo colectivo a proteger —las personas mayores— de un nuevo tipo de discriminación —el edadismo—.

5. EDADISMO Y PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD

Ya hemos comprobado que todavía no existe un *corpus* jurisprudencial y legal en torno a la no discriminación por razón de edad específicamente encaminado a proteger de hipotéticas discriminaciones a las personas mayores.

Este hecho responde a que, contrariamente a lo que ocurre, por ejemplo, con el principio de no discriminación por razón de sexo, en este caso la consideración de la edad como rasgo sospechoso se produjo con anterioridad a la eclosión del colectivo desaventajado. Es decir, así como primero se tomó conciencia de la existencia de un colectivo, el de las mujeres, que había sido históricamente discriminado, también desde el Derecho, discriminación que seguía persistiendo en la realidad social, y después de tomar conciencia de ello se procedió a diseñar y construir el Derecho antidiscriminatorio dirigido a luchar contra esta discriminación, en el caso de la discriminación por razón de edad está ocurriendo al revés.

En este caso, no existe una historia de discriminación contra el colectivo de personas mayores, o al menos una historia de discriminación tan prolongada y persistente en el tiempo como la de otros colectivos. No fueron tan hegemónicas leyes en el pasado que les privaran de derechos de manera irracional, como se privó a las mujeres de sus derechos civiles y políticos. Tampoco se puede atribuir al pasado la existencia de un estigma social contra este colectivo, o al menos no había unanimidad social respecto a ese estigma⁴⁰. Los que llegaban a esa edad eran incluso, en muchas sociedades, vistos con mayor respeto y consideración social. En el pasado había mucho machismo, mucho racismo, mucha homofobia... pero no es tan evidente que hubiera tanto edadismo. El edadismo no es algo del pasado: se está formando en el presente y amenaza el futuro.

De hecho, el edadismo como concepto es relativamente reciente. Existe cierto consenso doctrinal en que el primero en utilizarlo fue Butler a finales de los años sesenta del pasado siglo, quien lo describió como una discriminación que consta de tres elementos: actitudes hacia las personas mayores, la edad avanzada y el proceso de envejecimiento (creer que son una carga para la sociedad); prácticas discriminatorias hacia estas personas (tomar decisiones por ellas); y políticas y prácticas institucionales que contribuyen a perpetuar estos estereotipos (restringir el acceso a determinados tratamientos)⁴¹.

Lo que se está describiendo como edadismo es, por tanto, un concepto amplio que implica una discriminación material contra las personas mayores no exactamente por su edad, sino por la percepción de que son «viejas»⁴². Es decir, el rasgo sospechoso por el que se les estigmatiza no es el neutro «edad» sino uno mucho más específico y propio de las personas mayores: «la vejez».

Es decir, desde hace décadas, de forma un tanto dubitativa y asistemática, existe el mandato de no discriminación por razón de edad. Es un mandato que no surge tras la constatación de que las personas mayores están discriminadas, y que no se aplica, por tanto, exclusivamente a evitar o limitar el daño que se pueda infligir a este colectivo. La no discriminación por razón de edad no emerge como reacción al edadismo, como sí lo hace el Derecho antidiscriminatorio en materia racial como reacción al racismo. Algo deben de intuir el Tribunal Constitucional y el legislador, porque ahí está, pero no acaba de concretar. Utiliza el rasgo edad de forma neutra, y divaga por todas las edades, no le aplica juicio estricto en la mayoría de las ocasiones. Es un rasgo devaluado, pero que ya se ha consolidado entre la lista de rasgos sospechosos a todos los niveles: constitucional, europeo y legal.

La pregunta que hay que hacerse es la siguiente: ¿cabría adaptar el principio de no discriminación por razón de edad a una nueva naturaleza, convirtiéndose principalmente en un límite al edadismo contra las personas mayores, esto es, en un principio de no discriminación por razón de «vejez»? Esta es una cuestión que requiere previamente concretar qué entendemos por personas mayores y cómo se puede articular en torno a ellos el Derecho antidiscriminatorio.

6. EL GRUPO DESAVENTAJADO «PERSONAS MAYORES»: LA DIFICULTAD DE ESTABLECER LOS LÍMITES DEL COLECTIVO

Una parte muy importante del Derecho antidiscriminatorio, desde que este se ha convertido en una forma de protección y promoción de la igualdad material de un determinado colectivo, es delimitar los contornos de este.

Por ejemplo, hasta hace bien poco era relativamente sencillo determinar al colectivo mujeres, pues existía el sexo. El hecho de que este esté siendo progresivamente sustituido por el género libremente determinado plantea algunas dudas sobre si en el futuro esta delimitación va a seguir siendo tan intuitiva, y de ahí las objeciones teóricas a esta tendencia procedentes del movimiento feminista más clásico. Pero, en todo caso, es previsible que de forma ampliamente mayoritaria seguiremos sabiendo cómo determinar los contornos del colectivo mujeres.

La delimitación de otros colectivos, como las personas con discapacidad o minorías raciales o étnicas, también plantean las dificultades propias de tener que establecer una frontera para determinar cuándo una persona sufre una discapacidad o es suficientemente étnica para pertenecer a una minoría étnica. Esta delimitación es importante porque tiene consecuencias, al aplicársele a sus relaciones jurídicas algunas figuras propias del Derecho antidiscriminatorio, como el principio de discriminación indirecta o la acción positiva. Sin embargo, esas dificultades no impiden tener un concepto bastante definido de las personas que componen una minoría étnica o las personas con discapacidad.

En el caso de las personas mayores, esto todavía no es así. No existe un concepto definido de este colectivo, al menos en España, y al menos en términos de Derecho discriminatorio.

Para empezar, la propia expresión de personas mayores es confusa. Etimológicamente hablando, todas las personas cuya edad supera los 18 años somos personas mayores, pues hemos adquirido la mayoría de edad, por lo que, a las personas de más edad, en puridad, deberíamos denominarlas personas más mayores o muy mayores⁴³. Sin embargo, dado que la doctrina y el legislador suelen utilizar el término de personas mayores, recurriremos a él.

Mayor problema que el propiamente terminológico presenta determinar la edad que marca la entrada en este colectivo de las personas mayores.

Para algunas fuentes, esta edad es la de los 45 años, principalmente porque a partir de esta el mercado laboral se cierra y comienzan a aflorar los prejuicios. Por ejemplo, el reciente informe sobre la discriminación por edad en el ámbito laboral, de la Fundación Pimec, toma como referencia esta edad⁴⁴. El hecho de que muchos anuncios laborales excluyan directamente a los mayores de 45 años o que los parados de larga duración pertenezcan de forma mayoritaria a este grupo son indicios de que esta edad tiene una cierta relevancia, al menos desde un punto de vista laboral, como puerta de entrada a un colectivo que sufre una fuerte discriminación⁴⁵.

Otras fuentes, sin embargo, toman los 50 o los 55 años como edad de entrada al colectivo desaventajado. En este caso, a la discriminación en el acceso al empleo se une la posibilidad de ser sujeto de un despido colectivo que, en España, en demasiadas ocasiones, toma como referencia exclusiva la edad de los trabajadores⁴⁶.

Ambas edades tienen la virtualidad de incluir en el colectivo «personas mayores» a personas en edad de trabajar y, por tanto, abarcar en la protección del Derecho antidiscriminatorio aspectos relacionados con el ámbito laboral, tan sensible a este tipo de discriminación.

No obstante, lo más habitual, en la doctrina, en la legislación o en la jurisprudencia, es identificar al colectivo «personas mayores» con los ancianos, los viejos, lo que eufemísticamente se conoce como la tercera edad. Es este último el término que utiliza el artículo 50 CE para delimitar la categoría de ciudadanos respecto a los que los poderes públicos deben garantizar, mediante pensiones adecuadas, su suficiencia económica y promover su bienestar mediante un sistema de servicios sociales.

Las personas mayores formarían, por tanto, el colectivo estigmatizado por la vejez. Según Huenchuan, se puede decir que fisiológicamente se comienza a ser viejo a los 60 años, aunque también se puede asociar a la edad de jubilación: «Ambos cambios —calendario y cuerpo— traen consigo una serie de alteraciones para las personas mayores y quienes las rodean, debido a que la sociedad suele tener una visión estereotipada y negativa de la edad de la vejez y subordina a quienes la experimentan por medio de un conjunto de restricciones para constituirse como sujetos autónomos. Surge así una relación opresiva entre las personas mayores y la sociedad, que es la misma que viven las mujeres y las personas con discapacidad»⁴⁷.

Esta es la delimitación del colectivo que se está imponiendo⁴⁸. Igual que en las personas con discapacidad es la discapacidad, en las mujeres su sexo, en las minorías étnicas su fenotipo, en las personas homosexuales su orientación sexual, en este caso el rasgo que cohesiona y estigmatiza al grupo es la vejez.

Pero incluso delimitando el colectivo de «personas mayores» a las personas de edad avanzada, esto es, a las personas «con vejez», todavía sigue en la penumbra cuándo el ser humano comienza a ser «viejo» y, por tanto, a sufrir el estigma. Esa edad está en una franja indeterminada entre los 60 y los 70 años, que coincide con la edad que da paso a la jubilación en casi todos los países. Ni siquiera si fijamos la jubilación como el punto de entrada en la vejez tendremos una edad concreta e incontrovertida. Primero, porque desde la reforma del 2011⁴⁹ la edad legal de jubilación no tiene un punto fijo, y se mueve, dependiendo de los años cotizados, entre los 65 y los 67 años. Y segundo, porque la edad real de jubilación es anterior, situándose en los 64,7 años⁵⁰.

En conclusión, podríamos señalar que hay dos tipos de personas mayores que necesitan protección. Las personas entre 45 y 60 años conforman un colectivo de personas mayores a los que se les debe aplicar las instituciones del Derecho antidiscriminatorio en el ámbito laboral, principalmente en el ámbito del acceso al empleo. Por otro lado, las personas que

tienen más de 60 años o han superado la edad de jubilación, sufren una discriminación más integral, asociada más que a la edad en general a un tipo concreto de edad (la vejez), que es un rasgo transparente e inmodificable por el que se les identifica y se les estigmatiza.

7. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE «VEJEZ»: UNA POSIBILIDAD TODAVÍA NO CONCRETADA

Como ya hemos visto, el Tribunal Constitucional no diferencia entre franjas de edad, y a todas aplica el principio de no discriminación por razón de edad, en un rasgo que, por ser multidireccional, no protege a ninguna franja en concreto. La tesis que se va a sostener aquí es que, a efectos de aplicación del Derecho antidiscriminatorio, debería haber dos tipos de aproximaciones: la del principio de no discriminación por razón de edad para las diferenciaciones que puedan perjudicar a cualquier franja de edad, incluida la de 45 a 60 años, y la del principio de no discriminación por razón de vejez, que sería una versión especialmente intensa del principio de no discriminación por razón de edad, y que se aplicaría exclusivamente a la protección del colectivo formado por la franja de edad que supera la edad de jubilación.

Las personas que se sitúan entre 45 y 60 años sufren una discriminación casi exclusivamente laboral. También los menores de 30 años la padecen. Parece como si el mercado laboral solo estuviera dispuesto a favorecer a aquellos que tienen entre 30 y 45 años, expulsando a todos los demás.

Esta situación puede combatirse con la actual estructura constitucional del principio de no discriminación por razón de edad, que no solo conlleva prohibiciones de discriminación, sino también medidas de promoción en el empleo. Queda mucho por hacer, en la línea de las medidas que propuso la Confederación Nacional de Pymes en su queja al Defensor del Pueblo de 17 de junio de 2022⁵¹. Pero el esquema constitucional actual del principio de no discriminación por razón de edad es válido. De hecho, este último se ha construido principalmente con base en sentencias que partían de controversias laborales en las que se aplicaba la edad para acceder, promocionar o perder el empleo. Esta perspectiva se completa con el hecho de que la Directiva 78/2000 se circunscriba en exclusiva al ámbito laboral.

Sin embargo, la discriminación que sufren las personas mayores de edad avanzada, en la acepción que señala a las mismas como las que superan la edad de jubilación (mayores de 60-70 años), es cualitativa y cuantitativamente diferente. Es una discriminación integral, que, como establece la Recomendación CM/Rec (2014) 2 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre la promoción de los derechos humanos de las personas mayores, abarca limitaciones al ejercicio de derechos y libertades, obstáculos a su derecho a llevar una vida de manera independiente de forma autodeterminada y autónoma, mayor exposición a la violencia y el abuso, carencias en materia de protección social, prohibición o limitación de acceso al empleo, una deficiente asistencia sanitaria⁵²,

problemas en la atención residencial y en los cuidados paliativos y desajustes de la Administración de Justicia⁵³. A ello habría que añadir, según el informe de Naciones Unidas sobre el disfrute de los derechos humanos por las personas de edad, el discurso de odio que sufren las personas mayores en las redes sociales y un asunto que ha adquirido una especial transcendencia mediática en España: los obstáculos que encuentran las personas mayores para acceder a los instrumentos y servicios financieros⁵⁴. En la pandemia se han plasmado e intensificado muchas de estas actitudes edadistas, destacando sobre todas ellas el trato inhumano y degradante al que las personas mayores se vieron sometidas en un gran número de residencias, tanto públicas como privadas, cuando la pandemia de COVID-19 golpeaba de forma más dura⁵⁵.

Esta discriminación abarca, por tanto, muchos aspectos. Es integral y estructural. Es una discriminación principalmente material, pero a veces también es formal. Como ocurre con el artículo 26.2 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, que trata de la configuración de las mesas electorales, estableciendo el siguiente procedimiento: «El presidente y los vocales de cada Mesa son designados por sorteo público entre la totalidad de las personas incluidas en la lista de electores de la Mesa correspondiente que sepan leer y escribir y sean menores de setenta años, si bien a partir de los sesenta y cinco años podrán manifestar su renuncia en el plazo de siete días [...]». Es decir, una persona mayor de setenta años no se considera apta para pertenecer a una Mesa electoral.

En la actual configuración neutra de la no discriminación por razón de edad no ha existido una especial predisposición a considerar esta norma, o la de la jubilación forzosa a una determinada edad, como una forma edadista que refuerza el rol de inferioridad social de las personas mayores, y, de hecho, llevan ambas aplicándose sin excesiva controversia durante toda la democracia, lo que seguramente tiene que ver con el hecho de que el rasgo edad es neutro y bidireccional.

Todos los rasgos lo son, de alguna manera. El rasgo «sexo» de nuestro artículo 14 CE también es bidireccional. La Constitución no dice que «no podrá prevalecer discriminación alguna contra las mujeres», señala que no podrá prevalecer discriminación alguna por razón «de sexo», lo que implica que su utilización para perjudicar a los hombres también esté sujeto a un especial juicio de constitucionalidad.

Pero en este caso, el Tribunal Constitucional ya ha evolucionado en su jurisprudencia y ha aclarado que, por el juego del artículo 9.2 CE, algunas diferenciaciones que toman el sexo como base para favorecer al colectivo estigmatizado, las mujeres, son constitucionales, y que muchas normas laborales paternalistas protectoras de la mujer trabajadora son inconstitucionales no por perjudicar a los hombres, sino por reforzar el rol de inferioridad de la mujer⁵⁶.

Esta necesaria evolución no se ha producido en el caso de la no discriminación por razón de edad. Todavía estamos en la pantalla inicial, esto es, en considerar el rasgo edad como un rasgo que puede ser arbitrario, pero no como el reflejo de un estigma determinado. Es como si consideráramos la discriminación por razón de sexo como una arbitrariedad

que se puede dirigir indistintamente contra hombres y mujeres, no como la negación de la igualdad de las mujeres.

Ambas cosas son ciertas, y conviven. No es posible utilizar de forma arbitraria el sexo como rasgo diferenciador, incluso para favorecer a las mujeres. No todas las acciones positivas son constitucionales: deben ser idóneas y respetar una debida proporcionalidad. Pero al mismo tiempo existe una clara diferencia entre que se utilice el rasgo sexo para favorecer a las mujeres, lo que en muchas ocasiones puede ser constitucional, con que se utilice para perjudicarlas, lo que en casi ninguna ocasión se puede considerar acorde al principio de no discriminación.

En el ámbito del edadismo y las personas mayores, como hemos visto, esta distinción todavía no ha llegado. La diferenciación que es producto del estigma que la sociedad aplica a los ancianos sigue conviviendo con otro tipo de diferenciaciones que nada tienen que ver, bajo el manto de la omnicompreensiva discriminación por razón de edad. Es probable, y sería razonable, que esto evolucione, y que convivan, en el futuro, la actual visión de la no discriminación por razón de edad que, como ya hemos descrito, es neutra, bidireccional, bastante laxa, con otro tipo de principio de no discriminación, que podríamos denominar principio de no discriminación por razón de vejez, mucho más estricto, por ser un rasgo sospechoso que cohesiona a un colectivo estigmatizado, el de las personas mayores, que merece una especial protección jurídica dentro del mundo del Derecho antidiscriminatorio.

La distinción entre el género —la no discriminación por razón de edad— y su especie —la no discriminación por razón de vejez— clarificaría extraordinariamente el panorama, al dotar a lo que es diferente de un marco distinto en el Derecho antidiscriminatorio. La mayor concienciación que se empieza a apreciar sobre el edadismo contra las personas mayores, sobre todo en el ámbito de las organizaciones internacionales protectoras de los derechos humanos, parece apuntar en esta dirección. Quizás no sea ajeno a esta tendencia el hecho de que en las últimas ocasiones en que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre diferenciaciones que perjudican a mayores de 60 años se haya inclinado por su inconstitucionalidad⁵⁷.

Ya lo veremos. En todo caso, llegue más tarde o más temprano, esto o algo parecido es hacia dónde debería dirigirse el Derecho antidiscriminatorio si realmente quiere ser útil para que las personas que transitan los últimos años de su vida gocen del trato que se merecen y no se les impida, por ejemplo, ser parte de la Administración electoral o del mundo del trabajo por tener más de setenta años, como si fueran seres humanos en los que no se puede confiar.

Cualquier colectivo desaventajado se define por el rasgo que comparte que, a su vez, se utiliza para discriminarlos y los cohesiona como grupo. El sexo en las mujeres, los rasgos étnicos o raciales en las minorías étnicas, la discapacidad en las personas con discapacidad, la orientación sexual en las personas homosexuales, la identidad de género en las personas transexuales, etc. En el caso de las personas mayores ese rasgo sería tener más de una determinada edad, la vejez. No cualquier edad puede producir los mismos efectos: solo lo debería hacer aquella por la que la sociedad estigmatiza.

NOTAS

1. Art. 21 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales (2000/C 364/01): «Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual». El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966 dispone en su artículo 26 del siguiente: «Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social». A su vez, la Convención Americana de Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969, en forma más escueta, en su artículo 24, determina que «todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley». La misma convención en su artículo 1º ya había precisado que: «1. Los Estados parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social». Por último, el Art. 14 de Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 dispone: «El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación».

2. *5 US (1 Cranch) 137 (1803)*.

3. *The Slaughter Cases* (1872), 83 US (16 Wall), 36 (1872), centrada en la raza negra. Posteriormente, extendió a otras razas la protección de la cláusula de igualdad, concretamente a los asiáticos (*Yick Wo vs. Hopkins*, 118 US 356 (1886)).

4. *Gulf c. S.F. Ry vs. Ellis*, 165 US 150 (1897).

5. *BverfGE* (1951) 1, 14 (52). Cita que se extrae de Olivier (1996: 143).

6. Para un análisis de la estructura del juicio de igualdad, *vid.* Giménez Gluck (2004).

7. Esta tesis dualista, que divide claramente entre el principio de igualdad y el principio de no discriminación, tiene su origen en la doctrina laboralista. En la doctrina española se puede encontrar tempranamente en Rodríguez-Piñero y Fernández López (1986).

8. A este tipo de clasificaciones legislativas se suele aplicar lo que he denominado como «juicio de mínimos» (Giménez Gluck, 2004: 121 ss.).

9. Rey Martínez (2019: 55-56).

10. La lista de rasgos sospechosos no constituye, por tanto, un *numerus clausus* circunscrito a los rasgos que aparecen expresamente en el Texto Constitucional. La cláusula abierta del art. 14 *in fine* («cualquier otra condición o circunstancia personal o social») otorga un margen al Tribunal Constitucional para aumentar la lista de criterios cuya utilización en contra de unos determinados colectivos debe objeto de un juicio más estricto. Es decir, la Constitución no ha querido limitar intemporalmente los grupos protegidos por el juicio estricto de igualdad; al contrario, ha intentado abrir la posibilidad para que el

Tribunal Constitucional, a través de una interpretación amplia de esta cláusula, extienda el juicio estricto a determinadas clasificaciones legislativas que perjudican a otros colectivos.

11. Giménez Gluck (2004: 232 ss.).

12. Rey Martínez (2019: 22).

13. Para un análisis sobre la constitucionalidad de las acciones positivas, *vid.* Giménez Gluck (1999).

14. La discriminación por razón de sexo se extiende también a cualquier diferenciación referente a la maternidad y el embarazo (por todas, STC 153/2021, de 13 de septiembre; FJ 3)

15. Aunque el término utilizado por el artículo 14 CE es «raza», en las tablas de derechos de las constituciones y tratados internacionales más recientes se utiliza el término «origen racial o étnico», que es más adecuado.

16. Así lo reconoce, por todas, la STC 172/2021, de 7 de octubre; FJ 3: «La discapacidad constituye una circunstancia personal que el artículo 14 CE protege contra cualquier forma de discriminación (tal y como recuerda la STC 3/2018, de 22 de enero, con cita, entre otras, de la STC 269/1994, de 3 de octubre) [...]».

17. Por todas, la STC 41/2006, de 13 de febrero; FJ 3: «[...] es de destacar que la orientación homosexual, si bien no aparece expresamente mencionada en el artículo 14 CE como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es indudablemente una circunstancia incluida en la cláusula “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación».

18. Por todas, la STC 176/2008, de 22 de diciembre; FJ 4: «[...] En relación con lo anterior, es de destacar que la condición de transexual, si bien no aparece expresamente mencionada en el art. 14 CE como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es indudablemente una circunstancia incluida en la cláusula “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación. Conclusión a la que se llega a partir, por un lado, de la constatación de que la transexualidad comparte con el resto de los supuestos mencionados en el art. 14 CE el hecho de ser una diferencia históricamente arraigada y que ha situado a los transexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra estas personas; y, por otro, del examen de la normativa que, *ex art.* 10.2 CE, debe servir de fuente interpretativa del art. 14 CE».

19. «Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, **edad** u orientación sexual».

20. Por su parte, la no discriminación por origen racial o étnico tuvo su recepción en una Directiva de ese mismo año, la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

21. El ámbito laboral ha sido no solo el más regulado en Derecho comparado, sino también el primero de todos. Estamos haciendo referencia a la aprobación en Estados Unidos de la Age Discrimination in Employment Act (ADEA) de 1967 que, completada con la Older Workers Benefits Protection Act, de 1990, prohíbe la discriminación directa o indirecta de los trabajadores mayores de 40 años, y actualmente

sin techo de edad, que presten servicios en empresas de más de 20 trabajadores y en la administración federal. *Vid.*, al respecto, Lousada Arochena (2019: 75, n. 5).

22. *Vid.*, entre otras, ECtHR, *Schwizgebel vs. Switzerland* (Application N. ° 25762/07), para. 85; *Khamtokhu and Aksenchik vs. Russia* (Application N. ° 60367/08 and 961/11), para. 62; *Nelson vs. United Kingdom* (Application No. 11077/84); *X. vs. United Kingdom* (Application N. ° 7215/75) *Commission Decision 12 June 1979*, p. 66 y *Dudgeon vs. United Kingdom* (Application N. ° 7525/76) 22 October 1981, p. 117.

23. «Artículo 17.1. Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de **edad** o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español».

24. «Artículo 511. 1. Incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años el particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su situación familiar, pertenencia a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, **edad**, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad. 2. Las mismas penas serán aplicables cuando los hechos se cometan contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros por razón de su ideología, religión o creencias, su situación familiar, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, **edad**, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad».

«Artículo 512. Quienes en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su situación familiar, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, **edad**, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, incurrirán en la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio e inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre por un periodo de uno a cuatro años».

25. «Artículo 2. Ámbito subjetivo de aplicación. 1. Se reconoce el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación con independencia de su nacionalidad, de si son menores o mayores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal. Nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, **edad**, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

26. «Artículo 5. Derechos a la información y al asesoramiento de las personas víctimas de discriminación. 1. Todas las personas víctimas de discriminación, con independencia de su origen, religión, **edad**, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, independientemente de su situación administrativa en el Estado español, tienen garantizados los derechos reconocidos en esta ley».

27. «Artículo 15. Derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la atención sanitaria. 2. Nadie podrá ser excluido de un tratamiento sanitario o protocolo de actuación sanitaria por la concurrencia de una discapacidad, por encontrarse en situación de sinhogarismo, por la **edad**, por sexo o por enfermedades preexistentes o intercurrentes, salvo que razones médicas debidamente acreditadas así lo justifiquen».
28. Disposición final quinta por la que se modifica el artículo 20, apartado dos, bis de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.
29. Sin embargo, si la introducción de la edad de jubilación forzosa fuera incondicionada y no viniera vinculada al desarrollo de una política de empleo sí cabría su inconstitucionalidad (STC 22/1981, de 2 de julio, FJ 11)
30. Sí declara, sin embargo, en su STC 37/2004, de 11 de marzo, contrario a la Constitución el último inciso del artículo 135 b) del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, por vulneración del derecho a la igualdad en el acceso a las funciones públicas (art. 23.2 CE), al establecer un límite máximo de edad para opositar a puestos en la función pública local («no exceder de aquélla en que falten menos de diez años para la jubilación forzosa por edad, determinada por la legislación básica en materia de función pública») al considerar irrazonable que ese límite se ligue al régimen jurídico de los derechos pasivos de los funcionarios.
31. STJUE, caso *Vital Pérez*, de 13 de noviembre de 2014, asunto C-416/13.
32. STJUE, caso *Wolf*, de 12 de enero de 2010, asunto C-229/08.
33. STJUE, caso *Gorka Salaberria Sorondo*, de 15-11-2016, asunto C-258/15.
34. Un repaso exhaustivo de la jurisprudencia del TJUE en materia de discriminación por razón de edad puede verse en Benavente Torres (2019: 32-53).
35. Entre otras, *ECtHR, Khantokhu and Aksenchik vs. Russia* (Application N.º 60367/08 and 961/11), para. 62; *British Gurkha Welfare Society vs. United Kingdom* (Application N.º 44818/11), para. 88; *Carvalho Pinto de Sousa Morais vs. Portugal* (Application N.º 17484/15), para. 45.
36. *Schwizgebel vs. Switzerland* (Application N.º 25762/07)
37. Para una visión más amplia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de no discriminación por razón de edad, *vid.* European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers, Dewhurst, E., *Age discrimination law outside the employment field: 2020*, Publications Office, 2020, pp. 57 ss. Disponible en: <<https://data.europa.eu/doi/10.2838/214317>>.
38. Los menores, pese a ser titulares de todos los derechos fundamentales, tienen limitado el ejercicio de estos derechos en varias leyes, principalmente en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Un repaso del ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los menores en puede verse en Giménez Gluck (2012: 194-198).
39. *Ibidem*: 195.
40. Interesante, a este respecto, el somero repaso que hace Flores Giménez sobre la opinión que le merecían a algunos pensadores los ancianos, defendidos por Cicerón, San Agustín y Platón y despreciados por Santo Tomás de Aquino y Aristóteles (Flores Giménez, 2019: 30), que a su vez cita en la nota 3 a Carbajo Vélez (2008: 242 ss.).
41. Definición extraída de The International Longevity Center en *Boletín sobre el envejecimiento, Perfiles y Tendencias*, 40, 2009. También en Butler y Lewis (1973).

42. F. Snelman (2016). *Vid.*, también, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: *Update to the 2012 Analytical Outcome Study on the normative standards in international human rights law in relation to older persons*, marzo de 2021, párrafos 33 a 41. Ambos citados en la nota 15 del *Informe de la experta independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad*, Claudia Mahler, publicado por el Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de la ONU, 48º periodo de sesiones, 13 de septiembre a 1 de octubre de 2021 (A/HRC/48/53).

43. Blázquez Martín (2006: 17-18).

44. Torres y Peris (2020: 6).

45. Otras iniciativas, como *Worketic* (disponible en: https://www.rhhpress.com/index.php?option=com_content&view=article&id=49416:lanzan-en-espana-un-servicio-gratuito-de-seleccion-de-profesionales-senior&catid=10031:-generaciones) y *+45 Activos* (disponible en: <https://mas45activos.org/>), están enfocadas a luchar contra la discriminación de las personas mayores de 45 años. *Vid.*, también, *Empleo-senior.org* (disponible en: <http://www.empleosenior.org/12.html>).

46. Lo que a ojos del Tribunal Constitucional es una práctica aceptable (STC 66/2015, de 13 de abril), al considerar idóneo y proporcionado que sean los trabajadores más próximos a la jubilación los que sean despedidos.

47. Huenchuan (2012: 24).

48. Es también el que en España se está utilizando en la sociedad civil movilizada en favor de los derechos humanos. El máximo exponente es la Mesa Estatal por la Convención de Naciones Unidas por los derechos de las personas mayores. En su página web, esta plataforma formada por asociaciones y organizaciones defensoras de los derechos de las personas mayores, como HelpAge España, definen el colectivo en torno a los que han cumplido, como mínimo, 60 años, y sufren el estigma relacionado con su mayor edad (disponible en: <https://helpage.wixsite.com/derechosymayores/about>). También la mayoría de los autores identifican a las personas mayores con esta franja de edad. *Vid.*, por todos, Flores Giménez (2019: 29-52).

49. Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.

50. Según datos del INSS del primer semestre de 2022. Disponible en: https://www.elconfidencial.com/economia/2022-05-17/edad-real-jubilacion-estancia_3425569/.

51. Las propuestas que plantean van desde la obligatoriedad de CV ciegos, fiscalización de algoritmos y portales de empleo, bonificaciones fiscales para incentivar la contratación de mayores de 45 años, reforma del SEPE para que pueda ofrecer programas orientados a Senior hasta incrementar el coste del despido de personas por encima de los 40 años por franjas de proximidad a la edad de jubilación, cuotas obligatorias de mayores de 45 años en las empresas, reducción de coste de las cuotas de autónomos para mayores de 45 años o prohibir por ley la publicación de ofertas de trabajo que incluyan lenguaje edadista. Disponible en: <https://www.conpymes.org/conpymes-reivindica-a-la-ministra-de-igualdad-su-derecho-a-ser-parte-del-dialogo-social-y-presenta-soluciones-a-la-discriminacion-por-edad/>.

52. Una manifestación especialmente grave de edadismo en la atención sanitaria se ha producido durante la pandemia. Al respecto, *vid.* Ribera Casado (2020: 305-308).

53. Disponible en: https://fiapam.org/wp-content/uploads/2015/08/cmrec_2014_2_es.pdf.

54. Informe de la experta independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad, Claudia Mahler, publicado por el Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de la ONU, 48º periodo de sesiones, 13 de septiembre a 1 de octubre de 2021 (A/HRC/48/53), pp. 17-18.

55. La situación de las residencias de mayores durante la pandemia ha supuesto un punto de inflexión en la concienciación social respecto a la práctica del edadismo en España. Tanto Amnistía Internacional como Médicos sin Fronteras han publicado informes denunciando estas prácticas y solicitando una investigación al respecto. Una campaña emprendida en Change.org por el profesor Fernando Flores y Manuel Rico, denunciando lo ocurrido y solicitando una reparación, ha sido firmada hasta la fecha por más de 135.000 personas. Disponible en: <<https://www.change.org/p/20-000-mayores-fallecidos-merecen-justicia-investigaci%C3%B3n-ya>>.

56. Sobre esta doctrina iniciada en la STC 128/1987, *vid.* Giménez Gluck (1999: 154 ss.)

57. STC 3/2018, de 22 de enero (caso servicio residencial para personas con discapacidad para mayores de 60 años); SSTC 63/2011, de 16 de mayo; 79/2011, de 9 de junio; 113/2011, de 4 de julio; 78/2012, de 16 de abril y 41/2015, de 2 de marzo (casos exclusión de mayores de 65 años para apertura de farmacias).

BIBLIOGRAFÍA

- BENAVENTE TORRES, Ignacio (2019): «Cinco causas de discriminación en la Unión Europea y su incidencia en el ordenamiento español», *Trabajo y Derecho*, 55(56), 32-55.
- BLÁZQUEZ MARTÍN, Diego (2006): «Los derechos (humanos) de las personas mayores», en D. Blázquez Martín (coord.), *Los derechos de las personas mayores: perspectivas sociales, jurídicas, políticas y filosóficas*, Madrid: Dykison, 17-35.
- BUTLER, Robert N., Trey SUNDERLAND y Myrna LEWIS (1973): *Aging and Mental Health: Positive Psychological Approaches*, Saint Louis: Mosby.
- CARBAJO VÉLEZ, María del Carmen (2008): «Historia de la vejez», *Ensayos: Revista de la Facultad de Educación de Albacete*, 23, 237-254.
- FLORES GIMÉNEZ, Fernando (2019): «Las personas mayores en la Constitución Española: derechos y garantías», en M. B. Cardona Rubert, F. Flores Giménez y J. Cabeza Pereiro (coords.), *Edad, discriminación y derechos*, Pamplona: Aranzadi, 29-52.
- GIMÉNEZ GLUCK, David (1999): *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2004): *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Barcelona: Bosch.
 - (2012): «El derecho de sufragio activo y la mayoría de edad», *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, 12, 190-206.
- HUENCHUAN, Sandra (2012): *Los derechos de las personas mayores en el siglo XXI: situación, experiencias y desafíos*, México: CEPAL.
- JOUANJAN, Olivier (1996): «L'egalité dans la jurisprudence constitutionnelle allemande» [en línea], <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/logiques-de-l-egalite>>. [Consulta: 03/11/2022.]
- LOUSADA AROCHENA, José Fernando (2019): «Discriminación por edad: conceptos generales», en M. B. Cardona Rubert, F. Flores Giménez y J. Cabeza Pereiro (coords.), *Edad, discriminación y derechos*, Pamplona: Aranzadi, 75-95.
- REY MARTÍNEZ, Fernando (2019): *Derecho antidiscriminatorio*, Pamplona: Thomson Aranzadi.
- RIBERA CASADO, José Manuel (2020): «Edadismo en tiempos de pandemia», *Anales de la Real Academia Nacional de Medicina*, 137(03), 305-308.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y M.^a Fernanda FERNÁNDEZ LÓPEZ (1986): *Igualdad y discriminación*, Madrid: Tecnos.
- SNELMAN, Fredirk (2016): «Whose age is? The reinvigoration and definitions of an elusive concept», *Nordic Psychology*, 68(3), 148-159.

THE INTERNATIONAL LONGEVITY CENTER (2009): «Edadismo en Estados Unidos», *Perfiles y tendencias: boletín sobre el envejecimiento*, 40, 1-65.

TORRES, José María y Yolanda PERIS (2020): *La discriminación por edad en el ámbito laboral*, Barcelona: Numintec, Fundación Pimec.

Fecha de recepción: 27 de julio de 2022.

Fecha de aceptación: 24 de octubre de 2022.

EL DERECHO INTERNACIONAL Y LA LUCHA CONTRA EL EDADISMO
Y POR LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS DE EDAD: BALANCE DE
LA SITUACIÓN DESPUÉS DE LA PANDEMIA DE COVID-19

*INTERNATIONAL LAW AND THE FIGHT AGAINST AGEISM
AND FOR THE PROTECTION OF ELDERLY: TAKING STOCK
OF THE SITUATION AFTER COVID-19 PANDEMIC*

Alicia Cebada Romero

*Profesora Titular de Derecho internacional público
Universidad Carlos III de Madrid*

RESUMEN

El edadismo que perjudica a las personas adultas mayores se manifiesta de múltiples maneras en nuestras sociedades y hay que combatirlo desde el Derecho internacional con mayor eficiencia. Se analizan aquí los mecanismos existentes en el plano internacional y regional, así como los desarrollos en el terreno del *soft law* sobre la base de que es necesario seguir trabajando para reforzarlos y mejorarlos, para seguir preparando el terreno para la adopción de una convención específica de alcance universal sobre los derechos de las personas de edad. La pandemia de COVID-19 ha puesto de manifiesto las deficiencias que tienen los modelos de asistencia y cuidados a las personas de edad y las lagunas de los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos en relación con estas personas.

PALABRAS CLAVE

Personas mayores, personas de edad, edadismo, derechos humanos, Derecho blando.

ABSTRACT

The ageism that harms older persons manifests itself in many ways in our societies and needs to be combated more effectively through international law. The existing mechanisms at the international and regional levels and developments in the field of soft law are analyzed here under the premise that it is necessary to continue working to strengthen and improve them, in order to continue preparing the ground for the adoption of a specific convention of universal scope on the rights of older persons. The COVID 19 pandemic has revealed, in a terrible way, the deficiencies in the models of assistance and care for the older persons and the gaps in the international mechanisms for the protection of human rights.

KEY WORDS

Older persons, elderly, ageism, human rights, soft law.

DOI: <https://doi.org/10.36151/td.2022.052>

EL DERECHO INTERNACIONAL Y LA LUCHA CONTRA EL EDADISMO Y POR LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS DE EDAD: BALANCE DE LA SITUACIÓN DESPUÉS DE LA PANDEMIA DE COVID-19

Alicia Cebada Romero

Profesora Titular de Derecho internacional público
Universidad Carlos III de Madrid

Sumario: 1. Introducción. 2. Protección de los derechos de las personas de edad en el ámbito universal. 3. Protección de los derechos de las personas de edad en el ámbito regional. 4. La relevancia del *soft law*. 5. Reflexiones finales. Notas. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Los datos que ha hecho públicos la Organización Mundial de la Salud sobre el maltrato de las personas mayores en las instituciones son espeluznantes: 2 de cada 3 trabajadores de estas instituciones indican haber infligido malos tratos en el último año. La OMS no ha dudado en calificar el maltrato a las personas de edad como «un problema importante

de salud pública»¹. Esta situación, ya existente antes de la pandemia de COVID-19, se ha agudizado en el contexto de la crisis sanitaria. La pandemia se ha cebado especialmente con las personas de edad². En todo el mundo, hemos visto que las respuestas a la emergencia sanitaria provocada por el coronavirus (SARS-CoV-2) no han sido respetuosas con la dignidad de las personas de edad³.

En nuestro propio país, en el momento más grave de la crisis sanitaria, vimos cómo a las personas mayores se les cerraban las puertas de los hospitales, negándoles el derecho a acceder a los servicios de salud⁴. Fuimos testigos de cómo a los mayores que vivían en residencias se les aislaba de sus familias e incluso de sus cuidadores, de cómo se les negaba el derecho a decidir por sí mismas, su autonomía⁵. Muchos murieron en soledad. En nuestro país, el IMSERSO ha cuantificado más de 33.300 defunciones con coronavirus en residencias de mayores desde que comenzó la pandemia⁶. Además, se han documentado y denunciado numerosos casos de maltrato o falta de atención, que siguen perpetrándose⁷.

Nuestro Defensor del Pueblo ha denunciado también durante años la falta de medios en muchos centros residenciales para personas de edad en todo el país. En sus recomendaciones sobre «Residencias de mayores, atención sanitaria e información emergencia COVID-19», el defensor constataba que estas deficiencias estructurales «se han dejado ver con toda su crudeza en la actual crisis. Ante la pandemia, la dramática situación que se vive en muchos centros refleja las dificultades del modelo para adoptar medidas suficientes de prevención y reacción, al tratarse de un modelo puramente asistencial, con medios escasos y que se apoya para toda la asistencia sanitaria en el Sistema Nacional de Salud. El modelo en su conjunto requeriría una revisión profunda»⁸.

Proteger adecuadamente los derechos de las personas de edad es avanzar hacia una democracia de los cuidados (Tronto, 2013). En su libro, *Tiempo de Cuidados*, Victoria Camps se pregunta: ¿Quién cuida de los mayores? ¿Quién debe hacerse cargo de los mayores dependientes? ¿Instituciones como las residencias, centros de día, son soluciones que indican un progreso?⁹ En palabras de Camps: «El destino de los mayores en nuestras sociedades, el especial cuidado que se les debe, es uno de los problemas pendientes que hay que abordar sin dilación. Hay que plantearse muchas cosas: los modelos de centros residenciales que tenemos, públicos y privados, dependientes en muchos casos de intereses económicos y muy deficientes en la función asistencial por mor de lucro. La solución de las residencias, si puede llamarse así, no es buena si no es aceptada con gusto por quienes son reclusos en ellas. No es la mejor forma ni la más justa de cuidar a quienes, especialmente en el caso de las mujeres, dedicaron gran parte de su vida a cuidar de los suyos. El cuidado de los mayores debiera estar motivado por la reciprocidad, una compensación de lo recibido que tiene muchas dimensiones» (Camps, 2021: 661-668).

La pandemia ha revelado las deficiencias del modelo de asistencia a las personas mayores, un modelo fallido que no ha respondido al que debería ser su principal objetivo: garantizar el bienestar y proteger y respetar la dignidad de sus usuarios. Hoy, más que nunca, por tanto, se ha puesto de relieve la urgencia de combatir la discriminación contra las personas de edad y de garantizar sus derechos. Más allá del cuestionamiento del modelo de asistencia que estamos brindando a los mayores, corresponde realizar un análisis en profundidad

del enfoque que se da al envejecimiento, para lo cual el examen del sistema de protección articulado desde el ordenamiento jurídico internacional resulta esencial.

Ya en los Principios de las Naciones Unidas en favor de las Personas de Edad (1991), se establecía (Principio 6) que las personas de edad deben poder residir en su propio domicilio tanto tiempo como sea posible. Y el Principio 14 añadía que estas personas deben poder disfrutar de sus derechos humanos y libertades fundamentales cuando residan en hogares o instituciones donde se les brinden cuidados o tratamiento, con pleno respeto de su dignidad, creencias, necesidades e intimidad, así como de su derecho a adoptar decisiones sobre su cuidado y sobre la calidad de su vida¹⁰. Sin embargo, como hemos visto, la pandemia ha expuesto cómo se vulneran gravemente estos principios¹¹. Las personas mayores sufren no solo un trato discriminatorio, sino también abusos y falta de atención en cualquier parte de nuestro planeta y tienen dificultades específicas para hacer valer sus derechos¹². Ya no podemos mirar hacia otro lado para ignorar que vivimos en sociedades en las que se abandona a los mayores.

Las personas de edad constituyen un grupo heterogéneo, creciente. Ya en 1995 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) advertía en su Observación General N.º 6 sobre los derechos de las personas mayores, que «la población mundial está envejeciendo a un ritmo progresivo, verdaderamente espectacular». Se refería a este fenómeno como una «revolución silenciosa, pero de imprevisibles consecuencias que ya está afectando, y afectará todavía más en el futuro, a las estructuras económicas y sociales de la sociedad, a escala mundial y en el ámbito interno de los países»¹³. Esta tendencia no ha hecho más que confirmarse en los últimos años y así se constata en los informes de organismos internacionales¹⁴ y de las organizaciones de la sociedad civil especializadas¹⁵. En la actualidad, 703 millones de personas en el mundo tienen 65 años o más. Se estima que este número se habrá duplicado en 2050. El porcentaje de población que ha alcanzado los 65 años ha pasado del 6 % en 1990 al 9 % en 2019 y en 2050 será del 16 %. Si nos fijamos en el segmento de población de 80 años o más, se constata que los números se han triplicado, pasando de 54 millones en 1990 a 143 millones en 2019; en 2050 alcanzará los 426 millones¹⁶. Según el «Informe sobre Envejecimiento de la Población 2019» del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de Naciones Unidas, las regiones donde la población ha envejecido a mayor ritmo han sido el Sudeste asiático, América Latina y el Caribe. De acuerdo con el mismo informe, los porcentajes de población con 65 años o más se duplicarán hasta 2050 además de en estas regiones en el Norte de África en Asia Occidental y Asia Central y Meridional¹⁷. Europa es ya el continente más envejecido y se estima que el porcentaje de personas mayores será del 34 % en 2050, 236 millones en cifras absolutas¹⁸.

Vivimos en sociedades edadistas, lo que afecta particularmente a las personas mayores, cuyas vidas se ven condicionadas por la existencia de estereotipos que llevan a un tratamiento paternalista degradante sustentado en prejuicios referidos a su pérdida de capacidades¹⁹. Tal y como señala la alta comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos en su Informe de 2022 sobre «Criterios normativos y obligaciones en virtud del derecho internacional respecto de la promoción y la protección de los derechos humanos de las

personas de edad», el concepto de «persona de edad» o «persona vieja» es una construcción social²⁰ que también influye en la propia percepción de una persona sobre su edad. En este sentido, puede decirse que hay una edad psicológica que puede ser diferente a la edad cronológica. Además, la percepción social y personal de la edad han ido variando a lo largo de la historia, y cambian también en función de las condiciones de vida los valores culturales y las tradiciones de la zona geográfica del planeta en que nos encontremos. Como hemos señalado, las personas mayores constituyen un grupo demográfico muy heterogéneo y los retos que cada persona de edad asume varían mucho en función de sus circunstancias. A la hora de abordar el edadismo y la adecuada protección de los derechos de las personas mayores, también desde el ordenamiento jurídico internacional, hay que prestar atención a la acumulación de discriminaciones que pueden padecer estas personas por razón de género, de su situación socioeconómica, de su adscripción étnica, etc.

También hay diversas formas de ver el envejecimiento. Como una carga o una crisis, un declive, como una patología, como una situación de vulnerabilidad o más enfocadas a la parte positiva, presentando el envejecimiento como una oportunidad. Es importante analizar las implicaciones de estas distintas visiones, si realmente queremos conseguir que haya un enfoque acertado del envejecimiento en los instrumentos internacionales (Kesby y Alison, 2017). Creemos que el enfoque acertado es el que mejor ayuda a combatir el estigma, los estereotipos y la discriminación por edad, que son el cimiento de la situación de vulnerabilidad que afecta particularmente a estas personas, para poner en valor su papel en la sociedad. En esta línea, la perspectiva adoptada por la OMS y centrada en la búsqueda de un envejecimiento activo nos parece acertada, pues se centra en aprovechar al máximo las oportunidades en los ámbitos de la salud, la participación y la seguridad, para conseguir el máximo bienestar físico, mental y social a lo largo de toda la vida²¹. También en el marco del Decenio del Envejecimiento Saludable (2021-2030), la Asamblea General de Naciones Unidas propone cambiar nuestra forma de pensar, sentir y actuar en relación con la edad y fomentar las capacidades de las personas mayores²².

En los últimos años se ha desarrollado un debate sobre la conveniencia y la necesidad de adoptar una convención de la ONU sobre los derechos de las personas de edad (Doron, 2010; Judge, 2008; y de Hert y Mantovani, 2011). Tras la pandemia, la balanza se ha inclinado definitivamente por la adopción de este tratado internacional, que está siendo impulsada desde dos ámbitos diferenciados: Naciones Unidas, de un lado, y las organizaciones de la sociedad civil, de otro. Los trabajos para la adopción de esta Convención serán analizados en detalle en otro capítulo de este número especial. En las líneas que siguen nos limitaremos a estudiar los mecanismos de protección ya existentes, tanto en el plano universal como en el regional. También se examinarán los instrumentos de *soft law* relevantes en este ámbito.

En el marco de las Naciones Unidas han prevalecido interpretaciones de los tratados existentes con objeto de garantizar la protección de las personas de edad y se han creado órganos de control encargados de detectar las lagunas existentes en el ordenamiento jurídico internacional, proponer los mecanismos para colmarlas y supervisar el cumplimiento por parte de los Estados de las obligaciones en vigor. Aunque los instrumentos internacionales

de protección de derechos humanos incluyen a los mayores dentro de su ámbito de protección, prácticamente ninguno se refiere específicamente a este segmento de la población (Rodríguez Pinzón y Martín, 2003).

En el momento actual, solo la convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares se refiere a la edad como motivo de discriminación expresamente prohibido (artículo 7)²³. Adicionalmente, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad menciona la discriminación por edad en su preámbulo (apartado p), refiriéndose a la edad como una de las múltiples formas de discriminación que pueden sufrir las personas discapacitadas²⁴. Además, hay otras disposiciones de la Convención en las que se hace referencia a la edad (artículo 8.1.b); artículo 13.1; artículo 16, párrafos 2 y 4; Artículo 25.b); artículo 28.2.e)²⁵.

Como señala la alta comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (en adelante, ACNUDH), el hecho de que no se incluya expresamente la edad como causa de discriminación no es inocuo: «Cuando un tratado obliga a un Estado parte a prohibir la discriminación por motivos concretos es más probable que la discriminación por esos motivos se incluya de manera expresa en las leyes nacionales y que la prohibición se aplique en la práctica; en cambio, los motivos no especificados pueden soslayarse y recibir menos prioridad»²⁶.

En este trabajo veremos que también se ha actuado en el marco de organismos regionales como la Organización de Estados Americanos, la Unión Africana o el Consejo de Europa. En los dos primeros han llegado a adoptarse sendos acuerdos internacionales en la materia. Pero no solo las organizaciones internacionales se han comprometido con la protección de las personas de edad, sino que hay que subrayar también el compromiso de las organizaciones de la sociedad civil.

Los desafíos para las personas de edad tienen un carácter global con características diferenciadas según el área del planeta en que nos encontremos²⁷. Como hemos dicho, el edadismo es un problema global²⁸. En cualquier punto del planeta existe la necesidad de brindar una protección sólida, uniforme y sin lagunas a las personas de edad. El «Informe Mundial sobre edadismo», la Organización Mundial de la Salud (2021)²⁹ señala tres estrategias para combatirlo y una de ellas es la que incide en la política y en la legislación, incluyendo el desarrollo del derecho de los derechos humanos, que pueden inspirar, a su vez, buenas políticas.

En las secciones que siguen se va a analizar la protección que el ordenamiento jurídico internacional actual ofrece a las personas de edad. Nuestro objeto de estudio se ciñe al ordenamiento jurídico internacional, excluyendo los trabajos con vistas a la adopción de una convención internacional que son objeto de atención en otra de las contribuciones a este número especial. Comenzaremos por caracterizar la protección que se ha establecido en el ámbito universal (epígrafe 2) y, a continuación, examinaremos la articulada en el ámbito regional (epígrafe 3). Antes de formular las conclusiones, en el epígrafe 4 haremos referencia al *soft law* adoptado en este ámbito, que cumple un papel especialmente relevante. Se verá que, como ha puesto de relieve la ACNUDH, en un reciente informe, el ordenamien-

to jurídico internacional ofrece una protección fragmentada e inconsistente de los derechos humanos de las personas mayores en el Derecho y en la práctica³⁰.

2. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS DE EDAD EN EL ÁMBITO UNIVERSAL

Aunque es indudable que la adopción de una convención internacional de alcance universal sobre los derechos de las personas de edad contribuiría de manera evidente a mejorar la protección conferida por el Derecho internacional, esta opción no excluye ni exime de la necesidad de seguir avanzando en la mejora y reforzamiento de la protección ofrecida por los convenios e instrumentos internacionales ya en vigor³¹. En todo caso, el enfoque que debe prevalecer es que se centra en los derechos humanos, contemplando a las personas de edad como sujetos activos de esos derechos (Lewis, Purser y Mackie, 2020).

En el ámbito universal, la situación podría describirse sucintamente con dos ideas:

- i) Que existe la obligación de respetar los derechos de las personas de edad, aunque no se haya establecido expresamente en un convenio específico.
- ii) Que la protección conferida por los instrumentos existentes tiene lagunas que sería necesario colmar³².

Como ya hemos dicho, los instrumentos internacionales de alcance universal, vinculantes, relativos a la protección de los derechos humanos existentes en la actualidad no tienen como objetivo específico la protección de las personas de edad. Hasta el momento, las referencias que encontramos, en el ordenamiento jurídico internacional, a las personas de edad son dispersas, fragmentadas, pues la cuestión no ha sido abordada de manera sistemática (Mégret, 2011). Aun así, estas personas están amparadas por dichos instrumentos y así se ha interpretado reiteradamente. No obstante, la cuestión no es si los instrumentos existentes se aplican a las personas mayores, sino si en el marco de los mismos puede requerirse a los Estados para que adopten medidas que tengan en cuenta las particularidades que requiere la protección de los derechos de estas personas. Lo importante es, en definitiva, identificar y entender los tipos de lagunas que afectan al disfrute de los derechos humanos por las personas de edad para poder colmarlas³³.

La Organización Internacional del Trabajo fue pionera, adoptando la Recomendación N.º 162 sobre los trabajadores de edad, en 1980³⁴. Pero, si hay que destacar los organismos internacionales que más atención han prestado a los derechos de las personas de edad, es preciso mencionar al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité DESC, que en 1995 aprobó la Observación General N.º 6 sobre los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores, en 1995. En ella, el Comité estableció que, aunque ni en el Pacto ni en la Declaración Universal de Derechos Humanos se hace referencia explícita a la edad como uno de los factores de discriminación prohibidos, «este hecho no es decisivo puesto que la referencia a la discriminación basada en “cualquier otra condición social” podría interpretarse en el sentido de que comprende la edad». El Comité

DESC asume que, puesto que todavía no existe ninguna convención internacional universal relativa a los derechos de las personas de edad, su trabajo adquiere mayor relevancia como garante del cumplimiento por parte de los Estados parte de su obligación de prestar especial atención al fomento y protección de los derechos económicos, sociales y culturales de estas personas³⁵. Y señala que la omisión del Pacto «se explica probablemente por el hecho de que, cuando se adoptaron estos instrumentos, el problema del envejecimiento de la población no era tan evidente o urgente como en la actualidad»³⁶. La urgencia no ha hecho más que intensificarse, como hemos visto.

El Comité DESC apunta a que, en realidad, la prohibición de discriminación podría haber sido ya incorporada a una norma consuetudinaria porque «el carácter inaceptable de la discriminación contra las personas de edad se subraya en muchos documentos normativos internacionales y se confirma en la legislación de la gran mayoría de los Estados»³⁷. Aunque, por tanto, el alcance de la prohibición de discriminación de las personas de edad está por definir de manera definitiva,³⁸ lo cierto es que el Comité declaraba, ya en 1995, que hay pocas áreas en que la discriminación puede tolerarse, como la fijación de una edad obligatoria para la jubilación, y que hay una clara tendencia hacia la eliminación de las barreras para las personas mayores, concluyendo con un llamamiento a los Estados para que las eliminaran lo más pronto posible³⁹.

En 2010, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW) adoptó su recomendación general N.º 27 (2010) sobre las mujeres de edad⁴⁰. En ella se señalaba que «el efecto de las desigualdades de género a lo largo de la vida se agrava con la vejez». Y se denunciaba que «la discriminación que sufren las mujeres de edad con frecuencia es de carácter multidimensional, al sumarse la discriminación por motivo de edad a la discriminación por razón de género, origen étnico, discapacidad, grado de pobreza, orientación sexual e identidad de género, condición de migrante, estado civil y familiar, alfabetismo y otras circunstancias».⁴¹

En 2010, la Asamblea General de Naciones Unidas estableció el Grupo de trabajo de composición abierta sobre el envejecimiento con el propósito de reforzar la protección de los derechos humanos de las personas de edad, analizando las eventuales lagunas existentes y la posibilidad de adoptar nuevos instrumentos y medidas⁴². Mediante Resolución aprobada por la Asamblea General el 20 de diciembre de 2012, se decidió que el Grupo de trabajo examinase «propuestas relativas a un instrumento jurídico internacional para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas de edad» y solicitaba al Grupo de trabajo que le presentase lo antes posible una propuesta que contuviera «los principales elementos que debería reunir un instrumento jurídico internacional para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas de edad, que actualmente no se contemplan suficientemente en los mecanismos existentes y exigen, por tanto, una mayor protección internacional»⁴³.

En el marco del Consejo de Derechos Humanos, hay que destacar el papel de la experta independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad (en adelante, la experta independiente). Este cargo ha sido ocupado hasta el momento, por dos mujeres, y fue creado en 2013⁴⁴ con el mandato de sopesar y valorar la aplicación

de los instrumentos universales de derechos humanos en relación con el reconocimiento y garantía de derechos para este colectivo, así como para identificar buenas prácticas y denunciar las posibles deficiencias⁴⁵. La experta independiente también está mandatada para evaluar las implicaciones para los derechos humanos de la aplicación del Plan de Acción Internacional de Madrid, por lo que encarna un supuesto muy interesante de interacción entre instrumentos jurídicos vinculantes y meras recomendaciones⁴⁶. Hay que tener en cuenta que la experta independiente es un órgano de control, y su función es supervisar la aplicación del Derecho internacional, pero no establecer la responsabilidad internacional en caso de incumplimiento por parte de los Estados de sus obligaciones internacionales. No obstante, no hay que minusvalorar su relevancia, pues como la propia experta ha indicado, la creación de su mandato «constituyó un cambio de paradigma de una perspectiva del envejecimiento predominantemente económico y de desarrollo al imperativo de un enfoque basado en los derechos humanos»⁴⁷.

A la luz de todo lo dicho, se confirma que, como hemos señalado, la protección de los derechos humanos de las personas mayores está, en el momento actual, fragmentada. Y es insuficiente. Por ejemplo, como ha establecido la ACNUDH, «apenas se ha articulado un marco conceptual coherente y empírico dedicado a los derechos de las personas de edad desde la perspectiva de la interseccionalidad», por lo que no existe un análisis integral y comprensivo de las discriminaciones cruzadas o acumuladas que se ceban con las personas mayores⁴⁸. Esto —como ponía de relieve el Comité CEDAW— es particularmente grave en el caso de las mujeres de edad, que están más expuestas a esta acumulación de discriminaciones. Y si nos referimos al principio de igualdad de género en toda su extensión para abarcar los derechos de las personas LGTBI, la interseccionalidad también se considera un enfoque central. Así lo reconoce el experto independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación basada en la orientación sexual e identidad de género, Víctor Madrigal, que en su Informe de 2019 señala que la interseccionalidad es uno de los dos principios rectores que rigen su mandato y se refiere a la edad específicamente como un motivo de discriminación cruzada⁴⁹. Por otro lado, la relatora especial sobre los derechos de las personas con discapacidad ha denunciado que la Convención sobre la Protección de las Personas con Discapacidad, aunque como hemos visto, contempla la edad, no se ocupa suficientemente de los desafíos derivados de la intersección de ésta con la discapacidad⁵⁰.

En relación con las lagunas, también hay que tener en cuenta que existen realidades nuevas que hay que regular y que afectan de manera diferenciada a las personas de edad. La experta independiente sobre los derechos de las personas de edad ha llamado la atención sobre un vacío en el marco internacional, que hasta ahora no ha recogido ni regulado la obligación de facilitar el acceso de las personas de edad a las tecnologías de apoyo⁵¹. En un mundo en el que la robótica, la inteligencia artificial y las comunicaciones se están desarrollando a un ritmo vertiginoso, resulta llamativo que no se haya tratado este tema en profundidad en relación con las personas de edad.

En un Informe de 2021, la experta independiente ha declarado de manera tajante que «el marco jurídico actual no proporciona los medios ni la capacidad para resolver de mane-

ra sistemática las carencias existentes en la protección de los derechos humanos de las personas de edad. Los marcos internacionales y regionales vigentes no contienen obligaciones específicas y completas en relación con el derecho a la igualdad y la no discriminación en la vez, ni incluyen la edad como motivo prohibido de discriminación». La experta aboga por la adopción de «un instrumento jurídico global y vinculante dedicado a los derechos humanos de las personas de edad»⁵².

Pero en tanto no tengamos ese instrumento, e incluso una vez que esté en marcha, es también necesario que los mecanismos de protección de los derechos humanos existentes en el momento actual interioricen la exigencia, la urgencia —puesta de manifiesto por la pandemia— de mejorar las garantías de los derechos de las personas de edad. Como la alta comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha puesto de relieve, es cierto que este camino tiene sus limitaciones, entre las que destaca la falta de conocimiento especializado de los mecanismos existentes y la falta de tiempo y recursos para que puedan dedicarse con la intensidad que sería necesaria a esta parte concreta de sus respectivos mandatos. Manifiesta la alta comisionada que es probable que por este camino lleguen a impulsarse «cambios graduales, pero no el cambio de paradigma necesario para atender los derechos de las personas de edad de manera plena, continua y exhaustiva»⁵³.

Estamos muy de acuerdo con estas consideraciones, pero, en todo caso, nos parece que la adecuación de los mecanismos de protección existentes servirá para poner más de relieve, si cabe, la necesidad de la adopción de una convención universal específica. Probablemente, ni siquiera un convenio internacional puede, por sí solo, servir de catalizador para un cambio de paradigma, o al menos no de manera inmediata. Por ello, todo lo que se haya avanzado con las herramientas que tenemos a nuestra disposición ahora, hasta el momento en que podamos ser testigos de la adopción de esa futura convención, facilitará sin duda el proceso de transformación profunda en la sociedad, la economía, la política y las tradiciones y costumbres que necesitamos para garantizar plenamente los derechos de las personas de edad y erradicar el edadismo.

3. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS DE EDAD EN EL ÁMBITO REGIONAL

Los instrumentos regionales de protección presentan algunas ventajas claras: permiten ajustar su contenido a las necesidades particulares presentes en cada región y, en el caso de América, África y Europa, su aplicación podría verse reforzada mediante la intervención de los tribunales regionales de derechos humanos. En este apartado nos limitaremos a analizar la situación en estas tres regiones.

El primer acuerdo referido específicamente a la protección de las personas mayores desde la perspectiva de los derechos humanos fue la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, adoptada en junio de 2015, y que entró en vigor en enero de 2017⁵⁴. Es un acuerdo pionero y, por tanto, de

gran relevancia⁵⁵. La experta independiente ha señalado que esta Convención constituye un ejemplo de buena práctica que «podría servir de inspiración para otras regiones»⁵⁶.

Es de destacar, no obstante, que solo 8 de los 35 países miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) han ratificado este instrumento⁵⁷. Sin duda, para convertirse en un modelo de protección de referencia sería necesario y conveniente que recibiese un respaldo más sólido y claro por parte de los países americanos. Aun así, a pesar de este titubeante apoyo por parte de los Estados, el instrumento se convierte en un elemento de empoderamiento de la sociedad civil organizada que puede utilizarlo como palanca para presionar a sus gobiernos a fin de que manifiesten su consentimiento, aceptando las obligaciones que impone. En cualquier caso, no cabe duda de que este tratado y su entrada en vigor, independientemente del número de Estados que lo han ratificado, ha marcado el camino que puede conducir a la adopción de una convención internacional.

La Convención Interamericana contiene un catálogo extenso de derechos de las personas de edad (Montes de Oca, Paredes y Rodríguez, 2018). Establece un mecanismo de seguimiento integrado por la Conferencia de Estados Parte (artículo 34) y un Comité de Expertos (artículo 35), siendo este último un órgano de control con competencia para conocer de los informes periódicos que los Estados parte tienen la obligación de remitirle. El Comité no se ha creado, pues su constitución se ha previsto desde el momento en que se produzca la décima adhesión o ratificación de la Convención. Se establece (artículo 36) un sistema de peticiones individuales que se deben sustanciar ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. También se determina que en el momento de la ratificación o con posterioridad los Estados parte pueden reconocer la competencia de la Comisión Interamericana para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en la Convención. También es facultativo para los Estados parte el reconocimiento de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para conocer de los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha creado una Relatoría sobre los Derechos de las Personas Mayores⁵⁸. En abril de 2020 adoptó la Resolución 01/20 sobre pandemia y derechos humanos en la que se refería específicamente a los derechos de las personas mayores y recomendaba a los Estados que ratificasen la Convención⁵⁹.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido ocasión de pronunciarse sobre los derechos de las personas mayores. Por ejemplo, en el caso *Muelle Flores vs. Perú*, haciéndose eco de la Observación General N.º 6 del Comité DESC, subraya la importancia de que se garantice que las privatizaciones no socaven las pensiones de vejez, que tienen una importancia especial en la vida de una persona jubilada, considerando que esta garantía debe encuadrarse en las obligaciones que tienen los Estados de respetar los derechos económicos, sociales y culturales de las personas de edad⁶⁰. En este mismo asunto, la Corte llega a afirmar que «la ausencia de recursos económicos ocasionada por la falta de pago de las mesadas pensionales genera en una persona mayor directamente un menoscabo en su dignidad, pues en esta etapa de su vida la pensión constituye la principal fuente de recursos económicos para solventar sus necesidades primarias y elementales del ser humano»⁶¹.

Muy importante es también la sentencia de la Corte en el *caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, en la que declaró la responsabilidad internacional de Chile por no garantizar al demandante su derecho a la salud sin discriminación, teniendo en cuenta su situación de especial vulnerabilidad como persona adulta mayor, lo cual derivó en su muerte. En esta sentencia, la Corte se pronuncia por primera vez sobre los derechos de las personas mayores en materia de salud⁶², declarando que, en el caso de las personas adultas mayores, existe «una obligación reforzada de respeto y garantía de su derecho a la salud»⁶³. Es importante reseñar que, cuando define el *corpus iuris* internacional sobre el derecho a la salud, la Corte se refiere a la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos de las Personas Mayores, que Chile había ratificado en 2017, aunque no era aplicable al caso por razones de temporalidad⁶⁴.

Siguiendo la estela de la Convención Interamericana se encuentra el Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los derechos de las personas de edad en África⁶⁵, adoptado en Addis Abeba en enero de 2016, donde se pone de relieve la importancia de la conservación de los valores y prácticas tradicionales que deberían inspirar el modelo de asistencia y apoyo social y comunitario y en que el respeto por los mayores ocupa un lugar central. La adopción de este Protocolo fue impulsada, en el marco de la Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los pueblos, por el Grupo de trabajo sobre los derechos de las personas de edad y de las personas con discapacidad, que fue el que elaboró el borrador⁶⁶. El Protocolo africano, que consta de un catálogo más ajustado, se refiere específicamente a los desafíos más importantes que se dan en el continente, entre los que destacan las necesidades de los ancianos en situación de indigencia con niños a su cargo —huérfanos o en situación vulnerable— (artículo 12); de las personas de edad con discapacidad; la protección frente a prácticas tradicionales abusivas y dañinas, entre las que se citan expresamente las prácticas de brujería que atentan contra el bienestar, la salud, la vida y la dignidad de los acusados, que son especialmente mujeres de edad (artículo 8), y a las que el artículo 9 se refiere específicamente para garantizar su protección frente a la violencia, el abuso o la discriminación basada en el género; los abusos relacionados con el derecho a la propiedad —en particular, la propiedad de las tierras— y los derechos hereditarios.

Hay que señalar el escaso respaldo recibido por el Protocolo de parte de los Estados africanos. Hasta el momento, solo se contabilizan 6 ratificaciones, por lo que no se ha producido su entrada en vigor ni se prevé que lo haga pronto, pues se exigen para ello 15 manifestaciones del consentimiento por parte de los Estados miembros de la Unión Africana (artículo 26)⁶⁷.

El Protocolo africano reconoce la relevancia de las tradiciones, valores y prácticas del continente que se basan en el respeto a las personas ancianas (Kollapan, 2008), aunque se advierte que, ante el incremento en el número de personas mayores y de sus necesidades, los gobiernos deben verse impelidos a tomar medidas urgentes para atender esas necesidades y para reconocer la contribución que están haciendo para el cuidado de personas enfermas de SIDA y de sus huérfanos y del papel y de la aportación que hacen a la sociedad.

El Protocolo africano no crea ningún órgano específico de control, sino que se remite directamente a la Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, con mandato para resolver cualquier cuestión relativa a la interpretación y/o aplicación del Protocolo y con la competencia para trasladar cualquier disputa a la Corte Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos.

Puede destacarse que el Protocolo africano incluye un artículo referido a los deberes de las personas de edad (artículo 20): mentorizar y trasladar su conocimiento y experiencia a las generaciones más jóvenes; impulsar y facilitar el diálogo entre generaciones y la solidaridad en sus respectivas familias y comunidades; así como desempeñar un papel en la mediación y en la resolución de conflictos. Estos deberes se expresan enfatizando las funciones medulares y el papel central que desempeñan los mayores en sus familias y comunidades, por lo que nos parece una buena aproximación a su protección⁶⁸.

Por lo que respecta a Europa, no existe una convención específica, sino que —como ocurre en el plano universal— la protección está fragmentada. En el marco de la UE, el artículo 25 de la Carta de Derechos de la UE se dedica a los derechos de las personas mayores, estableciendo el derecho a llevar una vida independiente y a participar en la vida social y cultural. Previamente, en los puntos 24 y 25 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores había declarado, que «al llegar a la jubilación todo trabajador de la Comunidad Europea debe poder disfrutar de recursos que le garanticen un nivel de vida digno» y que las personas que hubiesen llegado a la jubilación y no tuvieran pensión ni otros medios de subsistencia deben poder disfrutar «de recursos suficientes y una asistencia social y médica adaptadas a sus necesidades específicas».

En el marco del Consejo de Europa, la Carta Social Europea (revisada) dispone lo siguiente en su artículo 23: «Toda persona de edad avanzada tiene derecho a protección social»⁶⁹. Y podemos citar una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que demuestra en gran medida la escasa sensibilidad hacia la discriminación por razón de edad. Se trata del caso *Carvalho Pinto de Sousa Morais vs. Portugal* (Sentencia de 25 de julio de 2017)⁷⁰. En este caso, la demandante sostenía que una decisión del Tribunal Supremo Administrativo portugués por la que se había reducido el montante de la indemnización que se le había otorgado, había supuesto una discriminación por razón de sexo y de edad que vulneraba los artículos 14 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La demandante había sido operada de las glándulas de bartolino, habiendo sufrido un daño en un nervio en el transcurso de la operación, lo que le había causado graves secuelas, incluyendo la incontinencia urinaria y fecal, así como importantes limitaciones en su vida sexual. En la decisión controvertida, el Tribunal Supremo Administrativo portugués había esgrimido este argumento para reducir el montante de la indemnización otorgado en primera instancia: «[...] no debemos olvidar que, en el momento en que se produjo la cirugía, la demandante tenía 50 años y había tenido dos hijos, es decir, tenía una edad en la que el sexo no es tan importante como en la juventud, pues su importancia disminuye con la edad». La demandante logró demostrar que, en otros pronunciamientos de los tribunales portugueses, se había entendido como un daño central y muy relevante la pérdida de la capacidad para disfrutar una vida sexual plena en el caso de hombres mayores de 50 años.

El TEDH consideró en su Sentencia que en este caso sí se había producido una violación de los artículos 14 y 8 del Convenio Europeo, pero basó prácticamente toda su argumentación en la cuestión de la discriminación por razón de género. El TEDH consideró que las consideraciones realizadas por el Tribunal Supremo portugués mostraban los prejuicios prevalentes entre los jueces portugueses, así como su sexismo (párrafo 54). En su voto particular, los jueces Ravarani y Bosnjak disienten de la decisión mayoritaria y hacen hincapié en que el TEDH no había examinado suficientemente la cuestión de la discriminación por edad. En nuestra opinión, lo que falta en la sentencia Carvalho es, desde luego, un enfoque interseccional, que habría puesto de relieve que la demandante estaba sufriendo discriminaciones acumuladas, entre las que se encontraba también una discriminación por razón de edad, derivada de la aplicación por parte del tribunal portugués de estereotipos referidos a las mujeres de edad más avanzada y a la importancia que para ellas puede tener el poder llevar una vida sexual activa (Mantovani, Spanier y Doron, 2018).

4. LA RELEVANCIA DEL *SOFT LAW*

La relevancia del *soft law* en los procesos generadores de normas internacionales está fuera de toda duda. Los instrumentos de *soft law* pueden catalizar el consenso global y preparar el terreno para la adopción de una convención internacional. Y la influencia del Derecho blando puede desplegarse también en el marco del proceso consuetudinario y por tanto, vincularse a la generación de costumbres internacionales. En este contexto, el *soft law* puede inspirar y desencadenar una práctica uniforme, generalizada y continuada de los Estados y puede, incluso, constituir una prueba de la *opinio iuris* —los dos elementos constitutivos de las normas consuetudinarias internacionales—. El profesor A. Cançado Trindade ha dedicado su obra a tratar de impulsar una visión más humana del derecho internacional, incluyendo un enfoque modernizador de las costumbres internacionales, relegando el papel de la práctica estatal en el proceso consuetudinario y sosteniendo que la costumbre internacional deriva principalmente de la *opinio iuris communis* de todos los sujetos de Derecho internacional, entre los que incluye a los seres humanos, a los pueblos y a la humanidad en su conjunto (Cançado Trindade, 2005: 336). Aunque es verdad que el peso de la *opinio iuris* en el proceso de creación de la costumbre se ha ido expandiendo⁷¹, no podemos ignorar que la práctica estatal es un componente todavía esencial de ese proceso. Además, la *opinio iuris* sigue derivando fundamentalmente de la conciencia de los Estados.

Ahora bien, esto no quiere decir que no haya espacio para la participación de actores no estatales en el proceso de creación y transformación de las normas internacionales. La participación de las organizaciones de la sociedad civil y su implicación, así como la existencia de instrumentos de *soft law* constituyen un elemento central en el proceso de generación de la norma y, a resultas de ello, la norma resultante —consuetudinaria o convencional— estará más protegida frente a futuras transformaciones de carácter regresivo. En otras palabras, a los Estados les resultará más difícil dar marcha atrás en los niveles de protección

una vez que los valores protegidos por la norma han sido interiorizados por la comunidad internacional en su conjunto.

En relación con la protección de las personas de edad, se han ido adoptando instrumentos de *soft law* de alcance universal y regional, lo que, junto a las campañas de las organizaciones de la sociedad civil, van conformando ese consenso global en torno a la necesidad de una convención específica y a la urgencia de perfeccionar los mecanismos de protección existentes.

Entre los instrumentos de *soft law* de alcance universal, hay que mencionar los que han sido adoptados en el marco de las dos Asambleas Mundiales sobre el Envejecimiento. En la convocada por la Asamblea General de Naciones Unidas en Viena, de 1982, se adoptó el Plan Internacional de Acción de Viena⁷². Posteriormente, en la segunda Asamblea Mundial, celebrada en 2002, se adoptaron la Declaración Política y el Plan de Acción Internacional sobre envejecimiento de Madrid. Estas Asambleas y los documentos adoptados en las mismas marcaron el rumbo a la hora de abordar el envejecimiento con un enfoque diferente al que ha inspirado la adopción de los instrumentos regionales vinculantes a los que nos hemos referido en el epígrafe anterior y que, sin duda, allana el camino hacia un futuro tratado multilateral de alcance global sobre la materia. Los documentos de Madrid marcaban como orientaciones prioritarias la conexión de las personas de edad y el desarrollo, el fomento de la salud y el bienestar, así como la creación de un entorno propicio y favorable. En 2010, en su Resolución sobre el seguimiento de la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, la Asamblea General de Naciones Unidas decidió establecer un Grupo de Trabajo de Composición Abierta para aumentar la protección de los derechos humanos de las personas de edad⁷³. Y es en el marco de este grupo, en el que se están desarrollando los trabajos preparatorios para una eventual adopción de un tratado internacional sobre los derechos y la dignidad de las personas de edad. Por tanto, en lo que concierne al desarrollo del derecho internacional en este ámbito, la importancia de la Declaración y Plan de Acción de Madrid está fuera de toda duda.

En cuanto a otros instrumentos de *soft law* relevantes, debemos referenciar aquí los Principios de Naciones Unidas en favor de las personas de edad (Resolución de la Asamblea General 46/91 de 16 de diciembre de 1991), a los que ya nos hemos referido⁷⁴. Y entre las resoluciones más recientes adoptadas por la Asamblea General podemos citar la Resolución 70/164, de 2015, sobre medidas para mejorar la promoción y protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas de edad (A/RES/70/164) y la Resolución 24/20, de 27 de septiembre de 2013, sobre los derechos humanos de las personas de edad⁷⁵.

Entre Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030, el tercero establece el compromiso de garantizar una vida sana y de promover el bienestar de todos a todas las edades⁷⁶. A su vez, la entonces alta comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos —Navanethem Pillay— elaboró en 2012 unos estándares normativos sobre Derecho internacional de los derechos humanos relativos a las personas mayores. Más recientemente, la Organización Mundial de la Salud ha lanzado, por encargo de la Asamblea General de Naciones Unidas, la década para un envejecimiento saludable 2021-2030, basada en la creación de ambientes favorables a la edad, el combate contra el edadismo,

el cuidado integrado y el cuidado a largo plazo y donde se hace un llamamiento a la generación de respuestas en las que estén involucrados toda la sociedad y todo el gobierno (*whole-of-government* y *whole-of-society*)⁷⁷.

Además, hay instrumentos de *soft law* regionales. En Europa destaca la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la promoción de los derechos humanos de las personas de edad, adoptada en 2014, que recoge un listado de buenas prácticas⁷⁸, así como la Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre los Derechos Humanos de las Personas de Edad y su Cuidado, de mayo de 2017, que hace un llamamiento al Comité de Ministros para que considere la necesidad de adoptar un instrumento vinculante en este ámbito (Resolución 2168 (2017)).

Resulta especialmente interesante examinar algunos ejemplos de interacción entre el *soft law* y el *hard law* que se han dado en relación con la protección de los derechos humanos de las personas de edad. Puede, el Derecho blando, servir como parámetro interpretativo del Derecho duro. Así, los Principios reconocidos en 1991, se corresponden con derechos recogidos en el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos, y así es constatado por el propio Comité DESC, que los utiliza para interpretar las obligaciones de los Estados⁷⁹. Ese mismo Comité se refiere a los 8 objetivos mundiales para 2001 aprobados por la Asamblea General en 1992 como instrumentos que sirven para «reforzar las obligaciones de los Estados parte en el Pacto»⁸⁰.

Asimismo, puede llegar a incluirse el contenido del *soft law* en los instrumentos vinculantes. Así ha ocurrido en el ámbito regional donde los Principios de Naciones Unidas han inspirado claramente el contenido de los tratados. El artículo 2 del Protocolo africano señala la obligación de los Estados parte de incorporar los Principios a sus respectivos ordenamientos jurídicos. También se recogen, detallan y amplían esos mismos principios en la Convención Interamericana (artículo 3).

Desde el *soft law* pueden igualmente impulsarse los procesos generadores de normas, por ejemplo, convocando a los Estados para que adopten un tratado internacional, en el caso de las normas convencionales. En el contexto africano, cabe mencionar la Recomendación (1)a dentro del párrafo 4.1. del Marco Político y Plan de Acción de la Unión Africana (2002), en que se hace un llamamiento a la adopción de un Protocolo adicional a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. El mismo llamamiento se recogía en la Declaración de Derechos Humanos de Kigali (2003).

En el caso africano, el paso solicitado desde instrumentos de *soft law* se ha dado ya. Todavía no es el caso en el plano universal, aunque los trabajos ya mencionados en el seno del Grupo de trabajo de composición abierta pueden dar sus frutos próximamente.

5. REFLEXIONES FINALES

A falta de una convención internacional específica de alcance universal sobre los derechos de las personas de edad —instrumento que habría que adoptar lo más pronto posi-

ble—, podemos y debemos seguir insistiendo en la necesidad de mejorar los mecanismos existentes en el ámbito internacional para la protección de los derechos humanos de las personas de edad.

Las personas de edad gozan de los mismos derechos que cualquier otra persona, pero lo cierto es que se encuentran con dificultades propias para implementar o beneficiarse de esos derechos, y afrontan problemas específicos que también pueden abordarse desde una perspectiva de derechos humanos, por ejemplo, el acceso a las nuevas tecnologías.

La pandemia nos ha mostrado con toda crudeza las limitaciones y lagunas de los instrumentos de protección existentes. En todos los países del mundo, esas deficiencias se han traducido en decenas de miles de muertes de personas mayores en soledad. No cabe duda de que las personas de edad están incluidas en el ámbito de protección de los mecanismos en vigor, pero no se establecen garantías particulares para asegurar que los derechos de las personas mayores sean respetados. Hemos visto que el abandono y el maltrato de las personas mayores no son excepcionales, sino que han sido calificados por la OMS como un problema de «salud pública» que evidencia el edadismo presente en nuestras sociedades.

Aunque el reforzamiento de los instrumentos en vigor no sea suficiente para propiciar un cambio de paradigma, sí puede preparar el terreno para la adopción de una futura convención, además de poner en marcha mejoras concretas en beneficio de las personas de edad. Para ello, hay que dotar de recursos materiales y humanos suficientes a los órganos de control existentes para que puedan poner el foco en la situación de los mayores y para que puedan supervisar con eficacia la actuación de los Estados, así como establecer esas mejoras tan necesarias. En el plano regional, hay que presionar a los Estados para que ratifiquen las convenciones regionales que han sido adoptadas —o para que las adopten, como en Europa—. Las organizaciones de la sociedad civil pueden seguir impulsando y promoviendo adaptaciones del Derecho internacional y exigiendo a los Estados que avancen en el camino de la protección de las personas mayores, utilizando también el *soft law* como palanca.

El reforzamiento del Derecho internacional de los derechos humanos, en relación con la protección de las personas de edad, será una buena noticia no solo para estas, sino también para todas las que lleguen a serlo y, en última instancia, para el ordenamiento jurídico internacional en su conjunto.

NOTAS

1. Nota informativa de la OMS, publicada el 13 de junio de este año. Disponible en: <Maltrato de las personas mayores (who.int)>.

2. A/75/205, Informe de la experta independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad, Claudia Mahler, (en adelante, la experta independiente), «Impacto de la enfermedad por el coronavirus (COVID-19) en el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad», de 21 de julio de 2020.

3. *Vid.* el Informe de la experta independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad sobre el impacto del coronavirus en los derechos humanos de las personas de edad: A/75/205, de 22 de julio de 2020. Disponible en: <<https://www.ohchr.org/en/documents/thematic-reports/impact-coronavirus-disease-covid-19-enjoyment-all-human-rights-older>>.

4. A/75/205, párrafo 36, El papa Francisco ha subrayado que no es la primera vez que ha sucedido esto: «Vimos lo que sucedió con las personas mayores en algunos lugares del mundo a causa del coronavirus. No tenían que morir así. Pero en realidad algo semejante ya había ocurrida a causa de olas de calor y otras circunstancias: han sido cruelmente descartados» (Francesco, Carta Encíclica *Fratelli tutti. Sobre la fraternidad y la amistad social*, 2020, 19).

5. Sobre la importancia de la autonomía, *vid.* el Informe de la experta independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad, Rosa Kornfeld-Matte, A/HRC/30/43, 2015, párrafos 13 ss.

6. Disponible en: <Radiografía de la COVID-19 en las residencias de ancianos (rtve.es)>.

7. *Vid.* el Informe de Amnistía Internacional, de 4 de diciembre de 2020, «Abandonadas a su suerte. La desprotección y discriminación de las personas mayores en residencias durante la pandemia COVID 19 en España», Además, son muy numerosas las denuncias de familiares y usuarios por el maltrato de los usuarios, en residencias de todo el país. A título ilustrativo, pueden consultarse los siguientes documentos: <Duras imágenes muestran «maltrato permanente» a ancianos en una residencia de Pazos de Borbén, denuncia Vellez Digna (galiciapress.es)>; <Investigan por maltrato a los responsables de la mayor residencia de ancianos de Canarias tras un brote de coronavirus | España (elmundo.es)>; <Las trabajadoras confirman el trato degradante a los ancianos en las residencias de Sevilla investigadas (abc.es)>., y <UNA DENUNCIA EVIDENCIA EL MALTRATO A LAS PERSONAS MAYORES EN LA RESIDENCIA DE ANCIANOS (avocesdecarabanchel.es)>.

8. El texto completo de las Recomendaciones en la página web del Defensor del Pueblo está disponible en: <Residencias de mayores, atención sanitaria e información emergencia Covid-19 | Defensor del Pueblo>.

9. Según Camps, lo que se vivió en las residencias, con el aislamiento extremo de los mayores, hizo evidente «la negligencia y la desidia por parte de todos, y en especial de las administraciones, que tuvieron que improvisar ante una situación tan lamentable, tomando la vía más sencilla: aislar a los de mayor riesgo. Se evidenció, dicho de otra forma, el descuido y la falta de cuidado de unos y otros». Y subraya que «la ética del cuidado exige flexibilidad, adaptación a los contextos, actuación desde circunstancias que no son iguales, aunque se parezcan» (Camps, 2021: 647 y 654)

10. A/RES/46/91, 1991. Disponible en: <NR058845.pdf (un.org)>.

11. United Nations, «Policy brief: the impact of COVID-19 on older persons», May 2020.

12. Informe del secretario general de Naciones Unidas, «Follow-up to the Second World Assembly on Ageing», Nueva York: Asamblea General de las Naciones Unidas, 64 Sesión, 2009.

13. E/1996/22, párrafos 1 y 2.

14. United Nations, Department of Economic and Social Affairs, «World Population Ageing 2019». Disponible en: <<https://www.un.org/en/development/desa/population/publication%20s/pdf/ageing/WorldPopulationAgeing2019-Report.pdf>>; y Comisión Europea, «The demographic future of Europe —from challenge and opportunity», de 12 octubre de 2006, donde se destaca que el envejecimiento demográfico es uno de los desafíos más importantes que tienen que afrontar los Estados miembros.

15. *Vid.*, por ejemplo, el documento: «Fortaleciendo los Derechos Humanos de las Personas de Edad. Hacia una Convención de las Naciones Unidas», p. 3. Disponible en: <http://www.inpea.net/images/Strengthening_Rights_Spanish_fullsize.pdf>. Este documento es el resultado de la colaboración de numerosas organizaciones, entre ellas HelpAge International, INPEA, IFA o IAGG.

16. United Nations, Department of Economic and Social Affairs, «World Population Ageing», cit. *supra*, p. 2. *Vid.*, asimismo, United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division, Population Facts, Nº 2014/4, «Population ageing and sustainable development». Disponible en: <http://www.un.org/en/development/desa/population/publications/pdf/popfacts/PopFacts_2014-4Rev1.pdf>. A/HRC/33/44, párrafo 19. La Asamblea General de la ONU, en el preámbulo de su Resolución A/RES/70/164, señalaba que entre 2015 y 2030, el número de personas de 60 años o más en el mundo crecerá un 56 %, de 901 millones a 1400 millones.

17. United Nations, Department of Economic and Social Affairs, «World Population Ageing» (cit., *supra*, p. 2). Anteriormente, en un Informe de la alta comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, se había vaticinado que el ritmo mayor de envejecimiento se registraría en África, donde se pasaría del 5 % actual al 11 % en 2050, y se señalaba que Europa es ya el continente más envejecido y que alcanzaría un 34 % de personas mayores en 2050. Informe de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, E/2012/51, 2012

18. Informe de la alta comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, E/2012/51, 2012.

19. Informe mundial sobre el edadismo, de la OMS, «Global Report on Ageism» (2021). El texto sostiene que, a nivel mundial, una de cada dos personas son edadistas contra las personas mayores.

20. A/HRC/49/70, párrafo 5. De Beauvoir (1983) ya consideró la vejez como una «construcción social», pero que tenía también una dimensión personal. En el preámbulo de su ensayo sobre la vejez, la autora escribe: «La vejez solo puede ser entendida en su totalidad; no es solo un hecho biológico, sino un hecho cultural».

21. Al mismo tiempo, debe garantizarse también la necesaria protección y cuidado cuando estas personas requieran asistencia. *Active Ageing: a policy framework*. Ginebra: OMS, 2002, p. 12. Disponible en: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/67215/WHO_NMH_NPH_02.8.pdf?sequence=1&isAllowed=y. En este documento (p. 6) se presenta el envejecimiento de la población no solo como un desafío, sino también como un triunfo de la humanidad, un matiz que conviene no perder de vista.

22. A/RES/75/131.

23. El presidente del Comité de Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares ha hecho llamamientos a los Estados parte a que integren a los trabajadores migratorios en los planes y políticas nacionales de prevención y respuesta ante la pandemia de COVID-19, incorporando una perspectiva de edad. Informe del Comité, en su 32 período de sesiones, abril de 2021, A/76/48 (párrafo 44).

24. La intersección entre edad y discapacidad es fundamental: A/74/186, 17 de julio de 2019, Informe de la relatora especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, Catalina Devandas-Aguilar, en que se estudia la situación de las personas mayores con discapacidad. Según la relatora, esta intersección resulta en formas de discriminación agravadas y en violaciones específicas de los derechos humanos derivadas del desempoderamiento, la denegación de autonomía, la marginación, la exclusión, la pobreza y el abuso, (párrafo 8).

25. El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en sus Observaciones Generales N.º 6 (al artículo 5, sobre igualdad y no discriminación), párrafos 21, 33, 34 o 51, y N.º 7 (a los artículos

4.3 y 33.3 sobre participación de las personas con discapacidad), párrafos 11.e); 50; 78; 87; 94g), ambas de 2018, invitan a los Estados a tomar en consideración la situación particular de las personas de edad.

26. A/HCR/49/70, párrafo 26.

27. Se ha señalado que puede cuestionarse si realmente la situación de vulnerabilidad de las personas de edad se da globalmente o si es un corolario de la revolución industrial y del proceso de desarrollo que se ha extendido en el Norte Global que —por tanto— no tendría necesariamente su correspondencia en otros contextos culturales (Doron, 2010: 587). El autor se inclina por la tesis de que se trata de un desafío global.

28. *Vid.* el informe sobre edadismo de la experta independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad: A/HRCE/48/53, que define el edadismo como «el conjunto de estereotipos, prejuicios y acciones o prácticas discriminatorias contra las personas mayores que están basados en la edad cronológica o en la percepción de que son “viejas” o “ancianas”». también: World Health Organization (WHO), «Global Report on Ageism» (2021); Nelson (2005: 201-221); y Ayalon y Tesch-Römer (2018).

29. Disponible en: <Informe mundial sobre el edadismo (who.int)>.

30. Informe de la alta comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos: «Normative Standards and obligations under international law in relation to the promotion and protection of the human rights of older persons», 2022, A/HRC/49/70. Disponible en: <HRC-report-NormativeStandards&Obligations_OP_rights-Jan22.pdf (age-platform.eu)>.

31. A este extremo se refiere la ACNUDH, A/HCR/49/70, párrafos 51 ss., bajo el epígrafe «Hacia el máximo aprovechamiento de las posibilidades que ofrecen los mecanismos de derechos humanos existentes».

32. El Grupo de Trabajo de Composición Abierta sobre el Envejecimiento ha denunciado que los mecanismos internacionales para garantizar los derechos de las personas mayores tienen lagunas y deficiencias, A/AC.278/2015/2, p. 2. La experta independiente sobre los derechos de las personas de edad también ha solicitado que se refuercen los derechos humanos de las personas de edad, proponiendo varias alternativas para ello, A/HRC/33/44 (párrafo 125).

33. A/HRC/49/70, «Criterios normativos y obligaciones en virtud del derecho internacional respecto de la promoción y la protección de los derechos humanos de las personas de edad» (párrafo 19).

34. Disponible en: <https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:P12100_ILO_CODE:R162>.

35. Observación General N.º 6 (1995), E/1996/22. «Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores» (párrafo 13).

36. *Ibidem*: párrafo 11.

37. *Ibidem*: párrafo 12.

38. *Ídem*.

39. En este momento, y una vez superada la fase más grave de la pandemia de COVID-19, el Comité DESC se ha planteado la necesidad de actualizar de la Observación General N.º 6. Comité DESC, 69 Sesión, 15 de febrero de 2021. Disponible en: <Committee on Economic, Social and Cultural Rights opens remote sixty-ninth session | OHCHR>. La alta comisionada para los Derechos Humanos ya señalaba en

su Informe de 2022 que el contenido de esta Observación es tributario de la mentalidad de la época y que incluye referencias que ya han quedado anticuadas (A/HRC/49/70, párrafo 32).

40. CEDAW/C/GC/27. Previamente en la Recomendación General N.º 25, también había reconocido que «la edad es uno de los motivos por los que la mujer puede sufrir múltiples formas de discriminación».

41. Párrafos 11 y 12. Los demás Comités encargados de supervisar la aplicación de tratados de derechos humanos solo han hecho referencias aisladas a la situación de las personas mayores (A/HCR/49/70, párrafos 33-36).

42. A/RES/65/182.

43. A/RES/67/139.

44. A/HRC/24/L.37/Rev.1, de 25 de septiembre de 2013.

45. Consejo de Derechos Humanos, Informe de la experta independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad (A/HRC/33/44, de 8 de julio de 2016).

46. A/HRC/RES/24/20 (párrafo 5 f).

47. A/HRC/33/44.

48. A/HCHR/45/70 (párrafo 27). La Observación N.º 27 del Comité CEDAW señala que «las múltiples formas de discriminación a que se enfrentan las mujeres a medida que van envejeciendo». CEDAW/C/CG/27 (párrafo 9). En los párrafos 11 a 13 se describe cómo la discriminación de las mujeres mayores tiene más probabilidades de ser multidimensional.

49. A/74/181, de 17 de julio de 2019, párrafo 4. En los párrafos 46 y 49 analiza con más detalle la situación de las personas mayores LGTBI, de las que sostiene que se ha constatado su aislamiento social y soledad. En otro Informe, el experto independiente ha puesto de manifiesto que las personas LGTBI mayores han visto exarcebado el riesgo de violencia en el contexto de la pandemia («Impact of COVID-19 on LTTB persons, Key findings», 2020). Disponible en: <<https://www.ohchr.org/sites/default/files/Summary-of-Key-Findings-COVID-19-Report-ESP.pdf>>.

50. A/74/186 (párrafo 12).

51. A/HRC/36/48, 2017.

52. A/HRC/48/53 (párrafo 95).

53. A/HCR/49/70 (párrafo 53).

54. El Convenio solo exigía dos instrumentos de ratificación (artículo 37).

55. La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sí hacía referencia a la necesidad de adoptar medidas especiales de protección en el caso de las personas de edad, para satisfacer sus necesidades físicas y morales (artículo 18(4)), pero no es un instrumento específicamente orientado a proteger a este grupo de población. Igualmente, en el artículo 22 del Protocolo sobre los Derechos de las Mujeres en África se establecen medidas especiales de protección para las mujeres de edad. Asimismo, el artículo 23 de la Carta Social Europea revisada (1996) se refiere al derecho de las personas de edad a la protección social.

56. A/HRC/33/44 (párrafo 22).

57. Argentina, Bolivia, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Perú y Uruguay. Brasil lo ha firmado, pero todavía no lo ha ratificado. Disponible en: <OEA:: SAJ:: Departamento de Derecho Internacional:: Tratados Multilaterales Interamericanos (oas.org)>.

58. Esta relatoría temática fue creada en 2019. En la actualidad está ocupada por la comisionada Margarette May Macaulay. OEA:: CIDH:: Relatoría sobre los Derechos de las Personas Mayores:: Relatora (oas.org)

59. Disponible en: <Resolucion-1-20-es.pdf (oas.org)>.

60. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Muelle Flores vs. Perú*, Sentencia de 6 de marzo de 2019 (párrafo 197).

61. *Ibidem*: párrafo 205.

62. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*, sentencia de 8 de marzo de 2018. En esta sentencia (párrafo 122), la Corte señala que la Convención Interamericana de Derechos Humanos también prohíbe la discriminación por razones de edad, aunque no esté expresamente establecida como una causa de discriminación prohibida. En los párrafos 125 ss., la Corte se ocupa específicamente del derecho a la salud de las personas mayores.

63. *Ibidem*: párrafo 132.

64. *Ibidem*: párrafo 114.

65. Disponible en: <https://au.int/sites/default/files/pages/32900-file-protocol_on_the_rights_of_older_persons_e.pdf>.

66. Puede encontrarse información sobre este grupo de trabajo en la página web de la Comisión Africana. Disponible en: <African Commission on Human and Peoples' Rights Specialmechanisms (achpr.org)>.

67. 6 ratificaciones de 55 posibles. El estado de las ratificaciones está disponible en: <36438-sl-PROTOCOL_TO_THE_AFRICAN_CHARTER_ON_HUMAN_AND_PEOPLES_RIGHTS_ON_THE_RIGHTS_OF_OLDER_PERSONS.pdf (au.int)>.

68. En el ámbito europeo, el artículo 10 de la Carta Europea sobre los derechos y responsabilidades de las personas de edad necesidades de cuidados a largo plazo (2010) enumera una serie de «responsabilidades»: respetar los derechos y las necesidades de las personas que comparten su ambiente y respetar los intereses generales de la comunidad en la que viven; respetar los derechos de los cuidadores a ser tratados con respeto y civismo; planear el futuro y responsabilizarse del impacto de sus acciones o inacciones sobre cuidadores y familiares, lo que incluye: nombrar un albacea o representante; dejar instrucciones detalladas sobre posibles tratamientos médicos por ejemplo; resolver los asuntos financieros y relativos a las propiedades; informar a las autoridades o a otras personas sobre cualquier situación de abuso o maltrato. El enfoque es, pues, totalmente diferente. En este listado de responsabilidades, no se visibiliza el papel que corresponde a las personas de edad en la sociedad.

69. Carta Social Europea (revisada), 1996. Disponible en: <desmettre (coe.int)>.

70. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 17484/15.

71. En línea con aquellos que defienden la modernización del proceso consuetudinario se manifiesta Roberts (2001: 757-791).

72. «Informe de la Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento», Viena, 26 de julio a 6 de agosto de 1982.

73. A/RES/65/182 (párrafo 28).

74. Los principios recogidos en la Resolución son cinco: Independencia, Participación, Cuidados, Autorrealización y Dignidad. Sobre la dignidad de las personas mayores como una construcción multidimensional.

mensajonal que abarca el autorespeto, el reconocimiento social, la independencia y la privacidad, *vid.* Banerjee, Rabheru, de Mendoza y Ivbijaro (2021: 1000-1008).

75. Adoptado con ocasión de la Segunda Asamblea Mundial de Naciones Unidas sobre el envejecimiento. Disponible en: <<https://social.un.org/ageing-working-group/documents/mipaa-sp.pdf>>. Refrendado por la Asamblea General en la Resolución 57/167, de 18 de diciembre de 2002.

76. Adicionalmente, y según manifiesta la experta independiente (A/HRC/33/44, párrafo 24), «las personas de edad están incluidas de forma directa o indirecta en 15 de los 17 objetivos».

77. Disponible en: <UN Decade of Healthy Ageing (who.int)>.

78. Recomendación CM/Rec (2014) 2 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre la promoción de los derechos humanos de las personas de edad (adoptado por el Comité el 19 de febrero de 2014). Entre las buenas prácticas se recoge una de nuestro país: la creación del Consejo Estatal de las Personas Mayores en lo relativo a la participación. Disponible en: <https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805c649f>.

79. Observación General N.º 9, E/1996/22 (párrafos 4 y 5).

80. *Ibidem*: párrafo 6.

BIBLIOGRAFÍA

AYALON, Liat y Clemens TESCH-RÖMER (eds.) (2018): *Contemporary Perspectives on Ageism*, Londres: Springer.

CANÇADO TRINDADE, Antonio A. (2005): *International Law for Humankind: towards a New Ius Gentium*, Leiden: Brill- Nijhoff.

BANERJEE, Debanjan, Kiran RABHERU, Carlos A. DE MENDOZA y Gabriel IVBIJARO (2021): «The role of dignity in mental healthcare: Impact of ageism and human rights of older persons», *The American Journal of Geriatric Psychiatry*, 29(10), 1000-1008.

BRIDGET, Lewis, Kelly PURSER y Kirsty MACKIE (2020): *The Human Rights of Older Persons. A Human Rights-Based Approach to Elder Law*, Singapur: Springer.

CAMPS, Victoria (2021): *Tiempo de Cuidados*, Madrid: Arpa.

DE BEAUVOIR, Simone (1983): *La Vejez*, Barcelona: Edhasa.

DE HERT, Paul y Eugenio MANTOVANI (2011): «Specific Human Rights for Older Persons? The inevitable colouring of Human Rights Law», *European Human Rights Law Review*, 4, 398-418.

DORON, Israel (2010): «The Debate Around the Need for an International Convention on the Rights of Older Persons», *The Gerontologist*, 50(5), 586-593.

Francesco, Papa (2020): «Carta Encíclica. Fratelli tutti. Sobre la fraternidad y la amistad social» [en línea], <<https://www.vatican.va/content/francesco/es/events/event.dir.html/content/vaticanevents/es/2020/10/4/enciclica-fratellitutti.html>>. [Consulta: 14/11/2022.]

JUDGE, Lindsay (2008): «The Rights of Older People: International Law, Human Rights Mechanisms and the Case for New Normative Standards» [en línea], <<http://globalag.igc.org/elderrights/world/2008/internationallaw.pdf>>. [Consulta: 14/11/2022.]

KESBY, Alison (2017): «Narratives of Aging and the Human Rights of Older Persons», *Human Rights Review*, 18, 371-393.

KOLLAPAN, Jody (2008): «The Rights of Older People-African Perspectives» [en línea], <<http://globalag.igc.org/elderrights/world/2008/africa.pdf>>. [Consulta: 14/11/2022.]

- MANTOVANI, Eugenio, Benny SPANIER y Israel DORON (2018): «Ageism, Human Rights and the European Court of Human Rights: A critical analysis of the *Carvalho vs. Portugal* Case», *DePaul Journal for Social Justice*, 11(2), 1-14.
- MÉGRET, Frédéric (2011): «The Human Rights of Older Persons: A Growing Challenge», *Human Rights Law Review*, 11(1), 37-66.
- MONTES DE OCA, Verónica, Mariana PAREDES y Vicente RODRÍGUEZ (2018): «Older Persons and Human Rights in Latin America and the Caribbean», *International Journal on Ageing in Developing Countries*, 2(2), 149-164.
- NELSON, Todd D. (2005): «Ageism: prejudice against our feared future self», *Journal of Social Issues*, 61(2), 207-221.
- ROBERTS, Anthea (2001): «Traditional and Modern Approaches to Customary International Law», *American Journal of International Law*, 95, 757-791.
- RODRÍGUEZ PINZÓN, Diego y Claudia MARTÍN (2003): «The International Human Rights Status of Elderly Persons», *American University International Law Review*, 18(4), 915-1008.
- TANG, Kwong-Leung y Jik-Joen LEE (2006): «Global Social Justice for Older People: The case for an International Convention on the Rights of Older People», *The British Journal of Social Work*, 36(7), 1135-1150.
- TRONTO, Joan (2013): *Caring Democracy: Markets, Equality and Justice*, Nueva York: New York University Press.

Fecha de recepción: 1 de septiembre de 2022.

Fecha de aceptación: 24 de octubre de 2022.

¿ES NECESARIA UNA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS DE EDAD? NOTAS SOBRE UN DEBATE ACTUAL
IS THERE A NEED FOR AN INTERNATIONAL CONVENTION ON THE RIGHTS OF ELDERLY? NOTES ON A CURRENT DEBATE

Christian Courtis

Funcionario de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos

RESUMEN

Con la creciente visibilidad de envejecimiento de la población a nivel global, se ha planteado la pregunta de la suficiencia del marco internacional de derechos humanos para proteger los derechos de las personas de edad. Desde 2010, el denominado Grupo de trabajo de Naciones Unidas sobre envejecimiento ha discutido esta cuestión y, en su seno, se ha debatido la conveniencia de un instrumento específico sobre los derechos humanos de las personas de edad. Este artículo sintetiza algunos de los principales argumentos en favor de la adopción de instrumento específico discutidos durante las doce sesiones del Grupo de trabajo. Algunos de estos argumentos han sido refrendados por la adopción, en el marco de la Organización de los Estados Americanos, del primer instrumento regional vinculante sobre la materia, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, que se emplea a efectos ilustrativos.

PALABRAS CLAVE

Personas de edad, derechos humanos, protección internacional, discriminación por razones de edad, tratados internacionales de derechos humanos.

ABSTRACT

With the growing visibility of ageing as a global population phenomenon, doubts have been cast about the sufficiency of the existing international human rights framework to protect the rights of older persons. Since 2010, the so-called United Nations Open-ended Working Group on Ageing has addressed this issue, including a lively debate on the convenience of a human rights instrument dedicated to the rights of older persons. This article summarizes some of the main arguments in favor of the adoption of a specific instrument, as discussed during the twelve sessions of the Working Group. Some of these arguments have been endorsed with the adoption, in the context of the Organization of American States (OAS), of the first regional binding instrument on this matter, the Inter-American Convention on Protecting the Human Rights of Older Persons, which is quoted for illustrative purposes.

KEY WORDS

Older persons, human rights, international protection, discrimination based on old age, international human rights treaties.

DOI: <https://doi.org/10.36151/td.2022.053>

¿ES NECESARIA UNA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS DE EDAD? NOTAS SOBRE UN DEBATE ACTUAL

Christian Courtis

Funcionario de la Oficina del Alto Comisionado
de Naciones Unidas para los Derechos Humanos

Sumario: 1. Introducción. 2. Brechas de protección de los derechos humanos de las personas de edad. 2.1. Discriminación por razones de edad. 2.2. Derecho a la autonomía y a la vida independiente. 2.3. Derecho a cuidados de largo plazo. 2.4. Derecho al trabajo y a la seguridad y protección social. 2.5. Derecho a la salud. 2.6. Capacidad jurídica. 2.7. Protección contra la violencia, el maltrato, el abuso y el abandono. 2.8. Adaptabilidad de otros derechos a las necesidades de las personas de edad. 3. Reflexiones finales. Notas. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

En diciembre de 2010, siguiendo la iniciativa de un grupo de países de América Latina, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó una resolución en la que decidió «establecer un Grupo de Trabajo de Composición Abierta, en el que puedan participar todos los Estados miembros de las Naciones Unidas, con el propósito de aumentar la protección de los derechos humanos de las personas de edad examinando el marco internacional vigente en materia de derechos humanos de las personas de edad y determinando sus posibles deficiencias y la mejor forma de subsanarlas, incluso mediante el estudio, cuando corresponda, de la viabilidad de nuevos instrumentos y medidas»¹.

Desde 2011, el Grupo de Trabajo de Composición Abierta sobre envejecimiento con el propósito de mejorar la protección de los derechos humanos de las personas de edad (en adelante, Grupo de trabajo) se ha reunido anualmente, con una creciente participación de organizaciones no gubernamentales y de instituciones nacionales de derechos humanos. Aunque el propósito de estudiar la viabilidad de nuevos instrumentos internacionales —verbigracia, una posible convención específica sobre los derechos humanos de las personas de edad— se encuentra trabado en un *impasse* político por falta de voluntad de los países desarrollados (en particular, de países de la Unión Europea, que se han negado a avanzar sobre la cuestión), el Grupo de trabajo ha ofrecido un campo enormemente fértil para discutir públicamente, con documentación y argumentos que reflejan la situación a nivel universal, regional y nacional, las brechas de protección existentes en el conjunto de tratados de derechos humanos vigentes en el sistema universal de derechos humanos, y los temas concretos en los que sería importante nueva codificación en la materia. Gran parte de esos insumos han sido producidos por organizaciones de la sociedad civil internacionales y nacionales, por instituciones académicas y por instituciones nacionales de derechos humanos —amén de los aportes de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) y de procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos, como la experta independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad al debate. Cabe señalar, además, que el contexto de la pandemia de COVID-19 hizo aún más visible la actualidad y urgencia de muchas de las cuestiones discutidas en el marco del Grupo de trabajo².

En esta breve nota trataré de resumir algunos de los principales argumentos en favor de la adopción de un instrumento específico sobre los derechos humanos de las personas de edad discutidos durante las doce sesiones del Grupo de trabajo sobre envejecimiento. Algunos de estos argumentos han sido refrendados por la adopción, en el marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA), del primer instrumento regional vinculante sobre la materia, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (en adelante, Convención Interamericana), en junio de 2015³, que citaré como ejemplo. No trataré en el artículo el tema de la definición de «persona de edad», que por supuesto requiere de abordaje en un instrumento internacional dedicado a la cuestión. Aunque hay discusiones al respecto, no se trata de un tema de imposible solución ni mucho menos: es importante concebir una definición estipulativa pero suficientemente flexible, capaz de captar diversos aspectos de la cuestión, entre ellas la protección antidiscriminatoria, que debe ser expansiva, y la exigencia de tener en cuenta tipos y grados de necesidades, que pueden profundizarse con la edad.

2. BRECHAS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS DE EDAD

Una parte importante de los debates del Grupo de trabajo ha versado sobre la suficiencia o insuficiencia del actual marco internacional de derechos humanos para proteger los

derechos de las personas de edad. Existe un común reconocimiento del avance del proceso de envejecimiento de la población mundial, ya no solo circunscrito a los países desarrollados, sino manifestado también con particular velocidad en los países en desarrollo⁴. A este reconocimiento se suman al menos otros dos: el particular impacto de género del envejecimiento —ya que los datos demográficos de todo el mundo coinciden sobre la mayor longevidad de las mujeres⁵— y la fuerte correlación entre vejez y pobreza. Hay, por ende, consenso sobre la necesidad de mejorar la protección de los derechos de un grupo humano tradicionalmente invisibilizado. Sin embargo, ha habido miradas divergentes sobre la necesidad y conveniencia de adoptar un instrumento específico sobre los derechos de las personas de edad.

Quienes se oponen a abrir la posibilidad de un nuevo instrumento insisten en la universalidad de los tratados existentes, de modo que —de acuerdo con su argumento— las personas de edad ya están cubiertas por los instrumentos generales de derechos humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y gozan de los derechos reconocidos para todo ser humano. Sería innecesario, entonces, elaborar un instrumento específico para este grupo de personas. A lo sumo, aceptando que los órganos internacionales de derechos humanos no han prestado mayor atención a la situación de las personas de edad⁶, se alega que la mejor forma de proteger sus derechos a nivel internacional es la de promover la transversalización de la temática en el trabajo de esos órganos.

El argumento, sin embargo, desconoce que la evolución de la codificación internacional en materia de derechos humanos se ha caracterizado por lo que Norberto Bobbio denominó «proceso de especificación de los derechos humanos»⁷, es decir, por la adopción de instrumentos específicos que consideran la situación y titularidad de derechos de grupos en particular —entre ellos, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁸—. Independientemente de la caracterización que uno pueda hacer de estos tratados —si se trata de instrumentos puramente antidiscriminatorios, o bien de carácter holístico—, lo cierto es que su adopción demuestra que el argumento de la universalidad de los tratados generales de derechos ha cedido en múltiples ocasiones y, por el contrario, se ha considerado la necesidad de redactar convenciones referidas a los derechos humanos de grupos en particular.

La discusión se desplaza, entonces, a las razones que justifican la necesidad o conveniencia de pensar en una convención sobre los derechos humanos de las personas de edad. Me parece que es posible ordenar los argumentos al respecto en dos niveles distintos.

Por un lado, existen razones vinculadas con la relevancia política y social de la consideración del grupo que se señala como merecedor de particular atención —en el mismo sentido en que se ha justificado la adopción de instrumentos dedicados a las mujeres, a la identidad racial o étnica, a los niños y niñas, a las personas con discapacidad, a los pueblos y comunidades indígenas o a los trabajadores migrantes y sus familias, entre otros—. Creo que lo que justifica esa consideración en el caso de las personas de edad es, además del ostensible crecimiento demográfico del grupo en todo el mundo, la necesidad de superar

su histórica invisibilización y los estereotipos perjudiciales vinculados con la vejez —como los de pasividad, fragilidad, dependencia y ser una carga para los demás— que subyacen a la discriminación contra las personas de edad.

Por otro lado, existen razones jurídicas que es necesario considerar: la ausencia en el texto de los tratados de derechos humanos de algunas de las reivindicaciones más importantes del colectivo de las personas de edad —que se explica, sin lugar a dudas, por la invisibilidad y falta de representación de las personas de edad en la redacción de los instrumentos de derechos humanos vigentes, muchos de los cuales han sido adoptados cuando el envejecimiento de la población era apenas un tema anecdótico, restringido a algunos países desarrollados—. Dedicaré el resto de esta sección a enumerar algunas de las áreas en las que el texto de los instrumentos vigentes de derechos humanos ignora o considera insuficientemente los principales reclamos de las personas de edad⁹.

Ha habido, sin embargo, algunas voces que señalan que gran parte de esos temas ya son abordados por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, por lo que no sería necesario el esfuerzo de negociar un nuevo instrumento internacional. El argumento ha tenido también tratamiento explícito en el contexto del Grupo de trabajo: aunque sin duda existen algunas áreas de convergencia, en las que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad puede servir como inspiración —e, inversamente, en la que la redacción de un nuevo instrumento no debe rebajar los estándares ya acordados en ese tratado, por ejemplo, en materia de capacidad jurídica y de accesibilidad—, lo cierto es que ni todas las personas de edad son personas con discapacidad ni todas las personas con discapacidad son personas de edad, por lo cual ceñirse a la protección de la mencionada Convención significaría abandonar desde el inicio el objetivo del ejercicio, que es mejorar la protección internacional de los derechos de las personas de edad.

2.1. DISCRIMINACIÓN POR RAZONES DE EDAD

La primera ausencia notoria es la falta de reconocimiento de la edad como factor prohibido de discriminación en el texto de los instrumentos internacionales de derechos humanos del sistema universal. En efecto, con excepción de la Convención sobre los Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus familiares¹⁰, las cláusulas no discriminatorias de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de otros instrumentos internacionales no han incluido en el listado de factores prohibidos de discriminación la edad —hecho que da cuenta de la nula visibilidad que ha tenido la discriminación por razones de edad al momento de redacción de esos instrumentos internacionales—. Aunque se argumenta que esos listados no son taxativos, y que incluyen una apertura a nuevos factores con fórmulas tales como «cualquier otra condición social», lo cierto es que para incluir la edad en esa categoría es necesario hacer un planteo específico, abierto a la interpretación —y a la decisión del tipo de escrutinio aplicable— del órgano competente, de modo que los resultados de tal planteo no son obvios ni están garantizados, y corren el riesgo además de interpretaciones divergentes.

El reconocimiento explícito de la discriminación por razones de edad en un instrumento internacional pondría fin a estas dudas, y permitiría visibilizar esa discriminación y la necesidad de combatirla¹¹. Una parte importante de la documentación producida por organizaciones no gubernamentales, instituciones académicas e instituciones nacionales de derechos de todo el mundo y compartida en las sesiones del Grupo de trabajo versa justamente sobre la existencia generalizada, en la legislación de gran parte de los países del planeta, de casos flagrantes de discriminación directa por motivos de edad, consistentes en la imposición de edades límites para ejercer derechos o acceder a beneficios, presumiendo que las personas mayores a esa edad no están en condiciones o no tienen habilidad para ejercer cargos, desarrollar tareas o participar de distintas actividades en la esfera civil, política, social, económica y cultural. Subyace a esas formas de discriminación la existencia de sesgos de edad o estereotipos perjudiciales que suponen que, después de determinada edad, las personas dejan de ser útiles o productivas, y se convierten en sujetos pasivos que constituyen una carga para el resto de la sociedad. Al respecto se ha acuñado un término en inglés, *ageism*, sin equivalente aceptado en castellano (a veces traducido como «edadismo»), que hace referencia al prejuicio contra las personas de edad que genera obstáculos y barreras a la plena participación¹².

Amén de incluir la edad como factor prohibido de discriminación de manera explícita, y en sentido similar al de otros instrumentos internacionales como la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el combate contra la discriminación por edad y contra los estereotipos perjudiciales basados sobre la edad podría fungir como principio vertebral de un instrumento sobre los derechos de los adultos mayores, de manera que la mirada antidiscriminatoria identifique, respecto de derechos humanos, relevantes las áreas más comunes de discriminación pasada y presente y las medidas específicas necesarias para erradicar esa discriminación.

2.2. DERECHO A LA AUTONOMÍA Y A LA VIDA INDEPENDIENTE

Como en el caso de las personas con discapacidad antes de la adopción de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, no existe en el actual marco normativo universal de derechos humanos ni referencia ni preferencia por aquellas medidas y políticas públicas que maximicen la autonomía de las personas mayores y les permitan vivir una vida independiente, en lugar de forzarlas a depender de los cuidados de su grupo familiar o a ser institucionalizadas¹³. Se trata de un tema sensible y complejo, ya que si sitúa en el clivaje que articula las decisiones y preferencias personales de la persona mayor con el diseño y la oferta de servicios sociales y bienes —entre ellos, las políticas de mantenimiento del ingreso, la política de vivienda, la existencia de servicios de cuidado domiciliario y comunitario, la accesibilidad del transporte público y del entorno urbano—.

Aunque, por supuesto, el reconocimiento de la plena capacidad jurídica de las personas de edad constituye un prerrequisito indispensable para el ejercicio de estos derechos, el tema no se agota ahí, sino que incluye la existencia de opciones distintas a la institu-

cionalización o a la dependencia del grupo familiar. Se ha definido a la autonomía como «el derecho de tener control sobre la propia vida, a tomar decisiones propias y a que esas decisiones sean respetadas»¹⁴, y la independencia, como la posibilidad de llevar a cabo las propias decisiones en la práctica, y la de permanecer plenamente integrado en la vida social y comunitaria¹⁵. Inversamente, tal derecho supone la protección de la libertad personal, y por ende el establecimiento de salvaguardas contra la institucionalización compulsiva o no consentida.

2.3. DERECHO A CUIDADOS DE LARGO PLAZO

Otro de los grandes ejes del debate en torno de las ausencias del marco universal de derechos humanos es la falta de reconocimiento de un derecho a cuidados a largo plazo, o derecho al cuidado, fundamental para asistir a las personas de edad ante efectos de envejecimiento que reduzcan su autonomía física, funcional o mental¹⁶. La Declaración Universal de Derechos Humanos incluye una breve mención al derecho a «los servicios sociales necesarios» como componente del derecho a un nivel de vida adecuado en su artículo 25, pero los tratados que codificaron el contenido de la Declaración no recogieron ni desarrollaron ese componente. Aunque ciertamente el derecho está vinculado con otros —como el derecho a la salud, el derecho a la seguridad social, el derecho a un nivel de vida adecuado, el derecho a la vivienda o el derecho a participar de la vida cultural, entre otros—, ninguno de esos derechos ha sido formulado teniendo en cuenta las necesidades de las personas de edad y, por ende, las posibles reconstrucciones a partir de otros derechos son limitadas y en gran medida artificiales.

La idea de un derecho al cuidado debe entenderse en tándem con la mencionada anteriormente, el derecho a la vida independiente —esto significa que el sentido de la gama de servicios de cuidado disponibles para la persona mayor debe maximizar su autonomía y no entronizar su dependencia—. La OECD ha definido los cuidados a largo plazo como «un conjunto de servicios para personas que dependen de ayuda continua para llevar a cabo actividades de la vida cotidiana debido a condiciones crónicas que pueden causar limitaciones físicas o mentales»¹⁷. La disponibilidad de servicios de cuidado a largo plazo ha cobrado mayor importancia dada la declinación de los cuidados ofrecidos por la familia nuclear o extendida, debida a la caída de la tasa de fertilidad, la migración hacia zonas urbanas y el aumento de la participación de la mujer —que se encargaba tradicionalmente de las tareas de cuidado— en el mercado laboral.

Aunque algunos órganos de derechos humanos han tratado cuestiones vinculadas con los cuidados a largo plazo, en especial en ámbitos institucionales, bajo el ángulo de los posibles abusos o tratos crueles, inhumanos o degradantes y bajo la consecuente obligación de protección del Estado, en especial cuando la prestación de los cuidados está a cargo de la familia o de terceros, ciertamente existe mucho menor experiencia en la articulación de un derecho y estándares claros vinculados con la obligación positiva de provisión de esos servicios¹⁸, y de la prioridad (en armonía con el derecho a la vida independiente) de los servicios domiciliarios y comunitarios frente a la institucionalización, subrayando la

necesidad de respeto de los deseos y preferencias de la persona de edad. La experiencia y lecciones aprendidas de los países desarrollados, en los que el proceso de envejecimiento de la población ya tiene varias décadas, es importante al respecto, pero el reconocimiento de un derecho de carácter universal tendría la virtud de visibilizar la necesidad de adoptar medidas en los países en desarrollo, en los que el envejecimiento de la población es un fenómeno reciente o incipiente.

Otro de los temas que ha generado discusión y documentación es el reconocimiento del papel de las personas que ejercen labores de cuidado, en particular cuando se trata de tareas no remuneradas por formar parte del núcleo familiar o de otra relación personal de confianza. La discusión de un instrumento específico sobre derechos de las personas de edad permitiría subrayar tanto la necesidad de que el Estado imponga obligaciones y responsabilidad para impedir maltratos y abusos como la de apoyos y el reconocimiento del costo económico que eso implica para la familia o las personas cuidadoras —que puede traducirse, por ejemplo, en la posibilidad de prever programas de transferencia de ingresos, o en beneficios impositivos que compensen esos mayores costos—.

2.4. DERECHO AL TRABAJO Y A LA SEGURIDAD Y PROTECCIÓN SOCIAL

En cuanto al derecho al trabajo, aunque se lo reconozca como un derecho universal en otros instrumentos internacionales, de hecho, también se acepta casi universalmente la obligatoriedad de la jubilación, circunstancia que constituye evidentemente una barrera a la libertad de seguir trabajando según la decisión autónoma de la persona de edad. Se trata de un caso de diferencia de trato fundada en el factor edad, que no ha sido visto tradicionalmente como injustificada o discriminatoria. A la idea de jubilación obligatoria subyace el estereotipo de la pérdida de utilidad de las personas de edad: la noción según la cual a partir de determinada edad las personas dejan de aportar su conocimiento y experiencia y pasan a ser una carga que mantener. Sin embargo, contra esta idea de pasividad u obsolescencia, las organizaciones representativas de las personas mayores en todo el mundo han mostrado el carácter estereotipado y prejuicioso de esta suposición y la enorme riqueza de la contribución de las personas de edad en la esfera laboral. Tratándose de una libertad, por supuesto, corresponde a la persona mayor elegir, de acuerdo con su propia voluntad e intereses, cuándo y cómo jubilarse, y no ser forzada a hacerlo y a abandonar el trabajo a partir de cierta edad¹⁹.

Aunque el derecho a la seguridad social es mencionado con algún detalle en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que menciona algunas de las denominadas contingencias, riesgos o ramas de la seguridad social (entre ellas, la vejez), la codificación de este derecho en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es sorprendentemente escueta, y su contenido solo ha sido desarrollado por vía interpretativa —de modo que el margen de apreciación de los Estados para cumplir con sus obligaciones en esta materia es excesivo—. En sentido similar, la latitud de las obligaciones establecidas por otros instrumentos internacionales en la materia, como los Convenios 102 y 128 de la Organización Internacional del Trabajo, que —bajo la justificación

del desarrollo progresivo— permite a los Estados la elección discrecional de prestaciones a cubrir y porcentajes muy bajos de cobertura, de modo que las obligaciones establecidas por el tratado quedan satisfechas con una escasa extensión de las prestaciones.

Huelga señalar el carácter crucial del derecho a la seguridad social para el mantenimiento de ingresos y el acceso a servicios (como la cobertura de salud) que permitan un nivel de vida adecuado a las personas de edad²⁰. Al respecto, varios son los temas que requerirían atención en un ejercicio de adopción de un instrumento internacional al respecto. Amén de la necesidad de ampliar el contenido del derecho, estableciendo pautas más prescriptivas sobre las contingencias a cubrir (en particular, las de vejez, cobertura de salud y viudez) y la necesidad de suficiencia de las prestaciones, dos puntos han merecido particular atención durante los debates del Grupo de trabajo —y la pandemia ha puesto aún más en evidencia su importancia—.

El primero es la necesidad de concebir el derecho a la seguridad social como un derecho que incluya tanto los regímenes de la denominada seguridad social contributiva (es decir, aquella en la que establece como condición los aportes o cotizaciones de los y las trabajadoras durante su período activo de trabajo) y la seguridad social no contributiva (es decir, la que no requiere para obtener prestaciones la necesidad de comprobación de aportes o cotizaciones y es independiente de la posición previa de trabajador o trabajadora del titular de la prestación). La aclaración es importante porque una gran parte de las personas de edad pobres en el mundo han trabajado en el sector informal, en tareas de cuidado no remuneradas (en particular, las mujeres de edad), o han entrado y salido de regímenes de trabajo informales, precarios o no remunerados, y no están en condiciones de cumplir con los meses o años o con los niveles de aporte requeridos por los sistemas de seguridad social contributiva para obtener una jubilación. Es decir, existe la necesidad de reconocer la extensión del derecho a la seguridad social a quienes tienen más necesidad de ser cubiertos por un régimen de seguridad social por no haber tenido capacidad de cotización ni de ahorro y que, por ende, tienen mayor riesgo de vivir en la pobreza. En este sentido, son bienvenidos los desarrollos contenidos en la Observación General N.º 19 del Comité DESC (que considera que el derecho a la seguridad social incluye tanto los denominados regímenes contributivos como los no contributivos²¹) como la adopción por parte de la Organización Internacional del Trabajo, de la Recomendación N.º 202 sobre pisos de protección social de 2012, en la que se recomienda el diseño de esquemas de protección social que garanticen tanto el acceso universal a un paquete de prestaciones de salud definido a nivel nacional como la seguridad básica del ingreso para las personas de edad, de acuerdo al menos con un nivel mínimo definido en el plano nacional²². Sin embargo, se trata de textos no vinculantes que marcan una tendencia interpretativa, pero que no constituyen aún el contenido obligatorio de un tratado.

El segundo punto es la necesidad de armonizar el derecho al trabajo y a la seguridad social de las personas de edad en línea con lo dicho antes. Muchos regímenes de seguridad social partían de la premisa de la jubilación obligatoria a cierta edad y, por ende, establecían que la continuidad en el trabajo constituía una condición excluyente del cobro de una pensión de jubilación. Esto coloca a las personas de edad en la disyuntiva de seguir

trabajando, pero no poder cobrar una pensión que pueda mejorar sus ingresos y calidad de vida, o bien cobrar la pensión a costa de ajustarse al estereotipo de la persona pasiva que ya no puede contribuir socialmente a través del trabajo. La armonización del derecho a trabajar con el derecho a la seguridad social supone diseñar periodos de transición flexibles, que permitan a las personas de edad combinar trabajo y prestaciones de la seguridad social y decidir autónomamente su trayectoria de abandono gradual de la esfera del trabajo para pasar a la etapa pasiva.

Por último, el impacto de género en materia de seguridad social requiere una especial consideración. Ya he mencionado que las mujeres son más longevas, y eso significa que, cuando más avanzada es la edad, mayor es el porcentaje de mujeres en cada franja etaria. Es necesario conectar este dato con la desventaja generalizada de las mujeres en materia de derecho a la seguridad social. Factores tales como la desproporcionada ocupación de las mujeres en tareas de cuidado no remuneradas, la mayor participación de las mujeres en el trabajo informal o precario, a resultas de la necesidad de combinar trabajo remunerado y tareas no remuneradas de cuidado, y la prácticamente universal brecha salarial que perjudica a las mujeres, tienen como efecto la exclusión de beneficios de la seguridad social contributiva por no reunir el número o tiempo de cotización necesarios, sea la obtención de prestaciones de menor monto en comparación con las de los varones. La combinación de la mayor proporción de mujeres en las franjas más avanzadas de edad y de la acumulación de desventajas laborales y, por ende, la consecuente desventaja en términos de beneficios de la seguridad social imponen el desafío de identificar barreras y obstáculos para el goce de ese derecho por parte de las mujeres de edad —habitualmente fruto de discriminación indirecta o por impacto, y debidas a los sesgos de género en el diseño de los esquemas de seguridad social— y a desarrollar planes y programas adecuados para remover esos obstáculos y garantizar el acceso a prestaciones a quienes más necesidad tienen de ellas.

2.5. DERECHO A LA SALUD

Otro de los grandes temas de debate en torno a las insuficiencias del actual marco universal de derechos humanos respecto de las personas de edad gira en torno al derecho a la salud²³. Varios son los señalamientos que han surgido al respecto en la experiencia del Grupo de trabajo, y algunos de ellos han tenido un protagonismo dramático durante la etapa más aguda de la pandemia.

En general, la reivindicación central es la de la necesidad de mención explícita del carácter adecuado de los servicios médicos a las necesidades sanitarias de las personas de edad, para contrarrestar la tendencia de postergar esas necesidades como efecto de prejuicios o sesgos productivistas o «edadistas» —si se me permite el neologismo—. Estos sesgos han tenido consecuencias concretas en la planificación de servicios de salud y en los criterios de priorización de recursos médicos escasos. Mencionaré algunos ejemplos al respecto.

Un área de particular importancia para las personas de edad en los servicios médicos es la de los cuidados paliativos y adopción de decisiones sobre el fin de la vida, que constituyen una ausencia notoria de los tratados de derechos humanos vigentes del sistema

universal²⁴. Las pocas menciones al respecto provienen de textos interpretativos de carácter no vinculante —entre ellos, algunas Observaciones Generales del Comité DESC²⁵—. La mayor visibilidad prestada a los servicios curativos se ha traducido en los hechos en una escasa atención por los cuidados paliativos, es decir, aquellos que no están destinados a obtener resultados curativos, sino a mitigar el sufrimiento causado por enfermedades incurables y mejorar la calidad de las etapas finales de la vida de las personas que las sufren. Las restricciones legales —en muchos casos desproporcionadas— para el empleo de opiáceos y otras drogas con efectos mitigantes del dolor generan barreras de acceso y calidad a cuidados paliativos en muchos países del mundo. En el mismo sentido, poco dicen los instrumentos universales de derechos humanos sobre las decisiones de las personas sobre el fin de su propia vida y las interpretaciones sobre los textos vigentes han sido poco asertivas, librando la cuestión a la deferencia de los Estados.

Sobre la priorización de los tratamientos y el acceso a medicación, dos aspectos resultan importantes. El primero es la consideración de los tratamientos y acceso a medicación relevantes para el tipo de patologías más comunes entre las personas de edad en la planificación de las prestaciones ofrecidas por el sistema de salud y, particularmente, en la elaboración de los denominados planes obligatorios o planes de cobertura obligatoria de los sistemas de salud que funcionan sobre la base de un seguro de salud o con una lógica basada en la del aseguramiento. Sucede que, con frecuencia, estos esquemas tienen sesgos epidemiológicos de edad, priorizando las patologías que afectan a la población activa. En cuanto a la priorización en decisiones de asignación de recursos escasos, la pandemia de COVID-19 ha sido un escenario que desnudó de manera patente los sesgos productivistas, en desmedro de las personas de edad y de las personas con discapacidad. En distintas latitudes del mundo, incluida España, se ha discutido la aceptabilidad de los criterios de triaje que excluyen a personas mayores a cierta edad de un tratamiento —como la ocupación de camas en unidades de cuidados intensivos o el uso de respiradores o ventiladores—, que utilizan la edad como criterio automático de priorización o despriorización, o que incluyen en la evaluación para la asignación de esos recursos criterios con sesgos implícitos de edad, como el pronóstico de sobrevida o expectativa de vida a largo plazo, consideraciones generales sobre el estado de salud de la persona o la priorización de quienes han tenido menores oportunidades de vivir a lo largo de todos los ciclos vitales. Todos estos criterios incluyen factores subjetivos y de difícil medida y —en última instancia— proyectan la idea de que la vida de las personas de edad tiene menor valor, en lugar de considerar en igualdad de condiciones a las personas, independientemente de su edad, al evaluar las perspectivas de éxito a corto plazo de la intervención médica.

Estos no son sino algunos ejemplos de la necesidad de hacer explícito el alcance de la prohibición de discriminación por razones de edad en el campo de los servicios médicos. Menciono aquí brevemente algunos otros: las exclusiones o el fuerte encarecimiento de los seguros de salud para las personas de edad, la medicalización desproporcionada e injustificada de los servicios de cuidado, la exclusión o la poca importancia asignada a la recopilación de datos de salud de las personas de edad en las estadísticas de muchos países, el menor interés dedicado a la investigación clínica sobre la salud de las personas de edad en relación con otros grupos etarios, entre muchos otros.

2.6. CAPACIDAD JURÍDICA

Entre los estereotipos más perjudiciales sobre las personas de edad se encuentra la idea de que no son capaces de tomar decisiones autónomas sobre su vida. Esto ha llevado, frecuentemente, a la ignorancia de sus propios deseos y preferencias, y a la sustitución de su voluntad por la de otras personas que supuestamente actúan interpretando su «mejor interés»²⁶.

Aunque la adopción de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad —específicamente, su artículo 12— ha constituido un verdadero parteaguas en esta materia, con la prescripción de un modelo de apoyo a la toma de decisiones en lugar de un modelo de sustitución, lo cierto es que la cuestión de las limitaciones a la capacidad de obrar en relación con las personas de edad ha sido poco explorada en el marco de las normas universales de derechos humanos. Ciertamente la protección del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad beneficia a las personas de edad con discapacidad —entre las que habitualmente se incluye a las personas que sufren de la enfermedad de Alzheimer u otras condiciones que puedan causar demencia—, pero subsisten dudas respecto del posible carácter subinclusivo de la norma en aquellos casos en los que las restricciones a la capacidad no estén fundadas en la discapacidad, sino en estereotipos vinculados con la edad²⁷.

Un área en el que el tema cobra especial relevancia es la del consentimiento informado en materia de tratamientos médicos, incluidas —en particular— las decisiones sobre tratamientos de emergencia y las vinculadas con el fin de la vida²⁸. De manera similar, es fundamental asegurar la manifestación de la voluntad y preferencias de las personas de edad respecto a decisiones centrales sobre la calidad de vida, como los servicios, los cuidados a largo plazo y el lugar de residencia.

Resulta entonces de crucial importancia, en el caso de la posible redacción de un instrumento internacional específico, refrendar la plena capacidad jurídica de las personas de edad, asegurar —como excepción y solo en casos estrictamente necesarios— un sistema de apoyos en la toma de decisiones, y avanzar en la identificación de algunos medios concretos de garantizar la autonomía de la persona de edad, aun en situaciones en las que la manifestación de la voluntad o la obtención del consentimiento informado sea difícil —por ejemplo, a través de manifestaciones anticipadas de voluntad en caso de imposibilidad o dificultad de actualizarla—.

2.7. PROTECCIÓN CONTRA LA VIOLENCIA, EL MALTRATO, EL ABUSO Y EL ABANDONO

Aunque las razones principales vinculadas con el intento de visibilizar los derechos de las personas de edad pasan principalmente por subrayar su autonomía, su agencia y la necesidad de valorar sus contribuciones a la sociedad, en el debate sobre la necesidad de mejorar la protección de sus derechos no ha estado ausente la documentación sobre un fenómeno que también tiene alcance mundial: la violencia, el maltrato, el abuso y el abandono a los que se ven enfrentadas las personas de edad, en el ámbito familiar, institucional y social²⁹.

Este aspecto también ha sido abordado en relación con grupos protegidos por otros tratados internacionales de derechos humanos, como las mujeres, las niñas y niños y las personas con discapacidad —de modo que la discusión en la materia se ve sin duda enriquecida por la experiencia en esos campos, y por la necesaria exploración de interseccionalidades en los casos pertinentes—. Sin embargo, una parte importante del trabajo de organizaciones representativas de las personas de edad en todo el mundo ha consistido en documentar fenómenos específicos de violencia, abuso o abandono de las personas de edad que, frecuentemente, tienen como raíz la ruptura o minimización de la contención de grupos familiares extendidos, y el fenómeno de la migración de poblaciones rurales a zonas urbanas, con la consecuente pérdida de contacto e influencia de las redes familiares y sociales y, por ende, mayor proclividad a la pérdida de apoyos y al aislamiento.

De modo que la discusión de un posible instrumento internacional en la materia será, sin duda, la oportunidad para incluir disposiciones que reflejen aspectos particulares de estas formas de violencia, abuso y abandono, y la necesidad de adoptar medidas para la protección de las personas de edad frente a ellos. Las manifestaciones de violencia y abuso contra las personas de edad tienen un amplio alcance —físico, emocional, psicológico, sexual o financiero—. Por ejemplo, en el marco del Grupo de trabajo se han documentado en países diversos prácticas de violencia y abuso financiero contra las personas de edad —aspecto poco explorado en otros ámbitos. De igual modo, es necesario articular explícitamente protecciones contra la violencia, el maltrato, el abuso y el abandono cuando las personas de edad están institucionalizadas, desarrollando de modo claro las responsabilidades en materia de derechos humanos de sujetos privados y empresas a las que se confía el cuidado de las personas de edad.

Como he señalado antes, el carácter predominantemente femenino del envejecimiento requiere prestar particular atención a la violencia contra las mujeres de edad, subrayando la interseccionalidad entre género y edad —en particular, las situaciones de vulnerabilidad debidas a la mayor propensión a la pobreza y a la dependencia por falta de medios suficientes—.

2.8. ADAPTABILIDAD DE OTROS DERECHOS A LAS NECESIDADES DE LAS PERSONAS DE EDAD

El ejercicio de proyectar la prohibición de discriminación por razones de edad a distintos derechos y áreas ha cumplido un papel fértil en la detección de situaciones de trato o impacto diferenciado basadas sobre la edad que han pasado desapercibidas, no están adecuadamente reflejadas en el marco universal de derechos humanos y, por consiguiente, podrían ser incluidas en un instrumento específico sobre los derechos humanos de las personas de edad. Sin pretensión de exhaustividad, menciono aquí algunas.

En algunos países se ha llevado a cabo un trabajo de documentación interesante sobre la necesidad de una mayor adecuación del servicio de justicia a la necesidad de las personas de edad³⁰. Uno de los aspectos subrayados es la necesidad de garantizar la accesibilidad, la remoción de barreras y el aseguramiento de la celeridad de los procedimientos que in-

volucran a personas de edad, en particular aquellos de carácter alimentario o de los cuales depende el mantenimiento de un nivel de vida adecuado o el acceso o continuidad de tratamientos médicos u otros servicios necesarios. Por otro lado, también se ha prestado atención a la situación de las personas de edad privadas de libertad: en algunos países se trata del grupo etario que ha experimentado el mayor aumento de la tasa de encarcelamiento en las últimas décadas. El envejecimiento relativiza las justificaciones utilitarias de la pena —en especial, las de rehabilitación e incapacitación— y abre preguntas sobre la conveniencia de un abordaje puramente retributivo de la sanción penal. La conveniencia de evitar sufrimientos innecesarios, de priorizar medidas menos restrictivas de la libertad —como la prisión domiciliaria— y de garantizar el acceso a servicios de cuidado y médicos adecuados constituyen también reivindicaciones de las organizaciones representativas de las personas de edad en la materia.

Los derechos a la educación y a participar de la vida cultural también han sido objeto de consideración. Sobre el derecho a la educación, la preeminencia de niños, niñas y adolescentes como sujetos privilegiados ha llevado a un relativo abandono de la idea de educación continua y de la necesidad de garantizar el acceso de personas de edad a diversas etapas del ciclo educativo, en particular para abatir el analfabetismo y permitir la conclusión del ciclo escolar básico a las personas de edad que no hayan podido hacerlo³¹. Esto requiere un trabajo en el componente adaptabilidad del derecho a la educación, con el desafío de diseñar programas e instituciones educativas que tomen en consideración las necesidades de las personas de edad. Garantizar el goce del derecho a participar de la vida cultural y de actividades de ocio, recreación y turismo para las personas de edad también requiere pensar de manera inclusiva la oferta y la remoción de barreras de acceso en la materia³².

De manera análoga —como ya lo he adelantado cuando mencione el derecho a una vida independiente—, el derecho a la vivienda y el diseño del entorno urbano, de los servicios y del transporte público requieren también reforzar el componente de accesibilidad y remoción de barreras que puedan generar aislamiento o impedir la plena participación de las personas de edad³³.

Tampoco existen en el marco normativo universal disposiciones que requieran o promuevan la participación de las personas de edad y de sus organizaciones representativas en las decisiones que los conciernen, y en el seguimiento y posible crítica a las políticas públicas que las tienen como destinatarios —a diferencia, por ejemplo, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que reconoce ese derecho³⁴—.

Otras dos áreas que merecen ser señaladas en la materia son la producción y recopilación de información estadística y la brecha digital. Sobre la primera, en muchos países del mundo los datos estadísticos han dejado de lado en gran medida a las personas de edad: al igual que en otras áreas, la producción y recopilación de datos estadísticos tiene fecha límite de edad y, por ende, no existen datos completos sobre ese grupo poblacional³⁵. Sobre la segunda, aunque la rápida incorporación de tecnologías digitales a prácticamente todas las esferas de la vida sin duda ha sido beneficiosa, lo cierto es que ha creado también involuntariamente nuevos obstáculos de accesibilidad comunicativa y barreras al acceso a la información para las personas de edad, en particular cuando los cambios operados no tienen

alternativas, son subrepticios y no han considerado un período de transición, adaptación o capacitación adecuado para personas que no están familiarizadas con las nuevas tecnologías digitales³⁶. Un instrumento específico al respecto podría establecer obligaciones estatales claras en estas materias basadas sobre la prohibición de discriminación por razones de edad.

3. REFLEXIONES FINALES

A lo largo de este texto he identificado temas en los que el actual marco universal de derechos humanos es insuficiente en relación con las reivindicaciones centrales de las organizaciones representativas de las personas de edad. Aunque hay que reconocer que algunos órganos de tratados del sistema universal han hecho esfuerzos interpretativos teniendo en mira la situación de las personas de edad, lo cierto es que, de una mirada en conjunto de los tratados vigentes, resulta evidente que fueron redactados cuando el fenómeno del envejecimiento de la población no tenía las dimensiones globales que tiene hoy en día. Por ende, las personas de edad resultan invisibilizadas en esos textos, y las pocas referencias directa o indirectamente relevantes están dispersas y son fragmentarias o inadecuadas.

La adopción de un instrumento universal en la materia permitiría —tal como la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y la pionera Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores— incluir en un instrumento único y coherente las principales reivindicaciones ya comentadas, avanzando en su reconocimiento cuando este no existiera (como en el caso de la discriminación por razones de edad, la erradicación de estereotipos perjudiciales basados en la edad, el derecho a la vida independiente, el derecho a cuidados a largo plazo y el derecho a tratamientos paliativos), o articulando más precisamente el alcance y exigencia de derechos reconocidos de manera general al aplicarlos a las personas de edad (como lo hacen otros instrumentos de carácter antidiscriminatorio y holístico).

Una convención dedicada a las personas de edad permitiría también, además de una mayor visibilidad del grupo y sus derechos, la existencia de un sistema de supervisión o monitoreo específico, y el desarrollo de interpretación por un órgano expertos —evitando así los riesgos de escasa atención o tratamiento aislado verificados en el trabajo de los órganos de tratados existentes—. De hecho, la experiencia con otros tratados dedicados a grupos específicos es que su mayor especialización y focalización ha tenido la virtud de influir en los órganos de tratados generales cuando se trata de definir el alcance de derechos definidos como universales en su aplicación particular al grupo concernido —como mujeres, niños y niñas y personas con discapacidad—.

Hasta el momento, ha faltado voluntad política de los Estados —en particular, de los países desarrollados—, a veces justificada por la supuesta «fatiga» del deber de producir informes periódicos, o de la carga financiera que implicaría la creación de un nuevo órgano de tratados. Mientras no cambien esas posiciones, será difícil que la comunidad internacional se embarque en la redacción de un nuevo instrumento de derechos humanos. Sin embargo, el proceso ha aportado un importante cúmulo de documentación y producción

teórica y práctica que ha servido para articular mejor las necesidades y reivindicaciones de las personas de edad en términos de derechos humanos. Es de esperar que esta labor rinda frutos, a nivel universal, regional y nacional. La urgencia del tema y su creciente importancia en el futuro inmediato del mundo que nos tocará vivir así lo requieren.

NOTAS

1. *Vid.* Asamblea General de las Naciones Unidas, Seguimiento de la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, Resolución 65/182, de 21 de diciembre de 2010, párr. 28.
2. *Vid.*, en general, Naciones Unidas (2020). *Vid.*, también, Experta independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad (2020).
3. Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, adoptada por la Asamblea General de la OEA el 15 de junio de 2015, que entró en vigor el 11 de enero de 2017.
4. *Vid.* OMS (2015).
5. Sobre el punto, Experta independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad (2021*a*).
6. Como contraejemplo se menciona, por ejemplo, la adopción por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Observación General N.º 6 sobre los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores, en 1995. Sin negar la importancia y el carácter pionero de ese documento, los temas y argumentos desarrollados durante más de una década de sesiones del Grupo de trabajo supera con creces el contenido de la mentada observación general.
7. Bobbio (1991: 109-111).
8. No pretendo aquí ninguna exhaustividad, ya que para el argumento desarrollado basta solo con mencionar algunos instrumentos específicos. La lista de instrumentos internacionales vinculantes y no vinculantes dedicados a grupos de personas específicos o en situaciones diferenciadas es extensa.
9. *Vid.*, por ejemplo, HelpAge International (2015).
10. Que es además la menos ratificada de los instrumentos del sistema universal de los derechos humanos, ya que ha recibido prácticamente un boicot de los países desarrollados y receptores de migración. Hay algunas menciones aisladas a la edad o a la vejez en otros tratados universales —como la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad o la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer—.
11. *Vid.*, en ese sentido, Convención Interamericana, artículo 2 (que define «discriminación por edad en la vejez»), y artículos 4 y 5 (que prohíben dicha discriminación y establecen el deber de no incurrir en ella y de adoptar medidas para erradicarla). Sobre el punto, *vid.* OACNUDH (2012: 7-12) y OHCHR (2021*a*: 13-16, 30-32). *Vid.* también DESA y OACNUDH (2017).
12. *Vid.*, al respecto, OACNUDH (2021*a*: 13-16) y Experta independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad (2021*b*). *Vid.* OMS (2021).
13. *Vid.*, al respecto, Convención Interamericana, artículo 7 (derecho a la independencia y a la autonomía). *Vid.* también OACNUDH (2012: 4) y OACNUDH (2021*a*: 32-34).

14. *Vid.* OACNUDH (2018); DESA y OACNUDH (2019: párr. 10). *Vid.* también HelpAge International (2018).
15. *Vid.* DESA (2018: párr. 10).
16. *Vid.* Convención Interamericana, artículo 12 (derechos de la persona mayor que recibe servicios de cuidado a largo plazo). *Vid.* también DESA (2018); OACNUDH (2012: 26-31); OACNUDH (2021a: 36-39); y HelpAge International, (2018).
17. OECD (2005: 3).
18. Algunos pasos en esa dirección, aunque fragmentarios y no siempre consistentes en términos de énfasis, incluyen menciones de las Observaciones Generales N.º 6 (sobre personas de edad y DESC) y N.º 14 (sobre derecho a la salud) del Comité DESC, y de la Recomendación General N.º 27 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (sobre mujeres de edad).
19. *Vid.*, al respecto, Convención Interamericana, artículo 18 (derecho al trabajo). *Vid.* también DESA (2021); OACNUDH (2022); OACNUDH (2012: 18-19) y OACNUDH (2021a: 16-17).
20. Convención Interamericana, artículo 17 (derecho a la seguridad social). *Vid.* (OACNUDH: 2019); DESA y OACNUDH (2021); DESA y ACNUDH (2021); OACNUDH (2022); OACNUDH (2012: 15-17) y OACNUDH (2021a: 41-45).
21. *Vid.* Comité DESC (2008: párr. 4).
22. OIT, Recomendación N.º 202 sobre los pisos de protección social (2012), artículos 5 a) y d).
23. *Vid.* Convención Interamericana, artículos 11 (derecho a brindar consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud) y 19 (derecho a la salud). *Vid.* también OACNUDH (2012: 23-26) y OACNUDH (2021a: 41-45).
24. *Vid.* DESA (2018); OACNUDH (2012: 24-26) y OACNUDH (2021a: 39-41). *Vid.*, también, Human Rights Watch (2012); y HelpAge International (2018).
25. *Vid.* Comité DESC (2000: párr. 34); Comité DESC (2009: párr. 34); y Comité DESC (2016: párr. 7).
26. *Vid.* Convención Interamericana, artículo 30 (igual reconocimiento como persona ante la ley). *Vid.*, también, OACNUDH (2012: 21-23) y OACNUDH (2021a: 32-34).
27. *Vid.*, en general, Kanter (2008-2009).
28. *Vid.*, al respecto, Relator especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, 2011: párrs. 61-69); y Relator especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (2009: párrs. 10-12). *Vid.*, también, Convención Interamericana, artículo 11 (derecho a brindar consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud).
29. *Vid.* Convención Interamericana, artículo 9 (derecho a la seguridad y a una vida sin ningún tipo de violencia). *Vid.*, también, OACNUDH (2012: 13-14; 28-32); OACNUDH (2021a: 32-34); y DESA (2017).
30. *Vid.* Convención Interamericana, artículo 31 (acceso a la justicia). *Vid.* OACNUDH (2021b); OACNUDH (2022a); y OACNUDH (2012a: 30-32).

31. *Vid.* Convención Interamericana, artículo 20 (derecho a la educación). *Vid.*, también, DESA (2019); DESA y OACNUDH (2021); OACNUDH (2012: 19) y OACNUDH (2021a: 45-50).
32. *Vid.* Convención Interamericana, artículo 21 (derecho a la cultura). *Vid.*, también, OACNUDH (2012: 32-33); y OACNUDH (2021a: 38).
33. *Vid.* Convención Interamericana, artículo 24 (derecho a la vivienda). *Vid.*, también, OACNUDH (2012: 20-21); y OACNUDH (2021a: 18).
34. *Vid.* Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, arts. 4.3, 29, 32.1, 33.3. *Vid.*, también, Convención Interamericana, artículos 8 (derecho a la participación e integración comunitaria) y 27 (derechos políticos). *Vid.*, también, OACNUDH (2012: 32-33) y OACNUDH (2021a: 39).
35. OACNUDH (2021a: 50-52).
36. *Ibidem*: 53.

BIBLIOGRAFÍA

Nota: todos los documentos del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Envejecimiento citados se encuentran en: <<https://social.un.org/ageing-working-group/>>, ordenados por sesión.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (2010): «Seguimiento de la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento» [en línea], <<https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FRES%2F65%2F182&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False>>. [Consulta: 04/11/2022.]

BOBBIO, Norberto (1991): *El tiempo de los derechos*, Madrid: Sistema.

COMITÉ DESC (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas) (2000): «Observación General N.º 14» [en línea], <<https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=E%2FC.12%2F2000%2F4&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False>>. [Consulta: 04/11/2022.]

– (2008): «Observación General N.º 19, “El derecho a la seguridad social”, E/C.12/GC/19» [en línea], <<https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=E%2FC.12%2FGC%2F19&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False>>. [Consulta: 04/11/2022.]

– (2009): «Observación General N.º 20, “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales”, E/C.12/GC/20» [en línea], <<https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=E%2FC.12%2FGC%2F20&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False>>. [Consulta: 04/11/2022.]

– (2016): «Observación General N.º 22, Relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva, E/C.12/GC/22» [en línea], <<https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=E%2FC.12%2FGC%2F22&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False>>. [Consulta: 04/11/2022.]

DESA (Departamento de Naciones Unidas para los Asuntos Económicos y Sociales) (2017): «Background Analytical Overview Paper. Violence, neglect and abuse», documento de trabajo para la octava sesión del Grupo de trabajo [en línea], <<https://social.un.org/ageing-working-group/>>. [Consulta: 04/11/2022.]

– (2018): «Analysis and overview of guiding questions on long-term care and palliative care received from Member States, “A” Status National Human Rights Institutions and accredited non-governmental organizations», documento de trabajo preparado para la novena sesión del Grupo de trabajo [en línea], <<https://social.un.org/ageing-working-group/>>. [Consulta: 04/11/2022.]

– (2019): «Substantive Inputs on the Focus Area “Education, training, life-long learning and capacity-building”», documento de trabajo presentado a la décima sesión del Grupo de trabajo, abril de 2019; y «Social Protection and Social Security (including social protections floors)», documento de trabajo

- presentado a la undécima sesión del Grupo de trabajo [en línea], <<https://social.un.org/ageing-working-group/>>. [Consulta: 04/11/2022.]
- (2021): «Substantive Inputs on the Focus Area “Right to Work and Access to the Labour Market”», documento de trabajo presentado a la undécima sesión del Grupo de trabajo [en línea], <<https://social.un.org/ageing-working-group/>>. [Consulta: 04/11/2022.]
- DESA (Departamento de Naciones Unidas para los Asuntos Económicos y Sociales) y OACNUDH (2017): «Background Analytical Overview Paper. Equality and Non-Discrimination», documento de trabajo preparado para la octava sesión del Grupo de trabajo [en línea], <<https://social.un.org/ageing-working-group/>>. [Consulta: 04/11/2022.]
- (2019): «Substantive Inputs in the form of Normative Content for the Development of a Possible International Standard on the Focus Areas “Autonomy and Independence” and “Long-term and Palliative Care”», documento de trabajo presentado a la décima sesión del Grupo de trabajo [en línea], <<https://social.un.org/ageing-working-group/>>. [Consulta: 04/11/2022.]
 - (2021): «Substantive Inputs in the form of Normative Content for the Development of a Possible International Standard on the Focus Areas “Education, Training, Lifelong learning and Capacity Building” and “Social Protection and Social Security (including social protections floors)”», documento de trabajo presentado a la undécima sesión del Grupo de trabajo [en línea], <<https://social.un.org/ageing-working-group/>>. [Consulta: 04/11/2022.]
- EXPERTA INDEPENDIENTE DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL DISFRUTE DE TODOS LOS DERECHOS HUMANOS POR LAS PERSONAS DE EDAD (2020): «Informe de la experta independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad, Claudia Mahler, Impacto de la enfermedad por coronavirus (COVID-19) en el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad, A/75/205» [en línea], <<https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2F75%2F205&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False>>. [Consulta: 04/11/2022.]
- (2021a): «Informe de la experta independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad, Claudia Mahler, A/76/157» [en línea], <<https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2F76%2F157&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False>>. [Consulta: 04/11/2022.]
 - (2021b): «Informe de la experta independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad, Claudia Mahler, A/HRC/48/53» [en línea], <<https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FHRC%2F48%2F53&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False>>. [Consulta: 04/11/2022.]
- HelpAge International (2015): «A new convention on the rights of older people: a concrete proposal», documento presentado a la sexta sesión del Grupo de trabajo [en línea], <<https://www.helpage.org/resources/publications/?search=A+new+convention+on+the+rights+&adv=0&topic=0®ion=0&language=0&type=0>>. [Consulta: 04/11/2022.]
- (2018): «La libertad de decidir por nosotros mismos. ¿Qué dicen las personas mayores sobre sus derechos a la autonomía, independencia, cuidados a largo plazo y cuidados paliativos?» [en línea], <<https://www.helpage.org/silo/files/libertad-de-decidir-por-nosotros-mismos.pdf>>. [Consulta: 04/11/2022.]
- HUMAN RIGHTS WATCH (2018): «Palliative Care and Standards on the Rights of Older People. Recommendations for New Legal Instruments» [en línea], <<https://social.un.org/ageing-working-group/documents/PalliativeCareandStandardsOntheRightsofOlderPersons.pdf>>. [Consulta: 04/11/2022.]
- KANTER, Arlene S. (2009): «The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its implications for the Rights of Elderly People under International Law», *Georgia State University Law Review*, 25(3), 527-573.
- NACIONES UNIDAS (2020): *Policy Brief: The Impact of COVID-19 on older persons*, Nueva York: ONU.
- OACNUDH (Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos) (2012): «Normative standards in international human rights law in relation to older persons. Analytical Outco-

me Paper» [en línea], <<https://www.ohchr.org/en/documents/outcome-documents/analytical-outcome-paper-normative-standards-international-human-rights>>. [Consulta: 04/11/2022.]

- (2018): «Analysis and overview of guiding questions on autonomy and independence received from Member States, “A” Status National Human Rights Institutions and accredited non-governmental organizations», documento de trabajo preparado para la novena sesión del Grupo de trabajo [en línea], <<https://social.un.org/ageing-working-group/>>. [Consulta: 04/11/2022.]
- (2019): «Substantive Inputs on the Focus Area “Social protection and social security (including social protection floors)”», documento de trabajo presentado a la décima sesión del Grupo de trabajo» [en línea], <<https://social.un.org/ageing-working-group/>>. [Consulta: 04/11/2022.]
- (2021a): «Update to the 2012 Analytical Outcome Study on the normative standards in international human rights law in relation to older persons». Working paper prepared by the Office of the High Commissioner for Human Rights [en línea], <<https://social.un.org/ageing-working-group/documents/eleventh/OHCHR%20HROP%20working%20paper%2022%20Mar%202021.pdf>>. [Consulta: 04/11/2022.]
- (2021b): «Substantive inputs on the focus area “Access to justice”», documento de trabajo presentado a la undécima sesión del Grupo de trabajo [en línea], <<https://social.un.org/ageing-working-group/>>. [Consulta: 04/11/2022.]
- (2022a): «Substantive Inputs in the form of Normative Content for the Development of a Possible International Standard on the Focus Areas “Right to work and access to the labour market” and “Access to justice”», documento de trabajo presentado a la duodécima sesión del Grupo de trabajo [en línea], <<https://social.un.org/ageing-working-group/>>. [Consulta: 04/11/2022.]
- (2022b): «Substantive Inputs on the Focus Area “Economic security”», documento de trabajo presentado a la duodécima sesión del Grupo de trabajo [en línea], <<https://social.un.org/ageing-working-group/>>. [Consulta: 04/11/2022.]

OECD (Organisation for Economic Cooperation and Development) (2005): *Long-term Care for Older People*, París: OECD.

OIT (Organización Internacional del Trabajo) (2012): «Recomendación Núm. 202 sobre los pisos de protección social» [en línea], <https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:3065524>. [Consulta: 04/11/2022.]

OMS (Organización Mundial de la Salud) (2015): *Informe mundial sobre el envejecimiento y la salud*, Ginebra: OMS.

– (2021): *Informe mundial sobre el edadismo*, Ginebra: OMS.

RELATOR ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO DE TODA PERSONA AL DISFRUTE DEL MÁS ALTO NIVEL POSIBLE DE SALUD FÍSICA Y MENTAL (2009): «Informe del relator especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental», Anand Grover, A/64/272 [en línea], <<https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2F64%2F272&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False>>. [Consulta: 04/11/2022.]

– (2011): «Estudio temático sobre el ejercicio del derecho a la salud de las personas mayores realizado por el relator especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental», Anand Grover, A/HRC/18/37 [en línea], <<https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FHRC%2F18%2F37&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False>>. [Consulta: 04/11/2022.]

Fecha de recepción: 1 de septiembre de 2022.

Fecha de aceptación: 24 de octubre de 2022.

EL CUIDADO DE LAS PERSONAS MAYORES:
UN DERECHO FUNDAMENTAL EN CIERNES

*CARE FOR OLDER PEOPLE:
A FUNDAMENTAL RIGHT IN THE MAKING*

Fernando Flores

*Profesor Titular de Derecho constitucional
Universitat de València*

RESUMEN

La fragilidad de las personas requiere de cuidados si desea preservarse su dignidad. La dignidad humana es un valor constitucional que se preserva con la realización de los derechos fundamentales. El artículo plantea unas consideraciones iniciales sobre la pertinencia y la viabilidad de un derecho fundamental a los cuidados en el ordenamiento jurídico español. La pertinencia vendría dada por su fundamentación, una tarea propia de la filosofía, no de la jurisprudencia analítica o ciencia del Derecho. En cuanto a la viabilidad de configurar un derecho fundamental a los cuidados se pretende contribuir a poner las bases del debate, introduciendo sus posibilidades desde los elementos (sujetos, titularidad, objeto, finalidad, efectos, límites...) de la teoría de los derechos fundamentales, y apoyándose en la perspectiva de uno de los grupos que necesariamente habrán de ser sus titulares, las personas mayores.

PALABRAS CLAVE

Cuidados, derechos fundamentales, autonomía, necesidades básicas, protección constitucional, personas mayores.

ABSTRACT

People's vulnerability requires care if their dignity is to be preserved. Human dignity is a constitutional value that is preserved by the realization of fundamental rights. The article raises some initial considerations on the relevance and feasibility of a fundamental right to care. The relevance would be given by its rationale, a task proper to philosophy, not to analytical jurisprudence or the science of law. Regarding the viability of establishing a fundamental right to care, the aim is to contribute to laying the foundations of the debate, introducing its possibilities based on the elements (subjects, ownership, object, purpose, effects, limits, etc.) of the theory of fundamental rights, and relying on the perspective of one of the groups that will necessarily have to be its holders, the elderly.

KEY WORDS

Care, fundamental rights, autonomy, basic needs, constitutional protection, older people.

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2022.054>

EL CUIDADO DE LAS PERSONAS MAYORES: UN DERECHO FUNDAMENTAL EN CIERNES

Fernando Flores

Profesor Titular de Derecho constitucional
Universitat de València

Sumario: 1. Introducción. 2. El cuidado: ¿de qué hablamos? 3. Los cuidados como derecho fundamental. 3.1. Fundamento de los cuidados como derecho fundamental. 3.2. Efectos de los cuidados como derecho fundamental. 4. Los cuidados y su relación con los derechos de las personas mayores. 4.1. Los cuidados son componente de la dignidad humana de las personas de edad. 4.2. Los cuidados crean las condiciones para el ejercicio de la autonomía personal básica y el resto de los derechos. 4.3. Los cuidados como derechos configurados legalmente. 5. Hacia la configuración de un derecho fundamental de los cuidados. 5.1. Reivindicación del derecho y primeras propuestas. 5.2. Articulación del derecho a los cuidados. 5.2.1. Derecho a los cuidados: ¿derecho simple o complejo? 5.2.2. Sujetos, titulares y objeto: ¿derecho a ser cuidado y derecho a cuidar? 5.3.3. Los límites del derecho. 6. Conclusión. Notas. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Desde que a finales de los años setenta del siglo XX Carol Gilligan introdujera con éxito el cuidado como un asunto merecedor de reflexión ético-filosófica¹, la sociedad ha experimentado un extraordinario viaje que, en realidad, no está sino en sus inicios. Lo extraordinario del viaje tiene que ver con el hecho de que el cuidado haya empezado a dejar de ser una realidad invisible —además de privada, escondida, feminizada y discriminatoria— para iniciar una andadura crecientemente, pública y expansiva, todavía de modo desigual según en qué ámbitos.

La idea de que la fragilidad humana, además de ser un rasgo común a la naturaleza de todos los mortales, posee una dimensión social de primer orden, sitúa al cuidado —a los

cuidados— como elemento central del pacto social, de interés vital de las democracias y de obligada atención para la protección de los derechos de las personas².

La dimensión política que ha ido adquiriendo el cuidado explica su creciente reivindicación y presencia en las grandes líneas de las políticas públicas, y justifica que su estudio se vincule no solo a la ética o a la sanidad, sino también a la educación, a la sociología, a la economía, al mundo laboral, a la psicología, a la inmigración, a la administración de servicios públicos, a la innovación y las nuevas tecnologías, al sistema de pensiones y al urbanismo³, y a otros ámbitos del pensamiento y de la acción.

Uno de los campos en el que el debate sobre los cuidados es más incipiente y necesitado de desarrollo es el del Derecho, y en él quizás sea el relativo a su configuración jurídica en relación con las personas mayores el que esté adquiriendo mayor notoriedad. Porque nunca como en esta época se ha hablado tanto de los mayores y sus derechos, y nunca han concurrido unas circunstancias tan claras para justificar esta atención.

Este interés por los mayores y los cuidados se fundamenta, por una parte, en una circunstancia estructural: la confirmación demográfica global del envejecimiento. Hoy en día, las tendencias demográficas configuran un aumento gradual y sostenido de la población mayor de 65 años. En 2019, antes de la pandemia, la población mayor en España había superado los 9 millones (19 % del total), y las proyecciones indicaban que en 2050 ese porcentaje se situará por encima del 31 %. Una población mayor feminizada en la que cada vez son más las personas que superan los 85 años, el llamado «envejecimiento de la vejez»⁴ y su directa relación con el aumento de la morbilidad y la necesidad de los cuidados.

De otra parte, la atención a los mayores trae causa de una circunstancia coyuntural, la pandemia de COVID-19⁵. La crisis sanitaria ha puesto de manifiesto sin medias tintas el grado de vulnerabilidad de las personas de edad avanzada y lo descuidado que la sociedad (y el Derecho, en lo que aquí interesa) tiene el mundo de los cuidados a ellas debidos; debidos al menos desde la perspectiva moral, y no tan claramente (se ha descubierto) desde la jurídica. En los últimos meses se ha evidenciado la insuficiente y tardía (cuando no ausente) atención y cuidado exigibles, las gravísimas consecuencias para las personas mayores, y las impracticables vías de reclamación jurídica en el ejercicio de la protección ante los tribunales para obtener resarcimiento por los derechos vulnerados a causa del fracaso del modelo de cuidados⁶.

De modo que se observa una población con un creciente número de personas mayores, muchas de ellas necesitadas de cuidados en todo momento, pero más aún en coyunturas de crisis, sean estas sanitarias, económicas o ambientales. Se constata que esas personas siguen siendo ciudadanas de pleno derecho, con su principio de autonomía y su dignidad personal teórica y constitucionalmente intacta. Y se advierte que del grado de protección de esa autonomía y esa dignidad humana depende la consideración de nuestras sociedades como verdaderas democracias y Estados de Derecho garantes de los derechos y libertades fundamentales. Surge entonces, entre algunas otras cuestiones, la pregunta sobre la consideración jurídica como *derecho* que deberían tener los cuidados, singularmente los referidos a las personas mayores. Es decir, ¿tiene sentido reconocer los cuidados en la Constitución como un derecho fundamental?

Este artículo se propone plantear unas consideraciones iniciales sobre la pertinencia y la viabilidad del reconocimiento de un derecho fundamental a los cuidados. La pertinencia vendría dada por su fundamentación, y es preciso advertir en este punto que fundamentar los derechos, en el sentido de aportar razones en favor de su reconocimiento, no es una tarea propia de la jurisprudencia analítica o ciencia del Derecho, sino que constituye una reflexión preliminar a la misma, propia de la filosofía⁷. Ya existen algunos trabajos importantes indicando esa dirección, de modo que este artículo tratará de articular resumidamente sus argumentos. En cuanto a la viabilidad de configurar un derecho fundamental a los cuidados —este campo sí esencialmente jurídico—, se trata de una tarea muy poco frecuentada hasta ahora. El texto que sigue pretende contribuir a poner las bases del debate, introduciendo sus posibilidades desde los elementos (sujetos, titularidad, objeto, finalidad, efectos, límites...) de la teoría de los derechos fundamentales, y apoyándose en la perspectiva de uno de los grupos que necesariamente habrán de ser sus titulares, las personas mayores.

El punto de partida de este trabajo es —siguiendo a Hesse— que los derechos fundamentales deben crear y mantener las condiciones elementales para asegurar una vida en libertad y la dignidad humana, y que la libertad de los ciudadanos en el momento histórico actual no estriba solo en una liberación de la intervención estatal. Una configuración en libertad y autonomía de la propia existencia depende mucho más de una serie de condiciones que no están a disposición del individuo, unas condiciones cuya dotación y mantenimiento constituye una tarea del Estado⁸.

En último término, el propósito de este texto es contribuir a llamar la atención sobre la necesidad —la exigencia política⁹— de que el Derecho preste mayor y mejor atención a los cuidados, especialmente a los debidos a las personas mayores.

2. EL CUIDADO: ¿DE QUÉ HABLAMOS?

Para configurar tanto la justificación como la conformación jurídica de un derecho a los cuidados resulta pertinente perfilar el contenido del término, es decir, de qué se está hablando cuando se habla de *cuidar*. Como se verá más tarde, aparece aquí la primera dificultad para el Derecho tanto por la cantidad de acciones y comportamientos que se incluyen en la idea de cuidado y por los matices y sutilezas (relevantes) que se les aplica como por la difícil delimitación jurídica y, en consecuencia, exigibilidad de algunos de ellos.

Nos encontramos ante un concepto complejo y en construcción, y a la vista de los múltiples planos que en él convergen, ese es su destino en el futuro. Por ejemplo, la OMS define así los cuidados de larga duración: «Sistema de actividades llevadas a cabo por cuidadores informales (familia, amigos o vecinos) o profesionales (sanitarios, sociales u otros), o ambos, para conseguir que una persona que no sea totalmente capaz de cuidar de sí misma mantenga la mejor calidad de vida posible, de acuerdo con sus preferencias individuales, con el mayor grado posible de independencia, autonomía, participación, realización personal y dignidad humana». Y Comas, más práctica, los describe de la siguiente forma:

«Cuidar es alimentar, proporcionar vivienda y vestido, criar a niños y niñas, asistir en la enfermedad, dar consejos, ayuda práctica y emocional. Nos cuidamos a nosotros mismos y también a las personas de nuestro entorno inmediato. Se trata de actividades diversas y desiguales que pueden hacerse de forma continuada o esporádica, según el ciclo vital de las personas o de coyunturas críticas»¹⁰. Durán, en *La riqueza invisible del cuidado*, argumenta que el cuidado «no es tanto una actividad física como mental [...] es la gestión cotidiana del bienestar propio y ajeno»¹¹; y Torralba entiende que cuidar de otra persona es velar y proteger su identidad personal y, por tanto, su intimidad, algo de lo que adolecen los objetos, y que para llevar a cabo algo tan delicado «no bastan con los principios morales de beneficencia, no-maleficencia, autonomía y justicia, la tetralogía básica de la ética biomédica, sino que se requiere una disposición, una actitud, un temple anímico que debe perdurar en el tiempo»¹².

De modo que el cuidado se concibe como algo más que una acción o conjunto de acciones, se manifiesta como un proceso articulado en distintas dimensiones y por agentes diversos que genera dinámicas diferentes, que es público y privado, que incorpora valor monetario, intercambio de recursos y gasto público, pero también sentimientos y emociones. Por eso se afirma que su materialización depende de la interacción de elementos situados en diferentes planos de la realidad. Así, la experiencia de cuidar y ser cuidado está condicionada tanto por factores individuales —la edad, el género, el estatus socioeconómico o el estado de salud—, como por otros estructurales —las normas y valores culturales que guían las relaciones familiares, o el tipo de organización del sistema del bienestar—. *Cuidar* significa apoyar a las personas en su autonomía, ayudarles para desenvolverse en la vida cotidiana. El *cuidado*, en definitiva, engloba aquellas prácticas individuales y sociales destinadas a asegurar la supervivencia y bienestar de los seres humanos.

Esta multiplicidad de manifestaciones explica el interés que ha despertado en diferentes campos del conocimiento. En este sentido, podría alargarse en los párrafos siguientes la mención de las disciplinas que abordan la realidad de los cuidados, pero en un epígrafe contextual como el presente basta mencionar algunas de ellas.

En el marco de la filosofía, el discurso de la ética se ha ocupado de los cuidados, pues corresponde a esta el «descubrimiento de las dominaciones y subordinaciones que no han sido denunciadas con eficacia y mantienen a sectores de la humanidad discriminados»¹³, una dominación-subordinación a costa de las mujeres que en este ámbito se ha mostrado más que evidente, al menos desde que Carol Gilligan impugnó los estudios de Kohlberg sobre los estadios del desarrollo moral.

Desde la sociología, Durán ha reclamado la necesidad de conocer cómo se distribuye la necesidad y el consumo de cuidados, llamando precisamente la atención con datos sobre el hecho de que la distribución de esta riqueza invisible no es el resultado de un pacto social e intergeneracional explícito, sino de fuerzas coercitivas que han asignado el trabajo del cuidado a las mujeres; e introduciendo el concepto de 'cuidatoriado' para referirse a la nueva clase social emergente formada por la diversidad de personas que se dedican a cuidar¹⁴.

Por su parte, Comas d'Argemir afirma que «se haga por amor o por obligación moral, lo cierto es que el cuidado no pagado que se realiza en la familia tiene valor económico».

Y así, recuerda que, desde el punto de vista de la antropología económica, el análisis de los cuidados reviste un interés particular por incorporar tendencias aparentemente contradictorias: persisten fuera de la lógica mercantil y al mismo tiempo se mercantilizan, se asocian a la esfera familiar y privada y al mismo tiempo se socializan y politizan, una socialización con importantes costes para el erario público¹⁵; de hecho, la economía feminista ha puesto de manifiesto el valor económico del trabajo que se realiza en los hogares y el impacto de dicho trabajo sobre las economías nacionales¹⁶.

Desde la psicología social, Pinazo llama la atención sobre la necesidad de considerar los cuidados desde una visión integral de la persona, en función del grado de dificultad para realizar las actividades básicas de la vida diaria (ABVD) y las actividades instrumentales de la vida diaria (AIVD), pero teniendo presente que se trata de cuidar personas, no solo cuerpos: «se trata de estar atento a sus necesidades y preferencias, de velar por su bienestar, de dar un trato digno que desarrolle el potencial del otro (sus capacidades) a lo largo del tiempo»¹⁷.

Y desde el Derecho viene reivindicándose que, además de configurarse como cuarto pilar del sistema de bienestar, el cuidado debe ser considerado no solo una intención política sino parte fundamental de la reformulación del pacto constitucional, «esta vez sí, social y democrático», desde una perspectiva feminista¹⁸, dando con ello lugar a una nueva generación de derechos que merecen no solo una consideración jurídica instrumental, sino también sustantiva.

3. LOS CUIDADOS COMO DERECHO FUNDAMENTAL

3.1. FUNDAMENTO DE LOS CUIDADOS COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Las constituciones establecen en su articulado derechos fundamentales porque el constituyente considera que para el funcionamiento del sistema jurídico que desea implantar resulta esencial dar la máxima protección jurídica a determinadas pretensiones y expectativas de los individuos, e incluso de los grupos en las que estos se organizan¹⁹. Partiendo de esta idea, y no habiendo sido los cuidados incluidos en la lista de derechos positivizados en la Constitución de 1978, es pertinente la pregunta: ¿por qué debería configurarse hoy el cuidado como un derecho fundamental?

De entrada, plantearse el fundamento de algo es preguntarse sobre la razón principal, la justificación con la que se pretende asegurar ese algo²⁰, su sustento objetivo. En el campo jurídico, la fundamentación de un derecho debe ser una realidad objetiva que, vinculada a ciertos principios o afirmaciones aceptados con anterioridad, justifique racionalmente la afirmación de determinada pretensión como derecho.

No hay una sola forma o perspectiva desde la que fundamentar los derechos (ni posible acuerdo entre ellas), ni siquiera sobre si es pertinente o útil hacerlo. En lo que respecta a este estudio, se parte de que la fundamentación de un derecho no es irrelevante —sí resulta inconveniente o inocua para *realistas, positivistas, relativistas y escépticas*²¹—, pues se entien-

de que a ella se vincula tanto el sistema de garantías que lo protege como su interpretación jurídica²². En este sentido, se asume la idea según la cual existe una continuidad entre la expresión normativa de los derechos y los presupuestos que le sirven de base²³.

En cuanto a estos últimos, los presupuestos que determinan los derechos que se aspira a reconocer, así como el alcance que debe asignárseles, deben ser el fruto de una discusión racional en el plano de la filosofía moral, una creación humana que no es «de ningún modo arbitraria, sino que está condicionada por sus funciones sociales distintivas y por los presupuestos conceptuales a través de los cuales la identificamos»²⁴.

En este sentido, los derechos, más que entidades justificadas en ideas trascendentales o concepciones abstractas del mundo y el ser humano, deben ser concebidos como categorías vinculadas a necesidades, intereses y relaciones sociales concretas. Los derechos fundamentales, trasunto positivo de los derechos humanos, expresarán entonces un orden jurídico integral que abarcará a la sociedad y el Estado, haciendo realidad el Estado social de Derecho que las constituciones contemporáneas instauran. En ese marco, habrán de aceptarse las informaciones de las ciencias sociales sobre las condiciones necesarias para hacer efectiva la implantación de los derechos fundamentales, y estos, como normas básicas del sistema, orientarán la *praxis* política dirigida a transformar la sociedad²⁵.

De este modo, para fundamentar un derecho concreto hay que partir de un bien humano fundamental (inherente a la dignidad objetiva de la persona humana) afectado por una o varias amenazas, y del conocimiento del modo más efectivo de enfrentarlas en función de los instrumentos institucionales de los que se puede disponer y que pueden hacerse cargo de forma confiable para la salvaguarda de aquel bien²⁶. El derecho se origina y adquiere cuerpo como razón de justicia en un marco de interacción institucionalizada, que requiere precisamente de la acción de las estructuras institucionales para su realidad: «sin estructura social podemos seguir poseyendo derechos morales, pero no derechos fundamentales»²⁷. Esta perspectiva es útil para abordar la fundamentación y alcance de los cuidados como derecho fundamental.

En relación con estos, y con la aspiración en convertirlos en un derecho fundamental a los cuidados, el punto de partida ha de ser una realidad objetiva, que en este caso viene determinada por la *fragilidad* y la *vulnerabilidad* como condición general del ser humano, una vulnerabilidad que se acentúa considerablemente en la vejez. A esta fragilidad se asocia la consecuente *necesidad*, entendida esta, de entrada, como la «carencia de aquellas cosas que son imprescindibles para la conservación de la vida»²⁸. La necesidad entendida no como la satisfacción del «tener», sino la que se orienta al «ser», es decir, a la libre realización de la personalidad²⁹. La conservación y la vida digna como bien fundamental que debe ser protegido.

Sabemos —dice Santiago Nino—, aunque preferimos no recordarlo todo el tiempo, que «nuestra vida está permanentemente acechada por infortunios que pueden aniquilar nuestros planes más firmes, nuestras aspiraciones de mayor aliento, el objeto de nuestros afectos más profundos. No por ser obvio deja de ser motivo de perplejidad el hecho de que este carácter trágico de la condición humana esté dado, además de por la fragilidad de nuestra constitución biológica y por la inestabilidad de nuestro entorno ecológico, por obra de nosotros mismos»³⁰.

Esa fragilidad, y la inestabilidad que comporta, puede compensarse, al menos en parte, con el buen cuidado, pues este mejora las capacidades relacionadas con el «ser» de la vida. En efecto, el buen cuidado juega un papel fundamental en la vida de las personas que lo reciben: mejora su integridad física, su capacidad de sentir, de pensar, de imaginar, de elegir; fomenta su afectividad y evita el miedo y la ansiedad, es decir, «satisface o puede satisfacer el rango completo de las capacidades humanas esenciales»³¹. El buen cuidado es, pues, la respuesta (una respuesta central) a la amenaza contra ese bien fundamental que es la vida vivida con dignidad en aquellos momentos en que el ser humano es o se torna efectivamente vulnerable; es por tanto racional que exista una pretensión de ser «bien cuidados». Frente a ello, la respuesta ética y política ante esa fragilidad puede ser de inhibición, individual y social, o, por el contrario, puede consistir en la preocupación por el cuidado de lo que en el ser humano es vulnerable, lo que equivale a decir en la preocupación por proteger la dignidad de las personas. En la actualidad, en un momento histórico en el que, debido al fenómeno del envejecimiento, la necesidad de cuidados de larga duración sobre las personas mayores va a ser más insistente y se va a prolongar durante más tiempo³², la cuestión reaparece reclamando una nueva respuesta.

Hasta ahora, la respuesta a la necesidad de los cuidados (que alguien tiene que asumir, de un modo u otro) ha sido fundamentalmente privada, familiar, femenina, no asumida como tal necesidad en el ámbito de lo público. Como varias autoras han puesto de manifiesto, el Estado social de Derecho de las constituciones contemporáneas descansa sobre un modelo que adjudica al hombre la función de sustentador y a la mujer la de cuidadora y reproductora³³, y que asume, con ello, una injusticia estructural de género y de clase.

Del papel atribuido a las mujeres en los cuidados resulta la flagrante injusticia de género que determina sus trayectorias vitales. Porque «el cuidado es un gran devorador de tiempo, que no se puede destinar a otras cosas y limita las oportunidades. Eso implica salarios más bajos, pensiones más bajas, pobreza femenina [...] una desigualdad social que incide en las desigualdades de salud [...] por lo que los sectores populares más desfavorecidos envejecen en peores condiciones y viven menos años». Y resulta también la injusticia que se proyecta sobre las trabajadoras del cuidado: «Cuando los sistemas públicos de cuidados son débiles y las necesidades son elevadas, los hogares de clase media y alta solucionan el problema contratando cuidadoras domésticas, o utilizando servicios del mercado [...] que toman de la inmigración. Miles de mujeres abandonan sus países y sus familias —drenaje de cuidados— con un coste individual y social todavía por determinar en muchos casos»³⁴.

La constatación de la evidente injusticia estructural del modelo socioeconómico exige un cambio en la organización social del cuidado y, con él, un cambio de modelo sostenido en los principios de equidad y reciprocidad, un modelo que considere el cuidado no solo como una obligación privada sino pública³⁵. Un modelo que dé respuestas a las necesidades básicas de los ciudadanos, que les garantice que puedan ser autónomos y activos sin dejar de lado su concreción para cada persona, se plantee convertir el cuidado en un derecho fundamental³⁶. Un modelo que considere tanto la perspectiva del otro generalizado (derechos) como la del otro concreto (cuidado), que combine la ética de la justicia con la ética de la responsabilidad, los principios universales con la subjetividad de las emociones³⁷.

Y es aquí donde encaja la pregunta que Igareda formulaba con acierto y escepticismo hace ahora diez años: «¿Podría ser una legislación sobre el cuidado una consecuencia de la obligación del Estado de garantizar los cuidados en una sociedad»³⁸? Si fuera así, los cuidados se entenderían como una necesidad individual pero social a la vez, que el Estado debe garantizar para que se cumpla el principio de igualdad, y la función de tutela de un Estado Social de Derecho que asegura un mínimo de bienestar a la sociedad. Estaríamos, por tanto, defendiendo el reconocimiento de un nuevo derecho social, el derecho al cuidado. El acceso y la cobertura pública de los cuidados se convertirían así en una prestación más del Estado de Bienestar, equiparándolo a un derecho social como el derecho a la sanidad o a la educación»³⁹.

3.2. EFECTOS DE LOS CUIDADOS COMO DERECHO FUNDAMENTAL

La consideración de los cuidados como un derecho fundamental implicaría una serie de efectos que deben ser considerados.

De la doble dimensión del derecho fundamental se deducirían dos efectos. El primero sería que, como norma atributiva de derechos subjetivos, el derecho a los cuidados habría de suponer el apoderamiento jurídico a determinado sujetos para exigir —bien del Estado, bien de terceros— la intervención y/o realización de alguna acción dirigida a proporcionar un servicio o remover un obstáculo, o la abstención de realizar aquello que pueda impedir la efectividad del derecho. Es decir, en un sentido jurídico estricto (más allá del habitual sentido coloquial con el que se habla del derecho al cuidado como pretensión abstracta, como obligación moral), la atribución al cuidado de la consideración como derecho supondría necesariamente la incorporación al mismo de una norma alegable y exigible ante los tribunales.

Siguiendo la precisa explicación de García Amado, podría decirse que los cuidados no cobrarían naturaleza jurídica «en tanto no existan cauces procesales para hacerlos valer frente a todos y cada uno de los poderes públicos, frente al Estado mismo, ante todo y en primer lugar [...] Desde el instante en que hay garantías procesales para los derechos constitucionales, estos ya no son “derechos” meramente morales u objetivos políticos, sino que se hacen derechos jurídicos, derechos propiamente dichos. Tanto más, cuanto más efectivos sean dichos procesos de control de constitucionalidad y de correspondiente defensa de los derechos»⁴⁰. Esta mirada estrictamente jurídica, en absoluto excluyente de otras, pero sí diferente, resulta esencial para avanzar en la protección de los derechos de las personas necesitadas de cuidados, especialmente de las de edad avanzada, tal y como ha demostrado la irrupción de la crisis sanitaria.

El segundo efecto, el relativo a la dimensión objetiva como derecho fundamental, supondría la incorporación de principios objetivos básicos para el ordenamiento constitucional democrático y del Estado de Derecho⁴¹. En ese sentido comportaría para los cuidados un mandato de optimización, un contenido normativo a realizar por los poderes públicos, unas actuaciones concretas dirigidas a conseguir el máximo desarrollo, jurídico y práctico, del haz de facultades comprendido en el derecho fundamental. Lo que algunos autores

llaman «efecto irradiante» de los derechos fundamentales, es decir, «la necesaria proyección que ha de tener el derecho fundamental como norma de principio en todos los sectores del ordenamiento jurídico, con lo que su presencia tiene que hacerse notar a la hora de interpretar y aplicar las normas que integran cada una de las ramas (civil, mercantil, penal, laboral, administrativa...) del mencionado ordenamiento»⁴².

La reclamación del cuidado podría ser directa si este se configura como un derecho constitucional de los reconocidos (se habla aquí del caso español) en el Capítulo II del Título I de la Constitución. Es decir, en tal caso sería exigible en sede jurisdiccional con independencia de haber sido desarrollado por ley. Su ubicación en este espacio «obligaría» al legislador a intervenir como responsable de la política de los derechos fundamentales (pues la legislación negativa no le impediría efectividad) y a dotar al derecho al cuidado de un contenido específico que no lo desfigurase, que no lo hiciese irreconocible, un extremo del que el Tribunal Constitucional sería el último garante⁴³.

Si, además, se optase por establecer el cuidado como uno de los derechos fundamentales de la Sección primera del mismo Capítulo II, se añadiría a sus garantías la reserva de ley orgánica (vía artículo 81 CE), más una específica protección judicial (el procedimiento preferente y sumario que, dependiendo de la configuración objetiva del derecho y de la naturaleza del caso específico, correspondería a una vía jurisdiccional —civil, contenciosa, penal, social— u otra), y otra constitucional, el recurso de amparo.

En la actualidad, los cuidados no son en el ordenamiento jurídico español un derecho fundamental, ni siquiera son un derecho constitucional o un principio rector de la política social o económica. Al menos no lo son con ese nombre. En la Constitución española no existe el «derecho al cuidado», como sí existe el derecho a la educación (art. 27), el derecho a la propiedad (art. 33) o el derecho a la vivienda (art. 47). Estos derechos lo son con distinta eficacia, pero son derechos constitucionales expresamente reconocidos⁴⁴. Aun así, las expectativas de cuidados sí tienen ya un reflejo en el ordenamiento jurídico.

De una parte, el reconocimiento constitucional e internacional (artículo 10.2 CE) de distintos derechos que, sin mencionarlos, implican cuidados (por ejemplo el derecho a la salud, la protección de la integridad física o psíquica de las personas, los servicios sociales o la vivienda), unido a la obligación de los poderes públicos de remover los obstáculos para que la libertad e igualdad de las personas sea efectiva (art. 9.2 CE), justifica la interpretación garantista y extensiva sobre aquellas decisiones que afecten a los cuidados⁴⁵; y justifica, además, la reclamación (política) tanto de normas (las mencionadas en el apartado anterior) como de políticas públicas que mejoren los servicios que procuran y sostienen los cuidados.

De otra, no existiendo reconocimiento constitucional específico del derecho al cuidado, su reclamación puede realizarse —como garantía procesal— de acuerdo con los términos de las leyes y normativa de rango inferior que regulan los cuidados (aunque en ellas no se identifiquen con ese nombre). Así sucede, por ejemplo, con la denominada Ley de Dependencia (LAPAD), las leyes de servicios sociales autonómicas, la obligación de alimentos que establece el Código Civil o los decretos de funcionamiento de centros residenciales⁴⁶.

4. LOS CUIDADOS Y SU RELACIÓN CON LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MAYORES

En un sentido genérico y abierto podría decirse que el (derecho al) cuidado se presenta como una «constelación de derechos» que, al concretarse en la tutela de las personas mayores, se dirige fundamentalmente a preservar su autonomía, su capacidad de decisión, y con ello su dignidad. Ello es así por las siguientes razones:

- i)* Porque los cuidados son imprescindibles para la protección de la dignidad humana, que la Constitución establece como fundamento del orden político y la paz social (art.10.1 CE), y se revelan especialmente necesarios para la de las personas mayores.
- ii)* Porque son la condición para que las personas mayores cuidadas puedan tener una vida autónoma, y a partir de ella realizar eficazmente otros derechos, como el de residencia y circulación, el sufragio, el acceso a la justicia o a la cultura, la asociación....
- iii)* Porque la realización de los cuidados coincide específicamente con la realización de derechos, individuales y sociales, reconocidos constitucionalmente de forma específica (por ejemplo, el derecho a la salud, la protección de la integridad física o psíquica de las personas, la vivienda...).
- iv)* Porque existe una legislación que reconoce concreta y expresamente el derecho subjetivo de determinadas personas, en determinadas condiciones, a recibir prestaciones dirigidas a apoyarlas en la realización de las actividades básicas de la vida diaria (el cuidado personal, las actividades domésticas básicas, la movilidad esencial, reconocer personas y objetos, orientarse, entender y ejecutar órdenes o tareas sencillas).

Como se verá enseguida, esta última manifestación es la que coincidiría, hoy en día, con el sentido más estricto del derecho al cuidado, con su núcleo esencial como norma jurídica alegable y exigible ante los tribunales. Se trata del derecho subjetivo creado por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía y Atención a las Personas en situación de Dependencia (LAPAD) a ser titular de determinados servicios si la persona, de edad avanzada o no, se encuentra en una situación de dependencia reconocida de acuerdo con los términos de la Ley.

Enseguida se comentará este punto. Antes se tratará de configurar los cuidados desde la perspectiva de los derechos de las personas mayores, exponiendo los diferentes perfiles que los cuidados adoptan en este ámbito. Estos perfiles no son excluyentes ni alternativos, sino que la mayor parte de las veces se mezclan y complementan⁴⁷.

4.1. LOS CUIDADOS SON COMPONENTE DE LA DIGNIDAD HUMANA DE LAS PERSONAS DE EDAD AVANZADA

La Constitución española establece (art. 10.1) que la dignidad de la persona es «fundamento del orden político y de la paz social», y el Tribunal Constitucional ha afirmado que

«la dignidad debe permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre»⁴⁸.

Ciertamente, la dignidad es un concepto abstracto que no opera de modo autónomo ante los tribunales, pero sí lo hace cuando se trata de determinar el respeto concreto de los derechos fundamentales de las personas. Porque con su reconocimiento constitucional se produce una irradiación de su contenido —libertad e igualdad de todas las personas— a cualquier relación normativa en la que esté en juego dicho contenido.

De modo que, si hablamos de las personas mayores, la protección —la realización— de su dignidad se produce en la medida en que se protegen, se realizan (son eficaces) sus derechos fundamentales. Es cierto que los mayores tienen reconocidos todos los derechos constitucionales como cualesquiera otros ciudadanos, pero también está demostrado que —en razón la situación de vulnerabilidad en la que en muchas ocasiones se encuentran— «las situaciones» asociadas a la vejez suponen, por distintas razones, una realidad discriminatoria que afecta directamente a su dignidad⁴⁹.

Los cuidados son «la condición básica para la realización efectiva de la dignidad humana y de la igualdad en su vertiente material»⁵⁰, son la respuesta a la necesidad que provoca la vulnerabilidad, y de la que se ha hablado en el apartado de la fundamentación del derecho. Los cuidados comportan una serie de acciones y comportamientos —de familiares, de profesionales, de instituciones— dirigidas a permitir a las personas mayores a conservar el mayor espacio de autonomía posible dadas sus circunstancias concretas; unas acciones que, se verá enseguida, resultan condición imprescindible para poder llevar a cabo el resto de los derechos y, en consecuencia, para proteger su dignidad.

4.2. LOS CUIDADOS CREAN LAS CONDICIONES PARA EL EJERCICIO DE LA AUTONOMÍA PERSONAL BÁSICA Y EL RESTO DE LOS DERECHOS

Como se ha descrito en el punto dedicado a definirlos, los cuidados comprenden un conjunto de acciones de muy diversa naturaleza orientadas a proteger y garantizar espacios de libertad y autonomía de las personas mayores. A varios niveles.

Un primer nivel se dirige a facilitar la autonomía personal imprescindible para que las personas mayores puedan realizar actividades básicas de su vida cotidiana: la movilidad esencial, el reconocer personas y objetos cercanos, orientarse, realizar tareas sencillas... Un segundo nivel supone la creación o fortalecimiento de las condiciones que permitan a los mayores realizar eficazmente sus derechos: circular libremente, acceder a la cultura, votar..., derechos que la Constitución reconoce a todos los ciudadanos y que muchas personas de edad solo podrán realizar en la medida en que reciban esos cuidados, es decir, apoyo, acompañamiento, consejo, información de interés, accesibilidad...

Como se comprueba fácilmente, los cuidados se dirigen a posibilitar la capacidad de autodeterminación de las personas mayores: la capacidad de decidir sobre el ejercicio de derechos que consideramos fundamentales (elegir lugar de residencia, votar, reclamar tutela judicial, circular libremente...), y la capacidad de decidir sobre el ejercicio de otras cues-

tiones que en sí mismas no son derechos, pero sí realización del principio de autonomía que asiste a todos los seres humanos⁵¹. Un enfoque adecuado de los cuidados para proteger la autonomía y evitar la lesión de los derechos resulta especialmente relevante en el caso de las personas con deterioro cognitivo. En estos casos, la autonomía puede desaparecer completamente, a no ser que se hayan tomado las medidas necesarias y se haga uso de los instrumentos diseñados para ello (historias de vida, círculos de apoyo, etc.), lo que ocurre en muy contadas ocasiones⁵².

4.3. LOS CUIDADOS COMO DERECHOS CONFIGURADOS LEGALMENTE

No existiendo enunciado constitucional que los reconozca, los cuidados pueden dar lugar a derechos en la medida en que están reconocidos y descritos por otras normas. Como todas las aspiraciones a recibir prestaciones y servicios, son las leyes y las disposiciones reglamentarias que las desarrollan las que determinan y concretan las características y el alcance de los cuidados, así como los requisitos que legitiman a las personas para poder solicitarlos.

Entre todas ellas hay normas que definen y desarrollan las facultades que forman parte del núcleo duro de los cuidados, y otras que establecen derechos que, de una forma u otra, contribuyen a que los cuidados sean realizados de forma satisfactoria.

Entre las primeras, ya se ha mencionado, destaca la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía y Atención a las Personas en situación de Dependencia, una norma que individualiza algunos derechos directamente relacionados con los cuidados: el derecho a la intimidad, el derecho a recibir la información completa y continuada en términos comprensibles y accesibles, el derecho a la participación en la formulación de las políticas que puedan afectar a su bienestar, o el derecho a decidir sobre el ingreso en un centro residencial. La LAPAD pretendía, recuerda Comas, «desmedicalizar la fragilidad asociada a la vejez e impulsar el derecho a ser cuidado desde los servicios de carácter social», pero lo cierto es que quince años después de su aprobación sus objetivos se han visto mermados por una suma de circunstancias que deben revisarse desde la necesaria reformulación del modelo de cuidados⁵³.

Otra de las materias vinculada a los cuidados que ha recibido interés y tratamiento legislativo es la de la conciliación entre la vida profesional y familiar, sobre todo tras las sentencias del Tribunal Constitucional que la relaciona con el derecho a la no discriminación por razón de sexo (art.14 CE) y con el principio de protección de la familia (art.39 CE)⁵⁴. La Ley 39/1999, de 9 de noviembre, de Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras; la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de hombres y mujeres; o el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en el empleo y la ocupación⁵⁵ son normas con rango de ley que inciden en los cuidados desde una perspectiva más equitativa.

También incorporan derechos y deberes relacionados directamente con los cuidados diversas leyes autonómicas sobre servicios sociales. Temas como la atención personalizada,

la privacidad y la confidencialidad, la información para poder decidir, el respeto a la autonomía, la elección entre los profesionales y las prestaciones posibles, se establecen como derechos configurados legalmente (así, por ejemplo, el art.10 de la Ley 3/2019 de servicios sociales inclusivos de la Comunitat Valenciana).

O normas de carácter reglamentario, como el reciente Decreto Foral 92/2020, de 2 de diciembre, por el que se regula el funcionamiento de los servicios residenciales, de día y ambulatorios de las áreas de mayores, discapacidad, enfermedad mental e inclusión social, del sistema de servicios sociales de la Comunidad Foral de Navarra. En este Decreto se detallan principios (promoción de la autonomía personal y de las relaciones familiares, atención centrada en la persona..., art. 39), y derechos (libertad individual, atención a necesidades específicas, deseos y preferencias, privacidad..., art. 41), así como los requisitos específicos de los servicios que afectan a los cuidados, o la exigencia de planes de actuación individuales centrados en la persona, en los que se incorporará una fase de valoración integral (historia de vida), y se consensuará un plan de apoyos y de acompañamiento (Anexo I: Requisitos materiales y funcionales de los servicios del sistema de servicios sociales)⁵⁶.

Por último, entre las normas que establecen derechos que, de una forma u otra, contribuyen a que los cuidados sean realizados de forma satisfactoria, se encuentran todas aquellas que, con diferente naturaleza y alcance, regulan espacios, situaciones, condiciones y servicios que inciden en esos cuidados. Así sucede con la obligación de cuidado y alimentos que el Código Civil prevé para las personas mayores (cónyuge y ascendientes), en sus artículos 68, 142 y 143, la normativa estatal sobre pensiones o las leyes autonómicas y locales que regulan la vivienda. O, recientemente, la que ha reformado la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (Ley 8/2021, de 2 de junio).

5. HACIA LA CONFIGURACIÓN DE UN DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS CUIDADOS

5.1. REIVINDICACIÓN DEL DERECHO Y PRIMERAS PROPUESTAS

La ausencia de reconocimiento por parte de la Constitución de 1978 del cuidado como un derecho fundamental hace de este, hoy en día, un derecho que no se tiene, pero que, como dice Garrido, «se quería tener». Para llegar a tenerlo, primero hay que justificar su pertinencia, fundamentarlo con razones⁵⁷; después, hay que construirlo, es decir, delimitarlo por sus elementos objetivos y subjetivos, y dotarlo de una naturaleza y un régimen jurídico determinado⁵⁸. No es una tarea sencilla⁵⁹.

Clements afirma (al hablar de los cuidados, en concreto, de las cuidadoras y cuidadores) que el lenguaje de los derechos humanos es el medio más obvio para que las personas expresen y desafíen una determinada marginación colectiva, dependiendo su éxito de una serie de factores sociopolíticos, culturales y conceptuales⁶⁰. Uno de estos factores es la fuerza con que la reivindicación se postula desde distintos ámbitos de la sociedad, reivindicación

que en el ámbito de los cuidados viene acrecentándose de forma notable en los últimos años, sobre todo en el cuidado de las personas de edad avanzada.

En esa dirección, y además de los argumentos consignados en los apartados iniciales de este artículo, puede tener interés la llamada de atención que Martínez, Roldán y Sastre⁶¹ hacen sobre el hecho de que organismos internacionales como la OMS o la OCDE defiendan la necesidad de organizar adecuadamente los sistemas nacionales de atención a la dependencia, «señalando las consecuencias negativas que la inacción en este ámbito podría tener en términos de eficiencia económica, nivel de empleo, igualdad de género y bienestar de las personas atendidas». En este sentido, insisten las autoras, existe consenso en la idea de que los cuidados de larga duración y la atención a la dependencia deben formar un «cuarto pilar del Estado de Bienestar, consolidando un conjunto de derechos sociales esenciales en los países avanzados».

También Tobío subraya esta perspectiva al identificar el siglo XX como el de la ampliación de los derechos y una nueva concepción de la idea de ciudadanía que debe ser culminada con el derecho a los cuidados. Si inicialmente los derechos se entendían como protección frente al Estado a través de sus manifestaciones cívicas y políticas, ahora el Estado se transforma progresivamente en protector ante los riesgos y contingencias que experimentan las personas a lo largo de la vida: «Un nuevo enfoque de las políticas sociales añade a los pilares clásicos del Estado del bienestar —sanidad, pensiones y educación— el cuidado de los menores y de los mayores, no ya como excepción cuando no hay familia que pueda asumirlo, sino como nueva normalidad social»⁶². A mayor abundamiento, Camps reivindica la evidencia de que el cuidado a los demás, que antes se consideraba un asunto familiar y reservado a las mujeres, debe ser ahora visto como un deber y un derecho público. Marrades ha apuntado razonadamente la necesidad, idoneidad y ventajas de la configuración de un derecho fundamental al cuidado, llevando su reconocimiento a una futura reforma constitucional que incluya, además de los principios asociados a la ética de la justicia, los que están en la base de la ética de los cuidados. Y Garrido ha propuesto ya una primera delimitación de los elementos objetivos y subjetivos necesarios para su existencia, su estructura, los derechos en que puede descomponerse, las relaciones entre ellos y su viabilidad⁶³.

A estas y otras muchas reivindicaciones y aportaciones en torno a la consideración de los cuidados como derecho positivo debe sumarse la concurrencia en los últimos años de algunos textos normativos vinculantes (todavía pocos) que recogen y definen el derecho al cuidado.

Previamente debe decirse que, aunque los tratados internacionales de derechos humanos no han incluido explícitamente el derecho al cuidado en ninguna de sus manifestaciones, una interpretación correcta de los mismos habría de conducir a su vigencia y efecto vinculante⁶⁴. Así, la Observación General N.º 6, al hablar de los Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de edad aprobados por la Asamblea General en 1991⁶⁵, menciona la *independencia*, la *participación*, la *autorrealización*, la *dignidad* y los *cuidados*, que facultan a las personas de edad para «gozar de atenciones familiares, contar con asistencia médica y poder disfrutar de los derechos humanos y las libertades fundamentales

cuando se encuentren en residencias o instituciones de cuidados o de tratamientos». Un enfoque que se ha ido incorporando en los consensos regionales del ámbito latinoamericano (con algún reflejo puntual en Europa), especialmente sensibles y comprometidos con los derechos de las personas mayores y con la importancia del cuidado.

Por eso, con un valor que supera lo programático, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores⁶⁶, en su artículo 12 (Derechos de la persona mayor que recibe servicios de cuidado a largo plazo) dispone:

«La persona mayor tiene derecho a un sistema integral de cuidados que provea la protección y promoción de la salud, cobertura de servicios sociales, seguridad alimentaria y nutricional, agua, vestuario y vivienda; promoviendo que la persona mayor pueda decidir permanecer en su hogar y mantener su independencia y autonomía.

Los Estados parte deberán diseñar medidas de apoyo a las familias y cuidadores mediante la introducción de servicios para quienes realizan la actividad de cuidado de la persona mayor, teniendo en cuenta las necesidades de todas las familias y otras formas de cuidados, así como la plena participación de la persona mayor, respetándose su opinión [...]».

Por su parte, la Constitución de la Ciudad de México (2019), en su artículo 9, titulado «Ciudad solidaria», establece:

«B. Derecho al cuidado.

Toda persona tiene derecho al cuidado que sustente su vida y le otorgue los elementos materiales y simbólicos para vivir en sociedad a lo largo de toda su vida. Las autoridades establecerán un sistema de cuidados que preste servicios públicos universales, accesibles, pertinentes, suficientes y de calidad y desarrolle políticas públicas. El sistema atenderá de manera prioritaria a las personas en situación de dependencia por enfermedad, discapacidad, ciclo vital, especialmente la infancia y la vejez y a quienes, de manera no remunerada, están a cargo de su cuidado»⁶⁷.

Y más recientemente la propuesta de Constitución chilena, finalmente no aprobada, disponía en su artículo 10 que:

«Todas las personas tienen derecho a cuidar, a ser cuidadas y a cuidarse desde el nacimiento hasta la muerte. El Estado se obliga a proveer los medios para garantizar que este cuidado sea digno y realizado en condiciones de igualdad y corresponsabilidad [...]»⁶⁸.

Por su parte, Europa todavía está en el momento programático de los planes y las estrategias, pero empieza a incorporar un debate inevitable y necesario. Así, la reciente Estrategia Europea de Cuidados ha establecido en septiembre de 2022 una primera agenda dirigida a mejorar la situación tanto de los cuidadores como de los receptores de cuidados. La Estrategia tiene como objetivo garantizar unos servicios de atención de calidad, asequibles y accesibles, con mejores condiciones de trabajo, igualdad de género y equilibrio entre la vida laboral y la personal de los cuidadores. También pretende avanzar en la aplicación del pilar europeo de derechos sociales y los objetivos principales de la UE para 2030 en materia de empleo, competencias y reducción de la pobreza.

En definitiva, en los últimos años, impulsado por el movimiento feminista, por el trabajo de numerosas académicas y por fuerzas políticas relevantes se está configurando un momento propicio para la creación e instalación generalizada de un derecho fundamental al cuidado. Se trata entonces de articular lo que al derecho corresponde.

5.2. ARTICULACIÓN DEL DERECHO A LOS CUIDADOS

5.2.1. Derecho a los cuidados: social y complejo

Para empezar con la estructura del derecho, habría que dilucidar si el derecho al cuidado consistiría en una norma o conjunto de normas deducibles de uno o varios enunciados normativos, lo que determinaría su carácter simple o complejo. Sería simple si su contenido subjetivo se concretase en una facultad jurídica que permitiese a su titular exigir la observancia de los deberes de abstención o de acción que pesan sobre los poderes públicos o los particulares. Sería complejo si incluyese una pluralidad de técnicas de garantía, como sucede con el derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el art. 24.1 CE⁶⁹. Como se verá enseguida, la naturaleza del derecho al cuidado (a ser cuidado, al menos) lo configura como un haz de facultades —una «constelación de derechos» se ha sugerido más atrás— que lo definirían como un derecho complejo, más cercano a la tutela judicial o al derecho a la educación que a la libertad de asociación o el derecho al honor.

Por otra parte, esa complejidad ha de incidir necesariamente en la construcción de los enunciados normativos que acaben configurando el derecho fundamental a los cuidados. Con carácter general, los enunciados normativos propios de los derechos fundamentales se caracterizan por su formulación «abstracta» (no incluyen referencias al modo, tiempo y lugar de ejercicio del derecho) y «abierta» (en principio, cualquier conducta que encaje en el enunciado normativo está protegida por el derecho fundamental), atributos que derivan de su mención genérica como conductas que en la realidad han de transcurrir siempre como algo concreto, susceptible de múltiples modalidades. El derecho fundamental a los cuidados se establecerá entonces como una «garantía de posibilidades» para la protección de la calidad de vida de quienes los necesitan, y «estará dirigido a los poderes públicos —en especial al legislador y a los integrantes del poder judicial—, quienes, por su función, serán los que concreten la norma de derecho fundamental, fijando sus coordenadas modales, espaciales y temporales»⁷⁰. El derecho al cuidado se configura así como un derecho complejo, social y prestacional.

5.2.2. Sujetos, titulares y objeto: ¿derecho a ser cuidado y derecho a cuidar?

Son sujetos de los derechos fundamentales los destinatarios de las normas que los configuran, bien como beneficiarios o titulares, bien como responsables y obligados a garantizarlos, estando los primeros en condiciones de reclamar comportamientos y prestaciones de los segundos.

En relación con el derecho al cuidado y la delimitación de su objeto, quiénes sean titulares del mismo aparece como una cuestión esencial previa; es decir, ha de tomarse primero una decisión, y es si el derecho fundamental debe (puede) ser articulado, además de en torno a la exigibilidad de ciertas prestaciones —de cuidados— por aquellas personas que los necesiten, también en relación con quienes los prestan —los cuidadores—, el *cuidatorio* que describe Durán⁷¹. Esta decisión previa es esencial pues determinará la distinción objetiva entre un derecho a recibir cuidados y un derecho a cuidar⁷².

Si aceptamos ambas opciones como posibilidad exploratoria, lo primero que debe realizarse es una acotación mínima que impida la transformación de ambos derechos en conceptos vacíos de contenido por su propia vaguedad⁷³. En este sentido, antes de trazar unas ideas básicas en torno al objeto del derecho a cuidar y el derecho a ser cuidado, es pertinente adelantar un par de notas previas sobre este objeto.

La primera nota tiene que ver con el cuidado y la dependencia. La dependencia es un estado de la persona que requiere atención, cuidados. Y toda persona que necesita cuidados es, en ese sentido, dependiente, sea su dependencia declarada formalmente o no según la ley.

La segunda nota trata de la «multidimensionalidad» de la relación del cuidado, un rasgo que ya se identificó al principio de este artículo cuando se trataba de definir de qué se habla cuando se habla de cuidados. Como se vio entonces, se habla de cuidado tanto en relación con comportamientos y prestaciones de tipo «material» como de tipo afectivo; y, como acertadamente señala Garrido, son solo los primeros los que deben dar lugar a un derecho, «pues la regulación jurídica de la afectividad es imposible, inconveniente y contraria al principio de autonomía de la persona (en este caso del cuidador o cuidadora)»⁷⁴.

El derecho a ser cuidado

Partiendo de aquí, el *derecho a ser cuidado* supondría para su titular la facultad de reclamar cuidados, es decir, una relación de acciones, actividades y prestaciones dirigidas a procurarle una calidad de vida digna, presidida por su propia autonomía y realización personal. El titular de dicho derecho sería el sujeto que cumpliera con determinados requisitos (constitucional y/o legalmente establecidas) presididos por una situación de vulnerabilidad y necesidad, fundamentalmente el hecho de necesitar apoyo para poder realizar determinadas actividades o vivir en determinadas condiciones. En principio, se trataría de personas pertenecientes al colectivo de la infancia, en situación de dependencia, las afectadas por enfermedad, y las personas de edad avanzada.

Los obligados a prestarlas habrían de ser, de una parte, los poderes públicos responsables de diseñar, organizar e implementar un sistema nacional de cuidados que responda adecuadamente a las expectativas del derecho; de otra, aquellos privados que la ley —el Código Civil— responsabiliza de los cuidados (obligaciones de los padres respecto de los hijos y a la inversa, obligaciones entre cónyuges), aquellos que voluntariamente se quieren dedicar a ejercerlos (habitualmente los familiares) y aquellos profesionales que de forma autónoma o a través de empresas o de las administraciones se dedican a ellos.

Las prestaciones en que consisten los cuidados serían las destinadas a la protección y promoción del bienestar y de la autodeterminación del titular del derecho, es decir, a procurarle el mínimo de bienestar que asegure esa calidad de vida digna. Siendo estas prestaciones muchas y de muy diversa naturaleza (recordemos la descripción de Comas: «Cuidar es alimentar, proporcionar vivienda y vestido, criar a niños y niñas, asistir en la enfermedad, dar consejos, ayuda práctica [...]»), qué haya de incluirse en ellas queda, tras la delimitación básica del derecho fundamental por el constituyente, en manos del legislador, de la interpretación garantista del poder judicial y, llegado el caso, del Tribunal Constitucional.

A la vista de lo anterior, el derecho fundamental a ser cuidado se configuraría, en la práctica, como un derecho complejo de naturaleza similar al que establece la LAPAD a partir de la situación y declaración de dependencia; derecho al que, por cierto, el del derecho a ser cuidado «absorbería», pues la atención a la dependencia prevista en la Ley 39/2006, dirigida a garantizar la autonomía en las actividades de la vida diaria, es, sin duda, una manifestación específica del ejercicio del cuidado.

El derecho a cuidar

Por su parte, el *derecho a cuidar* plantea dudas para su articulación como derecho fundamental. Habría de ser considerado, en su caso y en primer lugar, como un derecho complementario (o auxiliar) al de ser cuidado, pero absolutamente diferente. Porque sus titulares, su objeto y su finalidad son distintos⁷⁵.

El titular del mismo sería el cuidador o la cuidadora, es decir, la persona que, siendo capaz de hacerlo, asume la responsabilidad concreta del bienestar físico, mental y afectivo del otro⁷⁶ (la responsabilidad genérica puede ser del Estado, que ha de procurar que existan, además de los servicios materiales, cuidadores), y que ha de llevar a cabo alguna de las actividades exigibles por quien tiene el derecho a ser cuidado.

El objeto del derecho consistiría en la facultad de exigir de los poderes públicos la disposición de las medidas materiales y económicas que posibiliten la realización del cuidar, y de hacerlo en condiciones dignas.

Lo que en la actualidad identifica las condiciones de los cuidadores (es decir, de las cuidadoras) es la precariedad en todas sus dimensiones, y la precariedad de quien los procura es la precariedad de los cuidados⁷⁷. De ahí que la finalidad de la reclamación de un derecho fundamental a cuidar sería, básicamente, impedir escenarios de desventaja que coloquen a las personas cuidadoras, especialmente a las mujeres, en una situación de subordinación y vulnerabilidad⁷⁸.

La dificultad a la hora de articular el derecho a cuidar como derecho fundamental remite, en primer lugar, a su fundamentación. La necesidad básica asociada a la fragilidad de las personas, que concurre en el derecho a ser cuidado y de la que dependería la dignidad de la persona y el desarrollo de la personalidad, no estaría presente ahora del mismo modo⁷⁹. Tal y como se ha señalado, cabría configurarla, en su caso, como una obligación de los poderes públicos de la disposición de las medidas materiales y económicas que posibiliten la realización del cuidar, y de hacerlo en condiciones dignas. En cualquier caso, se abriría aquí también el debate sobre si los titulares del derecho serían todas aquellas personas dedicadas a los cuidados —en corto, familiares y profesionales— o solo las primeras, pues incorporar a los profesionales plantearía la pregunta de por qué el ejercicio de esta profesión debe figurar específicamente como derecho, y el resto de profesiones no.

5.2.3. Los límites del derecho

Los límites del derecho a ser cuidado vendrán delimitados, de una parte, por la configuración que el legislador y los jueces realicen del mismo; de otra, por los derechos de los

demás y los que surjan por la propia lógica en el momento de su ejercicio al confrontar con otros bienes jurídicamente protegidos.

Los límites del derecho a ser cuidado vendrán fundamentalmente determinados por la legislación de desarrollo y, en la práctica, por los recursos organizativos y económicos adjudicados para su realización. En cuanto al hipotético derecho a cuidar, además de los límites internos dispuestos por la norma que los defina, interesa detenerse en los externos, es decir, los derechos de los demás que en este caso son, básicamente, los de las personas cuidadas.

El objetivo de los cuidados es la protección y promoción de la autodeterminación, de la autonomía personal, pero dicho fin no debe encubrir que, en ocasiones, al procurar los cuidados, los derechos y la autonomía (por ejemplo, los de las personas mayores) pueden resultar afectados negativamente. Por eso, bien puede decirse que los cuidados no pueden procurarse de cualquier manera, sino de la forma más respetuosa —menos onerosa— con la autonomía, la voluntad y los derechos de las personas cuidadas⁸⁰.

Ciertamente, no resulta fácil determinar jurídicamente —más allá de un mandato genérico— la obligación de los cuidadores de adaptarse a la autonomía de las personas mayores para no dañarla. Porque en este punto es esencial la empatía y la delicadeza con la que los cuidadores trabajan. La comunicación (verbal y no verbal), el conocimiento de la persona que se cuida (su biografía) y con él sus preferencias, el saber escuchar... constituyen la base del buen cuidar y, con él, la ausencia de cosificación y el fortalecimiento de la autoestima de los ancianos⁸¹. Pero más allá de estas importantísimas y sutiles habilidades en el cuidado (no fácilmente aprehensibles por el mundo del Derecho si no es con recomendaciones más o menos vagas), la práctica del buen cuidado también debe respetar otros derechos fundamentales con los que suele encontrarse relacionado; algunos de forma directa, como el respeto a la integridad física y psíquica de las personas mayores, o el derecho a la privacidad en sus distintas versiones; otros, llegado el caso, como la libertad de pensamiento o la libertad religiosa.

Así, el cuidador, además de estar sometido a la aceptación como tal por parte de la persona cuidada, debe respetar de forma muy rigurosa los denominados «derechos de la esfera personal», es decir, aquellos que afectan de forma más directa a las personas, tanto desde la perspectiva intelectual (psicológica), como desde la física o corporal.

En este marco aparece, en primer lugar, la prohibición del maltrato y de los tratos inhumanos o degradantes, derecho fundamental reconocido por el artículo 15 de la Constitución. En relación con los cuidados, más allá de los maltratos evidentes que un olvido de sus principios básicos acarrea para las personas mayores, deben considerarse aquellas situaciones en las que una atención despersonalizada del mayor (por la institucionalización del modelo u otra causa) lleva aparejadas de forma sistemática situaciones de cosificación, de humillación o de desconsideración en distintos niveles; es decir, situaciones de maltrato, prohibidas tajantemente por el ordenamiento jurídico. Tener presente el modo en que las personas mayores desean ser tratadas es probablemente el elemento clave para evitar la mayoría de las situaciones de humillación y maltrato que experimentan.

También se considera un derecho fundamental «personalísimo» la intimidad, así como el resto de los derechos vinculados a la privacidad: el honor, la inviolabilidad del domicilio,

el secreto de las comunicaciones y la protección de datos de carácter personal. De entre ellos es posiblemente la intimidad personal el derecho más sensible a la hora de realizar los cuidados. La intimidad hace referencia al espacio más personal y reservado sobre el que las personas tienen la facultad de excluir la intromisión de terceros. Ese espacio se compone de hechos, sentimientos, opiniones, decisiones y acciones que la persona desea gestionar del modo más exclusivo, secreto o autónomo. Como es notorio, el ejercicio del cuidado, por su propia naturaleza, afecta a la intimidad de las personas mayores receptoras del mismo. La ocupación de una habitación compartida en una residencia, o el acceso abierto a la misma; las decisiones vinculadas al aseo y a todas aquellas acciones que requieren un contacto directo con el cuerpo y el pudor del anciano; el acceso a los documentos privados, incluso a los objetos más personales... Sea en centros residenciales o en el domicilio propio, el cuidado a las personas de edad supone la intromisión más o menos intensa en ese espacio sensible que define la privacidad. Que la intromisión acabe siendo violación del derecho depende de las circunstancias del caso concreto, pero no es descartable que pueda suceder ni que pueda ser reclamada.

6. CONCLUSIÓN

El cuidado es una función social, un bien público y un derecho básico sin el cual no es posible concebir la existencia y la reproducción de la sociedad⁸². Tras años de formar parte del interés y el estudio de diferentes campos del saber y el ejercicio práctico, los cuidados han llamado a la puerta del mundo del Derecho, reclamando una atención más allá de la normativa que implementa los servicios sociales. Pensar en el cuidado como un derecho fundamental supone la consideración de este como elemento central del sistema de convivencia que la Constitución configura.

Existe una insistente reivindicación —desde el feminismo, la gerontología, la economía, la psicología social...— para que el ámbito jurídico aborde con sus herramientas el modo en que articular la creación de un cuarto sistema público de prestación que, como la justicia, la educación o la sanidad, asuma la vigencia efectiva del cuidado como derecho fundamental.

Los derechos fundamentales deben crear y mantener las condiciones elementales para asegurar una vida en libertad y la dignidad humana, y estas no se consiguen exclusivamente liberando a los ciudadanos de las intervenciones del poder estatal. En sociedades en las que el sistema político económico es el capitalismo neoliberal, donde la vida social está organizada prioritariamente por el mercado, donde el individualismo empresarial e individual son valores dominantes, los cuidados —procurados principalmente por mujeres en el ámbito familiar— quedan relegados al ostracismo y la precariedad, con las consecuencias ya sabidas tanto para las personas cuidadas como para quienes las cuidan.

El ejercicio de la autonomía y la libertad requiere, para muchas personas, de cuidados, es decir, del mantenimiento, creación o recuperación de unas condiciones de vida que en

un número creciente de casos no están a disposición del individuo. En sociedades longevas, de «vidas prolongadas», en la que aumenta día a día el número de personas mayores que van a necesitar durante más tiempo diferentes grados de apoyo para vivir con dignidad, situar a los cuidados como elemento central de la convivencia, y en ese sentido tratar de articularlos jurídicamente como derecho fundamental, resulta coherente y justificado.

A partir de aquí, el mundo del Derecho debe centrarse en el modo en que el ámbito de los cuidados, tan amplio en su objeto, tan transversal, tan subjetivo en parte, puede ser aprehendido de modo riguroso por lo jurídico, y concretado en un derecho fundamental que, por una parte, guíe al legislador y al Estado en las funciones que la Constitución les atribuye y, de otra, proporcione a la ciudadanía un instrumento de garantía y protección cierto ante los tribunales y la Administración.

La configuración constitucional de ese derecho no resulta tarea fácil, pero sí estimulante, pues sitúa al investigador y al debate académico entre juristas en la tesitura de repasar y reconsiderar conceptos y planteamientos teóricos quizás demasiado arraigados e incontesados. Quizás aparece aquí lo que Ferrajoli sugiere —reivindica— como necesario cambio de paradigma dirigido a una materialización de la *dimensión sustancial* de la constitución y de los derechos fundamentales, que «reinicie» un sistema político democrático necesitado de una legitimidad condicionada a la protección efectiva de los principios y derechos fundamentales (civiles, políticos, económicos, sociales, culturales) que nuestra Constitución reconoce.

NOTAS

1. Gilligan (1982). Una investigación que, como recuerda Busquets (2019: 33-35), se comprende al relacionarla con los estudios de Kohlberg sobre los estadios del desarrollo moral: «Gilligan observa que en los estadios de desarrollo de Kohlberg las mujeres tienen un nivel inferior de maduración moral en comparación con los hombres y decide —desde la perspectiva de género— investigar la razón de esta diferencia. De sus investigaciones se desprende que en los juicios morales hay diferencias entre hombres y mujeres [...] La difusión de los resultados de la investigación de Gilligan produjo como resultado una gran discusión entre dos modelos aparentemente contrapuestos: el modelo de la ética de la justicia y los derechos, más propia de los hombres, y el de la ética del cuidado y la responsabilidad, más cercana a las mujeres». Para un breve y claro estudio sobre la ética del cuidado como «una voz diferente» en el discurso moral —limitado en su comprensión de la condición humana— occidental, *vid.* Durán Palacio (2015).
2. Nussbaum (1995) reflexiona sobre la fragilidad humana, vulnerable a la fortuna y a las acciones externas incontrolables, que condiciona a muchos de los elementos valiosos para la vida buena; Torralba (1998: 243) explica cómo el ser humano es vulnerable en todas sus dimensiones fundamentales, la física, la psicológica, la social y la espiritual. Fraser (2016) sostiene la contradicción inevitable entre capitalismo y reproducción social, que está en la base de la denominada «crisis de los cuidados»; Tronto (2017) subraya el componente democrático (y anticapitalista) que se deduce de la necesidad de cuidados de todos los seres humanos, sean jóvenes o mayores; MacIntyre (2001) muestra la relación que existe entre vulnerabilidad y dependencia; y Barnes (2018: 54) deduce que el cuidado «no es un elemento opcional, sino un elemento de primer orden sobre el que se fundamentan los acuerdos sociales». Una descripción más detallada de la posición de estas y otras autoras en torno al cuidado como elemento antropológico y ético, en Busquets (2019: 24).

3. HelpAge España (2021: 25).
4. Ese tiempo ganado a la vida, esas «vidas extendidas» que han dado lugar a una «democratización de la vida»: ¿en qué condiciones se vive? La pregunta se la formula Antonio Ariño a raíz de la lectura de *Extra-Life. A Short History of Living Longer*, de Steve Johnson (2021). Este período vital de comorbilidad —argumenta Ariño— forma parte de la novedad histórica presente, y ha comenzado a suscitar una demanda de legislación nueva para facilitar «una salida» digna de la vida.
5. «Con la crisis producida por el Covid-19 han saltado las alarmas acerca de la necesidad de revalorizar el cuidado, poner la atención a las personas en el centro y llamar a la solidaridad y corresponsabilidad» Marrades (2021: 26). *Vid.*, en este punto, Pinazo (2020).
6. Flores (2022).
7. Prieto Sanchís (1990: 17).
8. Hesse (1996: 89 y 94).
9. «Si convertimos el cuidado en el asunto central de una sociedad verdaderamente democrática, entonces tendremos una sociedad que refleje las realidades de la vida humana» (Tronto: 33).
10. Comas d'Argemir (2019: 2).
11. Durán (2018: 126).
12. Torralba (2005: 43). Son numerosos los planteamientos de interés en torno al concepto de cuidados. Como el de Tronto (2017), que plantea el cuidado como un proceso de fases diferentes —*Caring about, Taking care of, Caring for, Care-giving, Care-receiving, Caring with*—, pero íntimamente vinculadas. Un recorrido por las concepciones de los cuidados se encuentra en el Informe sobre los mismos de HelpAge España (2021: 15).
13. Camps (1997: 67).
14. Durán (2018), y la presentación de Ariño a la obra, pp.9 y ss. De referencia obligada es también la obra de Tobío y *et al.* (2010).
15. *Vid.* aquí, por ejemplo, el Informe *La economía del envejecimiento en la Comunitat Valenciana*, IVIE (2018).
16. Comas d'Argemir (2019: 2-3). Sobre cuidado y economía desde una mirada feminista, también Carrasco (2006: 39-54); y De las Heras (2015: 63-74).
17. «El cuidado centrado en la persona busca cuidar apoyando que las personas puedan seguir teniendo control en su entorno, en sus cuidados y en su vida cotidiana, desarrollando sus capacidades y sintiéndose bien» (Pinazo, 2021: 132).
18. Esquembre (2017: 88). También Marrades (2019). *Vid.* en este mismo número, Dabove (2022) y los trabajos de la autora allí citados.
19. Bastida (2004: 27). «Para que los derechos fundamentales representen una obligación estatal, es necesario que su fuente creadora se sitúe por encima del poder instituido, esto es, en el poder constituyente» (Prieto Sanchís, 1994: 112).
20. De Asís (2001: 5).
21. *Vid.* la exposición y crítica a estas posiciones de Nino (1989) o Pérez Luño (1983). También Bastida (2004: 14 ss.).

22. De Asís (2001: 6).

23. Pérez Luño (1983: 8-13). Así, con MacPherson, a quien Pérez Luño cita, nuestro estudio parte de que «cualquier doctrina de los derechos humanos debe constituir, en cierto sentido, una doctrina de los derechos naturales. Solo pueden concebirse los derechos humanos en cuanto especie del derecho natural, en el sentido de que deben deducirse de la naturaleza del hombre en cuanto tal (por ejemplo, necesidades y capacidades), bien de los hombres como son actualmente, bien de los hombres como se considera que pueden llegar a ser. Decir esto implica sencillamente reconocer que ni los derechos legales ni los derechos reconocidos por la costumbre constituyen fundamento suficiente para los derechos humanos»; y matiza que ello consiste «en afirmar la necesidad de que todo sistema jurídico reconozca unos derechos básicos de quienes lo integran, así como las teorías que defienden la posibilidad de conocer y justificar racionalmente tales derechos». En esta misma línea, por ejemplo, Fernández (1991); Laporta (1987); Ruiz Miguel (1989); y Rojo Sanz (1988).

24. Nino (1989: 5).

25. La síntesis de la postura de Habermas puede verse en Pérez Luño (1983: 47).

26. En el sentido que, siguiendo a Durán, recoge, por ejemplo, Gracia (2022: 187): el cuidado como el reto de organizar socialmente las tareas de cuidados de equidad y justicia, cuya responsabilidad se atribuye a las familias, el Estado y el mercado. En este punto, también es de interés Añón Roig (2002).

27. Esta perspectiva, en la línea de Habermas, explora una «concepción estrictamente política de los derechos humanos, que no los percibe como demandas éticas [...] sino que los ubica dentro de las relaciones de justicia institucional... en contraste con los derechos morales generales, los derechos humanos son un tipo de derechos especiales de carácter asociativo que forman parte de las relaciones de justicia» (Iglesias Vila, 2016: 124-125).

28. Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed. Disponible en: <<https://dle.rae.es>>. [Consulta: 28/07/2022].

29. Pérez Luño (1983: 53); Añón Roig (2002): «los derechos sociales están vinculados a un concepto de libertad entendida básicamente como capacidad»; y Ribotta (2022), en este mismo número: «la vulnerabilidad natural en relación a los seres humanos se vincula a las necesidades básicas, especialmente las consideradas estrictamente humanas, aquella cuya no satisfacción compromete de manera seria y radical la misma vida por la manifestación del daño, la vulneración y el menoscabo que se provoca en la vida, en la calidad de vida y en el ejercicio de derechos de las personas cuando éstas no son satisfechas en un grado adecuado».

30. Nino (1989: 1-2). Sobre los seres humanos como seres vulnerables y dependientes, *vid.* MacIntyre (2001). Sobre la necesidad del cuidado, *vid.* también Durán (2018: 94); Busquets (2019: 29); y Camps (2021: 28).

31. Nussbaum, cit. por Gracia (2022: 193).

32. Pinazo *et al.* (2021b: 33).

33. Por ejemplo, Igareda: «Y esto a pesar de la aparición de nuevas dinámicas sociales y económicas, que ponen en cuestionamiento algunos de los pilares en los que se apoya este modelo (cambios en las formas tradicionales de organización del trabajo, nuevas formas familiares diferentes a la familia nuclear clásica, masiva incorporación de la mujer al mercado de trabajo, descenso de la natalidad, etc.)» (2012: 195). *Vid.*, también, Esquembre (2017).

34. «Los hogares pobres, por otro lado, suelen tener más hijos a su cargo, y más dificultades para criarlos. De hecho, los sectores pobres acumulan una doble crisis de cuidados: tienen mayores necesidades de ellos

(tanto de infantes como de adultos mayores, lo que suponemás presión sobre las mujeres) y las mujeres de este estrato social tienen más dificultades para mantener su empleo» (Comas d'Argemir, 2019: 6 ss.).

35. Camps (2021: 44).

36. Añón Roig (2002); Igareda (2012: 200).

37. Así Busquets (2019: 30 y 46), en la línea abierta por Benhabib (2006).

38. Como se verá más tarde, aquí surge ya la duda sobre la consideración del derecho a cuidar (y no solo el derecho a ser cuidado) como objeto del derecho fundamental, pues la fundamentación para el que recibe el cuidado no es la misma que para el que lo provee: ¿puede determinarse el cuidar como una «necesidad» de las personas que atañe a su dignidad y que, por tanto, debe ser objeto de la configuración de la que se está hablando? Si existe debate sobre el derecho a ser cuidado (*vid.* Igareda en nota siguiente), mucho más respecto al derecho a cuidar.

39. Igareda, quien concluía: «Pero esto es difícil que suceda en nuestra sociedad y en nuestro actual modelo de Estado de Bienestar porque en primer lugar, los cuidados no se identifican como necesidades básicas. En segundo lugar, no parece haber un consenso social sobre si los cuidados constituyen verdaderas necesidades básicas para la supervivencia humana. Y en último lugar, y en parte por las razones anteriores, el derecho a ser cuidado, o el derecho a ser objeto de cuidados durante determinados periodos de la vida de un individuo, está lejos de construirse como un derecho social» (2012: 201). Y también, años antes, Pautassi (2007: 7 y 29 ss.).

40. García Amado (2016).

41. Hesse (1996: 90).

42. Bastida (2002: 42 ss.).

43. STC 11/1981, de 8 de abril.

44. «La selección y preferencia por el constituyente de unas expectativas individuales y sociales frente a otras tiene su reflejo jurídico no solo en la determinación de cuáles quedan configuradas como derechos fundamentales, sino también en el distinto grado de protección normativa que la Constitución puede dispensar a estos derechos. En este sentido, dentro de los derechos fundamentales podría hablarse de una mayor o menor fundamentalidad de ellos, en función de ese grado de preservación normativa contemplado en la Constitución» (Bastida, 2002: 27).

45. «En materia de derechos fundamentales la legalidad ordinaria ha de ser interpretada de la forma más favorable para la efectividad de tales derechos» (STC 34/1983, de 6 de mayo, FJ 3).

46. Cfr. epígrafe 4.3 de este mismo artículo.

47. *Vid.* HelpAge (2021: 26 ss.), informe en el que el autor del presente artículo desarrolla esta idea.

48. STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 8.

49. Flores (2018: 34).

50. Garrido (2019: 42).

51. La *autonomía*, entendida según la Ley 36/2006, es «la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias, así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria». Hablamos aquí de decisiones de distinta naturaleza, desde la gestión del patrimonio, la modificación de la capacidad de obrar, o la misma decisión de ingresar en un centro, hasta de cómo y por quién se desea ser cuidado, o de qué posesiones privadas —las que configuran la propia identidad— puede un anciano llevar consigo a una residencia.

Vid., de nuevo, Ribotta (2002), en este mismo número: «Autonomía comprendida desde la elección de los planes de vida y autonomía como el desarrollo real y efectivo de la vida que hayamos libremente escogido vivir, y que requiere en ambos momentos acceder de manera adecuada a los satisfactores de nuestras necesidades y disponer de los recursos para realmente desarrollar las libertades».

52. Vilà i Mancedo *et al.* (2019).

53. Comas d'Argemir (2019: 11). Sobre el planteamiento y recorrido de la LAPAD, *vid.* Dalli (2022), en este mismo número.

54. Gracia (2022: 199).

55. Como apunta Marrades (2021: 32), este Real Decreto-ley actúa sobre la conciliación, corresponsabilidad, flexibilidad de los tiempos, igualdad de oportunidades y trata de atender a las necesidades del cuidado de manera más solidaria y responsable.

56. El 28 de junio de 22 fue aprobado por el Ministerio de Asuntos Sociales y Agenda 2030 y las comunidades autónomas el Acuerdo para mejorar la calidad de las residencias y el Sistema de Atención a la Dependencia, dando luz verde al cambio de modelo de cuidados reclamado por los actores sociales desde hace años. Sobre la necesidad de revisión de este modelo, por ejemplo, Pinazo (2020*a* y 2020*b*).

57. Véase el epígrafe 3.1.

58. Garrido (2019: 43).

59. «No puede desconocerse la dificultad de articular jurídicamente este derecho a ser cuidado/a: quiénes serían titulares de este derecho, qué derechos y deberes tendrían los progenitores respecto al derecho a ser cuidado de ese nuevo ciudadano, cómo se financiarían los costes de ese nuevo derecho dentro de un Estado Social de Derecho en permanente crisis y revisión, así como qué tipo de prestaciones se entenderían incluidas en este nuevo derecho» (Igareda, 2012: 203).

60. Clements (2013: 417).

61. Martínez, Roldán y Sastre (2018: 115).

62. Tobío (2010: 182).

63. *Vid.* los estudios de Camps (2021); Marrades (2019); (Esquembre, 2016); Garrido (2019); y Gracia (2022: 194), entre otros.

64. Pautassi (2015: 265).

65. CESCRR (1995): «Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores», 08/12/95. Observación General N.º 6. Y Resolución 46/91 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 1991 sobre la aplicación del Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento y actividades conexas, anexo.

66. La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, fue aprobada el 15 de junio de 2015 por los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos en el marco de la Asamblea General de la institución. Entró en vigor el 13 de diciembre de 2016. Su artículo 3 establece como uno de los principios generales de la Convención «el bienestar y cuidado» (letra f), así como «la responsabilidad del Estado y participación de la familia y de la comunidad en la integración activa, plena y productiva de la persona mayor dentro de la sociedad, así como en su cuidado y atención» (letra o). Sobre esta base es que se instituye el reconocimiento explícito de los derechos civiles. La Convención, se ha dicho, «inaugura un tratamiento de carácter integral de las problemáticas del cuidado de este colectivo etáreo, tanto en términos del reconocimiento explícito del derecho al cuidado como de las consiguientes obligaciones que acarrea, en especial en su consideración

como trabajo que contribuye a la generación de valor económico, y que por ende deber ser revalorizado» (Pautassi, 2015: 276).

67. *Vid.* Pautassi (2019: 736).

68. «El Estado garantizará este derecho a través de un Sistema Integral de Cuidados y otras normativas públicas que incorporen el enfoque de derechos humanos, de género y la promoción de la autonomía personal. El Sistema tendrá carácter estatal, paritario, solidario, universal, con pertinencia cultural y perspectiva de género e interseccionalidad. Su financiamiento será progresivo, suficiente y permanente.

El sistema prestará especial atención a lactantes, niños, niñas y adolescentes, personas mayores, personas en situación de discapacidad, personas en situación de dependencia y personas con enfermedades graves o terminales. Asimismo, velará por el resguardo de los derechos de quienes ejercen trabajos de cuidados».

69. Bastida (2002: 38).

70. *Ibidem*: 39-40.

71. «El nacimiento de una nueva clase social: el “cuidatoriado”» (Durán, 2018: 89 ss.).

72. ¿Debe incorporar el derecho fundamental al cuidado la perspectiva de quien lo procura? Una de las cuestiones del debate trata de considerar el derecho a los cuidados desde la perspectiva de los cuidadores. Tronto (2013: 153-154); Marrades (2016: 237) y Gracia (2022: 191) defienden el «derecho a cuidar» (y a no cuidar) como parte del derecho fundamental a los cuidados con la idea de regularlo, para impedir escenarios de desventaja que coloque a las personas cuidadoras, especialmente a las mujeres, en una situación de subordinación y vulnerabilidad.

73. Garrido (2019: 46).

74. *Ibidem*. De las virtudes del modelo de la ética del cuidado que Busquets rescata de *La muerte de Iván Ilich*, de Tolstoi —disponibilidad, veracidad, competencia, confianza, paciencia, comprensión, afabilidad, consuelo, alegría, cuidado de sí— pocas podrían ser reclamadas por la vía jurídico-procesal; *vid.* Busquets (2019: 136).

75. Y así lo ve Garrido (2019: 59): «el derecho al cuidado y el derecho a cuidar no tienen más en común que la actividad prestacional que constituye el objeto principal del primero y parcial del segundo».

76. Sobre la caracterización de los cuidadores, Durán (2018: 148).

77. «La falta de personal interfiere directamente en la calidad asistencial de los cuidados, «si no hay personal no hay cuidados, si no hay cuidados no hay calidad», y estos cuidados son esenciales para la calidad de vida, «pero en muchas ocasiones solo para poder subsistir», afirma Salado (2022).

78. Gracia (2022: 191-93). Como recuerda Nussbaum, «una sociedad decente no puede garantizar que todos los cuidadores tengan una vida feliz: pero puede proporcionarles un adecuado nivel de reconocimiento en cada una de las capacidades clave». Sobre cómo incorporar en una lógica de derechos la complejidad del cuidado, desde una perspectiva de género, Pautassi (2007). Sobre las proveedoras de cuidados, Tobío (2010: 91 ss.); y Rogero-García (2010).

79. También Garrido (2019: 55).

80. *Vid.* HelpAge (2021: 30-31).

81. Vilà i Macebo *et al.* (2019 y 2020).

82. Rico y Robles (2019: 219).

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ CUESTA, Henar (2021): «Precariedad del trabajo retribuido de cuidados: origen y mecanismos de solución», *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 11(2), 570-593.
- ANÓN ROIG, María José (1994): *Necesidades y Derechos. Un Ensayo de Fundamentación*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- (1998): «De las necesidades radicales a las necesidades humanas», *Daimon: Revista de Filosofía*, 17, 53-69.
 - (2002): «Ciudadanía social: La lucha por los derechos sociales», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 6.
- ANÓN ROIG María José y Pablo MIRAVET BERGÓN (eds.) (2005): *Derecho, Justicia y Estado constitucional*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- BARNES, Marian (2018) «Alianzas integrales para el cuidado», en M. Busquets Surribas, N. Cuxart Ainaud, C. Domínguez-Alcón y A. Ramió Jofre (coords.), *Nuevas políticas del cuidar*, Barcelona: Edicions Col·legi Oficial Infermeres i Infermers, 49-67.
- BASTIDA, Francisco J., Ignacio VILLAVERDE, Paloma REQUEJO, Miguel Angel PRESNO, Benito ALÁEZ, e Ignacio F. SARASOLA (2004): *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Madrid: Tecnos.
- BENHABIB (2006): *El Ser y el Otro en la ética contemporánea. Feminismo, comunitarismo y posmodernismo*, Barcelona: Gedisa.
- BUSQUETS ALIBÉS, Esther (2019): *Ética del cuidado en ciencias de la salud*, Barcelona: Herder.
- CAMPS, Victoria (1997): *El siglo de las mujeres*, Madrid: Cátedra.
- (2021): *Tiempo de cuidados*, Barcelona: Arpa.
- CARE COLLECTIVE (2017): *The Care manifesto de los cuidados. The politics of compassion*, Londres: Verso.
- CARRASCO, Cristina (2006): «La paradoja del cuidado: necesario pero invisible», *Revista de Economía Crítica*, 5, 39-54.
- CLEMENTS, Luke (2013): «Does Your Carer Take Sugar? Carers and Human Rights: The Parallel Struggles of Disabled People and Carers for Equal Treatment», *Washington and Lee Journal of Civil Rights and Social Justice*, 19(2), 397-434.
- COMAS d'ARGEMIR, Dolors (2015): «Los cuidados de larga duración y el cuarto pilar del sistema del bienestar», *Revista de Antropología Social*, 24, 374-404.
- (2019): «Cuidados y derechos. El avance hacia la democratización de los cuidados», *Cuadernos de Antropología Social*, 49, 13-29.
- DALLI, María (2022): «El cuidado de personas en situación de dependencia: encaje constitucional, marco jurídico actual y carencias normativas», *Teoría & Derecho*, 33 (en este mismo número).
- DABOVE, María Isolina (2022): «Enfoque complejo de la vejez. Su incidencia en los derechos humanos», *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 33 (en este mismo número).
- DE ASIS ROIG, Rafael (2001): *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos. Una aproximación dualista*, Madrid: Dykinson.
- DE LAS HERAS, Samara (2015): «La regulación de la obligación de cuidar y su impacto de género», *Zerbituan*, 60, 63-74.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Capitolina y Carles SIMÓ NOGUERA (coords.) (2016): *Brecha salarial y brecha de cuidados*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- DURÁN, María Ángeles (2018): *La riqueza invisible del cuidado*, Valencia: Servei de Publicacions de la Universitat de València.
- DURÁN PALACIO, Nicolasa María (2015): «La ética del cuidado: una voz diferente», *Revista Fundación Universitaria Luis Amigó*, 2(1), 12-21.

ESQUEMBRE, Mar (2017): «Las mujeres ante el cambio constitucional. algunos apuntes desde una perspectiva feminista para una “reforma constituyente” de la Constitución española», *Cuadernos Manuel Jiménez Abad*, 5, 75-136.

FERNÁNDEZ, Eusebio (1991): *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid: Debate.

FERNÁNDEZ-CARRO, Celia, Rosa GOMEZ REDONDO y Noelia CAMARA (2019): «The availability of carers for older disabled people in Spain: demographic insights and policy implications», *International Journal of Care and Caring*, 3(3), 323-337.

FINE, Michael y Caroline GLENDINNING (2005): «Dependence, independence, or inter-dependence? Revisiting the concepts of “care” and “dependency” », *Ageing and Society*, 25(4), 601-621.

FLORES GIMÉNEZ, Fernando (2018): «Las personas mayores en la Constitución española: derechos y garantías», en B. Cardona, F. Flores Giménez y J. Cabeza (coords): *Edad, Discriminación y Derechos*, Madrid: Aranzadi, 29-52.

– (2022): «La discriminación de las personas mayores en las residencias geriátricas durante la pandemia de la Covid 19», *Políticas públicas y derechos humanos de las personas mayores*, *Revista Política y Sociedad*, 59(3), 1-20.

FRASER, Nancy (2016): «Contradictions of Capital and Care» [en línea], <<https://newleftreview.org/issues/ii100/articles/nancy-fraser-contradictions-of-capital-and-care>>. [Consulta: 01/11/2022.]

GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2016): «Sobre constituciones, procesos y derechos» [en línea], <<https://almacendederecho.org/sobre-constituciones-procesos-y-derechos>>. [Consulta: 01/11/2022.]

GARRIDO CRIADO, Clara (2019): «Hacia un derecho fundamental al cuidado: viabilidad y conveniencia de su existencia», en A. I. Marrades Puig, *Retos para el Estado constitucional del siglo XXI: derechos, ética y política del cuidado*, Valencia: Tirant lo Blanch, 42-71.

GRACIA, Jorge (2022): «Derecho al cuidado: un abordaje desde los derechos (humanos)», *Oñati Socio-Legal Series*, 12(1), 179-210.

GILLIGAN, Carol (1982): *In a Different Voice. Psychological Theory and Women's Development*, Cambridge: Harvard University Press.

HelpAge España (2021): «El derecho a los cuidados de las personas mayores» [en línea], <https://www.helpage.es/wp-content/uploads/2021/09/Informe_El-derecho-a-los-cuidados-de-las-personas-mayores_HelpAge-Espana-2021.pdf>. [Consulta: 01/11/2022.]

HESSE, Conrado (1996): «Significado de los derechos fundamentales», en E. Benda, W. Maihofer, H. Vogel, K. Hesse, y W. Heyde: *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 80-99.

IGAREDA GONZÁLEZ, Noelia (2012): «El derecho al cuidado en el Estado Social de Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXVIII, 185-206.

IGLESIAS VILA, María Luisa (2016): «Los derechos humanos como derechos especiales? Algunas ventajas de una concepción cooperativa de los derechos humanos», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXXII, 119-144.

LAPORTA, Francisco (1987): «Sobre el concepto de derechos humanos», *Doxa*, 4, Alicante, 23-46.

MACINTYRE, Alasdair (2001): *Animales relacionales dependientes*, Barcelona: Paidós.

MARRADES PUIG, Ana I. (2019): *Retos para el Estado constitucional del siglo XXI: derechos, ética y política del cuidado*, Valencia: Tirant lo Blanch.

– (2021): «La configuración de un modelo económico constitucional feminista: la revalorización del cuidado», en A. I. Marrades Puis (coord.), *Los cuidados en la era Covid-19: análisis jurídico, económico y político*, Valencia: Tirant lo Blanch, 21-41.

MARTÍNEZ, Rosa, Susana ROLDÁN y Mercedes SASTRE (2018): «La atención a la dependencia en España. Evaluación del sistema actual y propuesta de implantación de un sistema basado en el derecho universal de atención suficiente por parte de los servicios públicos. Estudio de su viabilidad económica y de sus impactos económicos y sociales», *Papeles de Trabajo*, 5, 1-175.

NINO, Carlos Santiago (1989): *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires: Astrea.

NUSSBAUM, Martha (1995): *La fragilidad del bien*, Madrid: Visor.

- OLALLA, Pedro (2018): *De senectute política. Carta sin respuesta a Cicerón*, Barcelona: Acantilado.
- PAUTASSI, Laura C. (2007): «El cuidado como cuestión social desde un enfoque de derechos», *Mujer y Desarrollo*, 87, 1-50.
- (2015): «Inaugurando un nuevo escenario: el derecho al cuidado de las personas adultas mayores», *Argumentos: revista de crítica social*, 17, 257-280.
 - (2018): «El cuidado: de cuestión problematizada a derecho. Un recorrido estratégico, una agenda en construcción», en M. Ferreyra, T. Guerra, y A. Cházaro (correds.), *El trabajo de cuidados: una cuestión de derechos humanos y políticas públicas*, México: ONU Mujeres, 178-191.
 - (2019): «El cuidado como derecho. Un camino virtuoso, un desafío inmediato», *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 68(272-2), 717-742.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (1983): «La fundamentación de los derechos humanos», *Revista de Estudios Políticos*, 35, 7-71.
- PINAZO, Sacramento (2020a): «Impacto psicosocial de la COVID-19 en las personas mayores: problemas y retos», *Revista Española de Geriatria y Gerontología*, 55(5), 249-252.
- (2020b): «La atención en residencias. Recomendaciones para avanzar hacia un cambio de modelo y una estrategia de cuidados» [en línea], <https://prospectcv2030.com/wp-content/uploads/2020/05/Infome_residencias.pdf>. [Consulta: 01/11/2022.]
 - (2021): «¿Cómo queremos ser cuidados? Aspectos psicosociales», en R. Amo Usanos (coord.), *Cuidadores y cuidados*, Madrid: Universidad Pontificia de Comillas-Ballesol, 121-145.
- PINAZO, Sacramento, Clara COSTAS y Elena COSTAS PÉREZ (2021): «Sociedades longevas ante el reto de los cuidados de larga duración» [en línea], <<https://elobservatoriosocial.fundacionlacaixa.org/documents/22890/409867/Reto+de+los+cuidados+de+larga+duración.pdf/e0e7bd8c-5997-c5fa-dde8-3f4feda44178?t=1621259483436>>. [Consulta: 01/11/2022.]
- PRIETO SANCHÍS, Luis (1990): *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid: Debate.
- RICO, María Nieves y Claudia ROBLES (2019): «El cuidado, pilar de la protección social: derechos, políticas e institucionalidad en América Latina», en R. Martínez (ed.), *Institucionalidad social en América Latina y el Caribe*, Santiago: CEPAL, 219-251.
- ROGERO GARCÍA, Jesús (2010): «Las consecuencias del cuidado familiar sobre el cuidador: una valoración compleja y necesaria», *Index de Enfermería*, 19(1), 17-50.
- ROJO SANZ, José María (1988-1989): «Los derechos morales en el pensamiento angloamericano», *Anuario de Derechos Humanos*, V.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso (1989): «Los derechos humanos como derechos morales, ¿entre el problema verbal y la denominación confusa?», *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid: Debate.
- SALADO, Alejandro (2022): «Nuevo modelo de residencias, si no hay personal no hay cuidados», *Infolibre*, 22 de julio.
- TOBÍO, Constanza, M.^a Silveria AGULLÓ, M.^a Victoria GÓMEZ y M.^a Teresa PALOMO (2010): *El cuidado de las personas. Un reto para el siglo XXI*, Barcelona: Fundación La Caixa.
- TORRALBA, Francesc (1998): *Antropología del cuidar*. Barcelona: Institut Borja de Bioètica y Fundació Mapfre Medicina.
- TRONTO, Joan (2017): «La democracia del cuidado como antídoto ante el neoliberalismo», en C. Domínguez Alcón, H. Kohlen y J. Tronto, *El futuro del cuidado. Comprensión de la ética del cuidado y práctica enfermera*, Barcelona: Ediciones San Juan de Dios.
- VILÀ I MANCEBO, Antoni, Pilar RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, y Víctor Omar DABBAGH ROLLÁN (coords.) (2019): *Estudio N.º 6. Derechos y deberes de las personas mayores en situación de dependencia y su ejercicio en la vida cotidiana*, Madrid: Fundación Pilares para la Autonomía Personal.

Fecha de recepción: 1 de septiembre de 2022.

Fecha de aceptación: 24 de octubre de 2022.

EL CUIDADO DE PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA: ENCAJE
CONSTITUCIONAL, MARCO JURÍDICO ACTUAL Y CARENCIAS NORMATIVAS
*CARING FOR DEPENDENT PERSONS: CONSTITUTIONAL FIT, CURRENT
LEGAL FRAMEWORK AND REGULATORY SHORTCOMINGS*

María Dalli Almiñana

*Investigadora postdoctoral Juan de la Cierva
Universidad de Valencia*

RESUMEN

Tras más de quince años de vigencia de la Ley 39/2006, que creó el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en España, y ante iniciativas y estrategias que en la actualidad persiguen reconfigurar el actual modelo de cuidados hacia una regulación centrada en el respeto de los derechos de la persona cuidada, este artículo se propone dos objetivos. El primero es conocer el marco jurídico-constitucional en el que cabe enmarcar la regulación sobre la dependencia en España, atendiendo a los derechos y principios constitucionales relacionados, así como estudiando las disposiciones constitucionales en relación con la distribución de competencias entre los diferentes entes territoriales en materia de cuidado y de provisión de servicios sociales. Un segundo objetivo consiste en identificar una serie de carencias o limitaciones de la regulación actualmente vigente en materia de dependencia y que deberán abordarse en regulaciones futuras, para lo cual se estudian las características principales del sistema actual y posteriormente se analizan los problemas surgidos en la aplicación de la Ley que persisten en la actualidad, entre ellas las trabas procedimentales, las carencias en la profesionalización de los cuidados, la descoordinación sociosanitaria, y la falta de atención a las dimensiones preventiva de la dependencia y personal del cuidado.

PALABRAS CLAVE

Personas mayores, Ley de la Dependencia, cuidados, coordinación sociosanitaria, servicios sociales.

ABSTRACT

More than fifteen years have passed since Law 39/2006 was approved, which created the System for Autonomy and Dependency Care in Spain. Current initiatives seek to reconfigure the present model of long-term care towards a new regulation focused on respect for the rights of those who receive care. Related to this situation on the regulation of long-term care in Spain, this article has two objectives. The first objective is to explore the legal-constitutional framework in which the regulation of long-term care is framed, considering the related constitutional rights and principles, as well as studying the constitutional provisions in relation to the distribution of powers between the different territorial entities in matters of care and provision of social services. The second objective is to outline a list of shortcomings of the current long term care system in Spain which should be ideally addressed by future regulations. For this, the main characteristics of the current regulation are studied and subsequently those problems that have arisen in the application of the Law are analysed, such as administrative procedural obstacles, the lack of professionalization of care and of social and health care coordination, and the insufficient attention to the preventive and personal dimensions of dependency and care.

KEY WORDS

Elderly people, long term care, care regulation, social and health care coordination, social services.

EL CUIDADO DE PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA: ENCAJE CONSTITUCIONAL, MARCO JURÍDICO ACTUAL Y CARENCIAS NORMATIVAS

María Dalli Almiñana

Investigadora postdoctoral Juan de la Cierva
Universidad de Valencia

Sumario: 1. Introducción. 2. El encaje constitucional de la atención a la dependencia. 2.1. Principios y derechos constitucionales relacionados. 2.2. Distribución de competencias en la materia. 3. El marco jurídico actual. 3.1. Características principales de la LAPAD. 3.2. Servicios y prestaciones. 4. Carencias o problemas del sistema de atención a la dependencia. 4.1. Limitaciones en la financiación del sistema. 4.2. Problemas de cobertura. 4.3. Trabas procedimentales. 4.4. Familiarismo, falta de profesionalización y reproducción de desigualdades de género. 4.5. Limitaciones en el ámbito de la prevención. 4.6. Diferencias entre Comunidades. 4.7. Carencias en la dimensión personal del cuidado. Breve referencia al caso navarro. 4.8. Descoordinación sociosanitaria. 5. Conclusiones. Notas. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

En 2006 se creó el conocido como sistema de atención a la dependencia en España, esto es, el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD), que reconoció por

primera vez a nivel estatal la protección a la dependencia y la prevención para la autonomía personal como derechos subjetivos. Estos derechos se concretaron en el acceso a una serie de servicios y prestaciones regulados por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía y Atención a las Personas en situación de dependencia (en adelante, LAPAD), que se prestan a través de las redes de servicios sociales de las comunidades autónomas. La dependencia se define por la Ley como el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que tienen dificultades para llevar a cabo las actividades básicas de la vida diaria. Ahora bien, el funcionamiento del sistema durante más de quince años ha puesto en evidencia varios problemas, algunos de los cuales guardan relación con la configuración misma del modelo de cuidados llevada a cabo por la LAPAD, y otros que se habrían evidenciado con la puesta en marcha del sistema de prestaciones.

Con la finalidad de superar algunas de las carencias del modelo actual de atención a la dependencia nos encontramos ante un panorama político en el que se pretende una reconfiguración de los cuidados¹. Entre las reformas a implementar figuran la simplificación de los procedimientos, la reducción de las listas de espera, el refuerzo de la calidad de los servicios, así como el referente a la desinstitucionalización, a través de una Estrategia Nacional de Desinstitucionalización y la implantación de la Atención Centrada en la Persona en 2021. Es decir, si bien puede afirmarse que el SAAD avanzó hacia la institucionalización del cuidado, de forma que lo que anteriormente se venía proveyendo principalmente de forma informal o desde el ámbito familiar pasó a asumirse como una responsabilidad de los poderes públicos, la *desinstitucionalización* se entiende no como una vuelta a un modelo informal de cuidados, sino como un modelo más cercano a la comunidad y centrado en los deseos y preferencias de las personas cuidadas.

En conexión con todas estas cuestiones, la elaboración del presente artículo tiene dos objetivos. El primer objetivo es volver una vez más al estudio de la regulación del sistema de atención a la dependencia, pero centrandolo en los principios y derechos constitucionales relacionados que lo inspiran y fundamentan (o que deberían hacerlo en las reconfiguraciones futuras del modelo de cuidados), así como atendiendo a la distribución de competencias que, de acuerdo con el texto constitucional y su interpretación por el Tribunal Constitucional, debe existir entre los diferentes entes territoriales en materia de servicios sociales y cuidado a la dependencia. Un segundo objetivo consiste en revisar la regulación jurídica actual para analizar posteriormente los problemas o carencias que la aplicación de la LAPAD ha evidenciado en sus años de vigencia, y que estarían impidiendo que todas las personas reciban la atención y cuidados que necesitan. Algunos de estos problemas, que deberán ser abordados en regulaciones futuras, son: las limitaciones en la financiación, la cobertura limitada, las trabas en el procedimiento, la falta de profesionalización de los cuidados y la reproducción de las desigualdades de género, la falta de coordinación sociosanitaria, las diferencias entre las comunidades autónomas y la falta de atención a las dimensiones preventiva de la dependencia y personal del cuidado.

El estudio se lleva a cabo desde una perspectiva que, además de jurídica, es de derechos: en primer lugar, atendiendo al fundamento del sistema en derechos constitucionales rela-

cionados; y, en segundo lugar, el análisis de las carencias que resultan de la aplicación de la LAPAD, tienen especialmente en cuenta el derecho de todas las personas en situación de dependencia a recibir servicios y prestaciones adecuadas para la autonomía personal, de acuerdo con la configuración del derecho que se lleva a cabo en la propia Ley.

2. EL ENCAJE CONSTITUCIONAL DE LA ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA

2.1. PRINCIPIOS Y DERECHOS CONSTITUCIONALES RELACIONADOS

El sistema de atención a la dependencia y la provisión de los cuidados necesarios a la población, así como, de forma más general, los servicios sociales, constituyen uno de los pilares fundamentales sobre los que debe construirse todo Estado del bienestar. Otros pilares fundamentales son la asistencia sanitaria, la educación, así como la seguridad y la asistencia sociales. Así, España se constituye como un Estado social de acuerdo con el artículo 1.1 de la Constitución, basado en principios como la igualdad, la libertad y la justicia. También, el artículo 9.2 establece la obligación de los poderes públicos de remover los obstáculos para que la libertad e igualdad de las personas sea real y efectiva. Sin embargo, en cuanto a los derechos reconocidos, si bien existen derechos incluidos entre los principios rectores de la política social y económica, que hacen referencia, por ejemplo, a la protección de la salud (artículo 43 de la Constitución) y al derecho a recibir prestaciones adecuadas en caso de necesidad en el marco del régimen público de la Seguridad Social (artículo 41), no existe en España un derecho constitucional expreso al cuidado o a recibir prestaciones de atención a la dependencia.

No obstante, la atención a la dependencia sí está relacionada con varios de los derechos reconocidos constitucionalmente: los mencionados anteriormente, el derecho a la protección de la salud y el derecho a las prestaciones de la Seguridad Social, así como el derecho fundamental a la vida y a la integridad física (artículo 15), el derecho a una vivienda digna y adecuada (artículo 47), la atención a las personas con discapacidad (a las que el artículo 49 todavía denomina «disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos») y el derecho a las pensiones adecuadas y servicios sociales para ciudadanos durante la tercera edad (artículo 50). Además de su conexión con los principios de la dignidad humana (artículo 10.1) y la igualdad material (artículo 9.2), Flores ha entendido el derecho al cuidado como condición para poder ejercer autónomamente otros derechos como el de reunión, la libertad de circulación y la elección del lugar de residencia, la educación, el sufragio o la tutela judicial efectiva (por ejemplo, en el trabajo incluido en este número, Flores, 2022; también, HelpAge España, 2021).

El cumplimiento de estos derechos debe entenderse, además, de forma interrelacionada. La relación entre la protección de la salud, la integridad física y la vivienda digna y adecuada se pone de manifiesto en la necesaria coordinación sociosanitaria en centros residenciales, que hace referencia a la adecuada provisión de servicios sanitarios en los mismos centros o al menos a la garantía de la comunicación entre los centros y los hospitales o

centros de salud. La relación entre la protección de la salud y la protección de la vida y de la integridad física ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional, al entender que el daño o peligro grave e inmediato para la salud que se origina por acción u omisión de los poderes públicos puede vulnerar el artículo 15 de la Constitución, que reconoce el derecho a la vida y a la integridad física (Sentencia del Tribunal Constitucional, en adelante, STC, 5/2002, de 14 de enero). En este sentido, si bien los centros residenciales son uno de los servicios que ofrece la LAPAD, la garantía de atención médica en los mismos centros o la adecuada comunicación con el Sistema Nacional de Salud no ha sabido abordarse adecuadamente en el actual modelo de cuidados, como comentaremos más adelante al analizar las carencias normativas del sistema actual.

Asimismo, los parámetros de la prohibición de discriminación del artículo 14 de la Constitución exigen que el acceso a tales derechos fundamentales y servicios públicos reconocidos se haga en condiciones de igualdad, prohibiéndose toda diferencia de trato carente de justificación objetiva y razonable (STC 8/1981 de 30 de marzo). Aunque la edad no sea un factor expresamente mencionado en el artículo 14, el Tribunal Constitucional la ha reconocido como circunstancia personal que no puede ser objeto de discriminación alguna (STC 69/1991, de 8 de abril), si bien ha admitido diferencias de trato basadas únicamente en la edad cuando existe una finalidad legítima (STC 75/1983, de 3 de agosto, en relación con exclusiones en el acceso al trabajo por razón de edad). Lo mismo ha ocurrido con la discapacidad, no expresamente mencionada en el artículo 14 como factor prohibido de discriminación, pero reconocida en numerosas ocasiones como tal por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 269/1994, de 3 de octubre).

Por su parte, el artículo 41 sobre el régimen público de la seguridad social para proteger frente a situaciones de necesidad, el artículo 49 sobre la protección de personas con discapacidad y el artículo 50 sobre servicios sociales a ciudadanos de la tercera edad sirvieron claramente de fundamento para la creación de diferentes prestaciones que cabe enmarcar en el sistema de la Seguridad Social, como las pensiones no contributivas de invalidez y de jubilación y, posteriormente, las prestaciones y servicios del sistema de atención a la dependencia, que estudiaremos más adelante. Estos preceptos constitucionales también inspiraron la creación del sistema de servicios sociales durante los años 80 del siglo XX, entendido entonces como un conjunto de prestaciones técnicas incluidas dentro de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social que complementaban las prestaciones económicas con el objetivo de mejorar las condiciones de vida de los beneficiarios, en especial aquellos más vulnerables por razones de edad o discapacidad.

Así pues, existen mandatos constitucionales a los poderes públicos para la protección social en caso de necesidad, la protección de la salud, de la vivienda y, en definitiva, de la vida como derecho fundamental; asimismo, ha de protegerse de forma específica a las personas con discapacidad y deben garantizarse los servicios sociales y la seguridad de los ciudadanos durante la tercera edad. En particular, el artículo 41 de la Constitución se refiere a un ámbito, el de la Seguridad Social, que abarca toda una serie de prestaciones adecuadas en caso de necesidad, por lo que el cuidado podría —o incluso debería— que-

dar entendido entre estas prestaciones, en particular como prestaciones principalmente técnicas y no contributivas, una vez se ha reconocido que la Seguridad Social no incluye solo prestaciones económicas contributivas sino también otros tipos de prestaciones, como los servicios sociales (cuestión a la que nos referiremos con más detalle posteriormente). Por su parte, la atención a las personas con discapacidad, mencionada en el artículo 49, y los servicios sociales que deben existir para las personas mayores, siguiendo el artículo 50, también dan cobertura constitucional a la regulación del sistema de cuidados y de atención a la dependencia.

¿Para qué, entonces, un derecho al cuidado? Esta pregunta es objeto de estudio pormenorizado en uno de los trabajos incluidos en este número (Flores, 2022). Aunque no es excede de su objeto abordarla en este artículo, sí que es posible considerar, a colación de las consideraciones anteriores, que, si bien los preceptos constitucionales anteriormente comentados pueden instar a los poderes públicos a la regulación del cuidado, resultan insuficientes para obligarles a la creación y regulación, con las debidas garantías, de un particular modelo de cuidados basado en los deseos y preferencias de las personas los necesitan. La inclusión de un nuevo derecho al cuidado en el texto constitucional podría incluir consideraciones sobre los principios que deben inspirar el nuevo modelo, e incluso las características que el mismo debería tener, entre ellos la cobertura y el modo de financiación, como hace, por ejemplo, el derecho al cuidado incluido en el fallido proyecto de constitución chilena². El principal cambio vendría dado si este derecho al cuidado se regulara en nuestro sistema jurídico-constitucional con carácter de derecho fundamental, acompañado de mayores garantías que las que tienen en la actualidad los derechos reconocidos entre los principios rectores de la política social y económica. Por ejemplo, la regulación a través de ley orgánica o el necesario respeto del contenido esencial del derecho frente a posibles medidas regresivas. Flores argumenta sobre la necesidad de configurar el cuidado como derecho fundamental en su trabajo incluido en este número (Flores, 2022). Asimismo, autoras como Marrades han argumentado en favor de este reconocimiento como derecho fundamental al cuidado (Marrades, 2019). Por su parte, Garrido analiza la viabilidad del derecho fundamental al cuidado, estudiando cuestiones específicas como su estructura y derechos concretos (Garrido, 2019).

En todo caso, la valoración del reconocimiento del cuidado como derecho fundamental resultará de aplicación también a otros derechos igualmente sociales y prestacionales relacionados con la dignidad de la persona y la protección de la vida, como el derecho a la protección de la salud, en la actualidad principio rector de la política social y económica. Además, hay otros derechos no incluidos de forma específica en nuestro texto constitucional, pero sí reconocidos en tratados internacionales de derechos humanos ratificados por España, entre ellos la garantía de unas condiciones mínimas de subsistencia para todas las personas³. En definitiva, se trata de una cuestión, la del reconocimiento de los derechos sociales como derechos fundamentales, que resulta tan relevante como compleja. La relevancia es máxima dada la importancia de los bienes jurídicos a proteger para la garantía de todos los derechos, incluidos los civiles y políticos, dada la indivisibilidad e interdependencia entre todos ellos⁴. Más aún cuando existen ya otros sistemas constitucionales

que vienen reconociendo estos derechos como fundamentales, superando las tradicionales categorías diferenciadas de los derechos (Noguera, 2010).

La complejidad de la cuestión deberá ser, asimismo, adecuadamente considerada, especialmente en relación con las mayores garantías que acompañarían a estos derechos, tales como su protección en sede constitucional, que ha recibido apoyos, pero también muchas reservas⁵. La justiciabilidad de los elementos prestacionales de los derechos, incluido el derecho al cuidado, pero no únicamente y, ciertamente, no solo de los derechos sociales presenta características particulares, así como posibles inconvenientes que deben ser adecuadamente considerados para, en su caso, plantear respuestas que deberán ajustarse al sistema jurídico-constitucional correspondiente⁶.

2.2. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN LA MATERIA

En el ámbito de los servicios sociales, así como en el del cuidado y la atención a la dependencia se producen actuaciones de diferentes entes territoriales, tanto el estatal como el de las comunidades autónomas y el municipal. Inicialmente, los servicios sociales no estaban dirigidos exclusivamente al cuidado o la atención a la dependencia; sin embargo, sí han ocupado y siguen ocupando un lugar relevante en la protección de las personas en situación de necesidad, como las personas mayores. El origen de la creación de los servicios sociales cabe situarlo en 1978 cuando, a través del Real Decreto-ley 36/1978, de 16 de noviembre, se crearía el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) como entidad gestora de la Seguridad Social y que, más tarde, a través del Real Decreto 140/1997, de 31 de enero, se transformaría en el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, ampliándose las competencias de este sobre migrantes y refugiados. En 2004, el Real Decreto 1600/2004, de 2 de julio, lo denominaría Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO).

En la actualidad, el IMSERSO ejerce las siguientes funciones: gestionar las prestaciones y los servicios de apoyo para las personas mayores y para las personas en situación de dependencia, gestionar las pensiones de invalidez y jubilación en sus modalidades no contributivas, el seguimiento de la gestión de las prestaciones por discapacidad, incluidas en el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social; así como el seguimiento y propuesta de planes de servicios sociales de ámbito estatal en los ámbitos de las personas mayores y personas dependientes.

Paralelamente, con el desarrollo del Estado de las autonomías, y a través de la asunción de competencias autonómicas por la vía del artículo 148.1.20 en materia de asistencia social, las comunidades autónomas pasaron asimismo a tener competencias en materia de servicios sociales, hasta el punto de que fueron estas las que actuaban en este ámbito en una mayor medida. Más adelante, la Ley 7/1985 de Bases del Régimen Local transfirió a los ayuntamientos la competencia para la prestación de servicios sociales autonómicos, creándose una auténtica red de servicios sociales municipales. De esta forma, antes de la aprobación de la LAPAD, la atención a personas dependientes se estaba proveyendo principalmente por parte de los servicios sociales en el ámbito municipal.

Posteriormente, la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la administración local, que reformó la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local. Uno de los objetivos de la reforma era evitar que tanto las Administraciones autonómicas como las municipales asumieran competencias sobre un mismo ámbito y que los municipios asumieran competencias sin título específico y sin contar con recursos económicos suficientes para ello. Por lo que se refiere a los servicios sociales, es de relevancia la Sentencia del Tribunal Constitucional 41/2016 de 3 de marzo de 2016, dictada en recursos de inconstitucionalidad formulados por la Asamblea de Extremadura, que reconoció la inconstitucionalidad de la prohibición impuesta a las comunidades autónomas de atribuir servicios de asistencia social y sanitarios a los municipios, entendiéndose que los municipios tendrán las competencias en estas materias que les atribuyan las leyes del Estado y de las comunidades autónomas.

Es decir, el Tribunal Constitucional entiende que es inconstitucional la prohibición de que los entes municipales asuman competencias en materia de servicios sociales, criterio que debe completarse con otras consideraciones realizadas por el intérprete de la Constitución en pronunciamientos posteriores, tales como la Sentencia de 15 de julio de 2020, que enjuiciaba la constitucionalidad de la Ley 3/2019, de 18 de febrero, de la Generalitat, de Servicios Sociales Inclusivos de la Comunidad Valenciana. En este pronunciamiento, el Tribunal Constitucional entendió que una ley autonómica puede imponer a sus diputaciones provinciales que aborden ciertas actuaciones en materia de servicios sociales. La mencionada Ley valenciana estructuró el Servicio Público de Servicios Sociales en la Comunidad y creó el mapa de servicios sociales de la Comunidad Valenciana con el objetivo de establecer una distribución equitativa de los recursos y prestaciones y asegurando que por primera vez cada departamento de servicios sociales contara con una persona de referencia con funciones de supervisión.

En resumen, inicialmente los servicios sociales se incluyeron dentro de la acción protectora del sistema de Seguridad Social, si bien han sido las CC. AA. las que han asumido un mayor protagonismo en el desarrollo de los servicios sociales, creando posteriormente una red municipal al transferirse generalmente la prestación de estos servicios a los municipios. Por lo que, en la actualidad, los servicios sociales se enmarcan en dos títulos competenciales: el de competencia autonómica de Asistencia Social (148.1.20) y el estatal de legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social del artículo 149.1.17. En relación con ello, a veces se ha puesto en duda por la doctrina que las CC. AA. tuvieran un título competencial tan amplio como para la creación de prestaciones de servicios sociales, entendiéndose que la asistencia social hace referencia a un ámbito más reducido. Sin embargo, lo cierto es que el Estado no impugnó esta atribución competencial, incluso se transfirió a las CC. AA. la gestión de los servicios sociales gestionados por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales (Arenas, 2016)⁷.

En cualquier caso, y a pesar de esta progresiva ampliación de las competencias autonómicas en materia de servicios sociales, el sistema de Seguridad Social todavía asume relevantes prestaciones en materia de dependencia y discapacidad como la gran invalidez, la pensión no contributiva de invalidez y la prestación familiar por hijo a cargo con disca-

pacidad. De esta forma, el TC ha interpretado que resulta legítimo que la Seguridad Social incluya prestaciones de naturaleza no contributiva y que ello no restringe el ámbito propio de la «asistencia social». Podría diferenciarse, pues, entre una asistencia social interna al sistema de Seguridad Social, o seguridad social asistencial, y otra asistencia social externa a la Seguridad Social que sería de competencia exclusiva de las comunidades autónomas (Monereo Pérez, 2009).

Ante todo ello, ¿cómo se enmarca competencialmente el sistema de atención a la dependencia, esto es, el SAAD? De acuerdo con la exposición de motivos de la Ley, se fundamenta la creación de este sistema en los artículos 49 y 50 del texto constitucional, por cuanto estos se refieren a la atención a personas con discapacidad y personas mayores y a un sistema de servicios sociales promovido por los poderes públicos para el bienestar de los ciudadanos. Asimismo, se añade que lo que surge con la creación de este sistema es una nueva modalidad de protección social que complementa el sistema de la Seguridad Social. Se enmarca también el sistema de atención a la dependencia dentro de la competencia estatal de protección de los derechos fundamentales en condiciones de igualdad:

«En este sentido, la competencia exclusiva del Estado para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (artículo 149.1CE), justifica la regulación, por parte de esta Ley, de las condiciones básicas de promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia mediante la creación de un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia con la colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas, y con pleno respeto de las competencias que las mismas hayan asumido en materia de asistencia social en desarrollo del artículo 148.1.20 de la Constitución».

Por ello, el sistema creado por la LAPAD se enmarca en el ámbito de las competencias exclusivas del Estado. Ahora bien, la Ley establece que las comunidades autónomas integrarán las prestaciones del sistema para la dependencia en las redes de los servicios sociales de las comunidades (artículo 3.o), y prevé la cooperación de las entidades locales en la gestión de los servicios de atención a la dependencia (artículo 12). Además, establece tres niveles de protección del sistema que son distribuidos entre las diferentes Administraciones (artículo 7): *i*) Un nivel de protección mínimo que se establece por la Administración central, y cuyo importe se transfiere periódicamente a las comunidades según el número de beneficiarios, regulado por el Real Decreto 1050/2013, de 27 de diciembre; *ii*) Otro nivel de protección acordado entre la Administración central y cada una de las comunidades autónomas; *iii*) En tercer lugar, un nivel de protección adicional que cada comunidad puede establecer (artículo 11).

Finalmente, con el objetivo de establecer el marco de cooperación entre las administraciones, así como de adoptar criterios de actuación, programas, acordar las cuantías de las prestaciones y otras funciones previstas en el artículo 8, la LAPAD creó el Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.

3. EL MARCO JURÍDICO ACTUAL

3.1. CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DE LA LAPAD

Pasando a estudiar las características del sistema creado por la LAPAD y, en particular, su contenido, servicios y prestaciones, resulta de relevancia atender en primer lugar tanto a la definición de dependencia que se recoge en la Ley como a los principios y derechos que inspiran esta regulación. Así, la dependencia se define como el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o en el caso de personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para la autonomía personal (artículo 2.2).

En relación con esta definición de dependencia, llama la atención que se haga referencia al carácter *permanente* del estado o la situación que se encuentran las personas dependientes, que parece excluir aquellas situaciones en las que se precisan cuidados de forma temporal como resultado de diferentes circunstancias —accidentes, intervenciones quirúrgicas, enfermedades u otras—. Asimismo, también cabe observar que el ámbito del cuidado definido por la Ley alcanza aquello que se entiende como la realización de las actividades básicas de la vida diaria. Se hace referencia a la «atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria», sin hacer mención al modo en que haya de llevarse a cabo esta atención o cuidado. Las actividades básicas de la vida diaria incluyen el cuidado personal, las actividades domésticas básicas, la movilidad esencial, el reconocimiento de personas y objetos, orientarse, entender y ejecutar órdenes o tareas sencillas (artículo 2.3). Por ejemplo, la movilidad, el vestido, la alimentación, la continencia, el uso del retrete y el baño.

Sin embargo, un concepto de cuidado centrado en la persona debería incluir, además de la ayuda para la realización de estas actividades de la vida diaria, muchas otras cuestiones que quedan fuera de la atención a la dependencia que se incluye en la LAPAD. Esta concepción del cuidado incide en la forma en que se lleva a cabo el cuidado, pues consiste en cuidar personas y no solo cuerpos, y se han de tener en cuenta las necesidades y preferencias de la persona cuidada. Ello es imprescindible para que la persona siga teniendo control sobre el entorno y sobre la forma en que desea recibir estos cuidados, para lo que será fundamental una buena formación de los cuidadores.

Para evaluar el grado de dependencia se utiliza el índice de Katz, según el cual, por ejemplo, una persona es independiente cuando se baña completamente sin ayuda o necesita ayuda solo para una parte del cuerpo, y es dependiente cuando necesita ayuda para lavarse más de una parte o para salir o entrar de la bañera. Pero, además, la dependencia puede valorarse en tres grados, de ahí que normalmente un equipo de profesionales de los servicios sociales municipales acuda al domicilio para valorar la situación personal del dependiente. El Grado III, de Gran Dependencia, se reconocerá cuando una persona ne-

cesite ayuda para diversas actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y requiera el apoyo continuo de un cuidador, o un apoyo generalizado para su autonomía. El Grado II, de Dependencia Severa, se reconoce cuando una persona necesita ayuda para varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no necesita el apoyo continuo de un cuidador, o necesita un apoyo extenso para su autonomía. Finalmente, el Grado I, de Dependencia Moderada, se reconoce cuando una persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria al menos una vez al día, tiene necesidades de apoyo intermitente o necesita apoyo limitado para su autonomía personal.

Estos grados de dependencia fueron relevantes en el establecimiento del calendario de incorporación de los potenciales beneficiarios al sistema de dependencia para poder acceder a los servicios y prestaciones que se reconocen. Tras la entrada en vigor de la LAPAD solo estaba prevista la incorporación de las personas valoradas en el Grado III, de Gran Dependencia. En los años posteriores se incorporarían las personas valoradas en el Grado II, de Dependencia Severa, y finalmente, ya en 2015, podían incorporarse la totalidad de las personas valoradas en el Grado I de Dependencia.

Por otra parte, en la Ley se regulan otras cuestiones como los derechos y obligaciones de los beneficiarios del sistema, así como, los requisitos, los principios inspiradores, o el modo de financiación. En el artículo 3 de la LAPAD se recogen los *principios* en los que se inspira la Ley como el carácter público de las prestaciones, la universalidad, la igualdad efectiva y la no discriminación en el acceso, la atención integral e integrada, la personalización de la atención y la acción positiva para casos de mayor discriminación, la prevención, rehabilitación, estímulo social y mental, la permanencia de las personas en situación de dependencia en el entorno en el que desarrollan su vida siempre que sea posible, la participación de las personas en situación de dependencia; la inclusión de la perspectiva de género, etc.

Por lo que respecta a los derechos incluidos en la LAPAD, estos se concretan en el acceso a los servicios y prestaciones previstos en la Ley, y son tanto de reconocimiento como de configuración legal, al no haber un derecho constitucional que específicamente haga referencia a estas prestaciones de atención a la dependencia, como se ha señalado anteriormente. Además del derecho a acceder a las prestaciones y servicios se reconoce el derecho «a disfrutar de los derechos humanos y libertades fundamentales, con pleno respeto de su dignidad e intimidad». Se trata de una referencia al reconocimiento de los derechos que se reconocen tanto en tratados internacionales de derechos humanos, como en la Constitución española como derechos y libertades fundamentales. Otros derechos son el derecho a la información completa y continuada en términos comprensibles y accesibles, el derecho a la confidencialidad de los datos, el derecho a la participación en la formulación de las políticas que puedan afectar a su bienestar, el derecho a decidir sobre el ingreso en un centro residencial, etc. (artículo 4.2).

Además, en el plano de las obligaciones cabe diferenciar, de un lado, las obligaciones de la Administración para la garantía de los derechos reconocidos y, de otro, las obligaciones de los beneficiarios del sistema o, en su caso, de sus representantes. Así, el artículo 4.3 incluye un claro mandato a los poderes públicos para adoptar las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos, «sin más limitaciones en su ejercicio

que las directamente derivadas de la falta de capacidad de obrar que determina su situación de dependencia», mientras que el artículo 4.4 establece que las personas en situación de dependencia y, en su caso, sus familiares, así como los centros de asistencia, están obligados a suministrar toda la información que les sean requeridos por las administraciones competentes, a comunicar todo tipo de ayudas personalizadas que reciban y a utilizar las prestaciones a las finalidades para las que fueron otorgadas, etc.

En relación con los requisitos para ser titulares de los derechos que reconoce la LAPAD, además de encontrarse en situación de dependencia reconocida de acuerdo con los términos de la Ley, los solicitantes deberán ser españoles, tener cualquier edad (salvo con particularidades para los menores de 3 años) y residir en territorio español durante cinco años, dos de los cuales habrán de ser inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud. Los extranjeros residentes en España se registrarán por la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Por último, en cuanto a la financiación del sistema, esta corre a cargo tanto de la Administración central como de las comunidades autónomas. Cabe recordar en este punto que existen tres niveles de protección del SAAD: un nivel de protección mínimo de la Administración central, otro nivel de protección acordado entre la Administración central y cada una de las comunidades autónomas, y el nivel de protección adicional que cada comunidad pueda establecer. Se prevé, además, la participación de los beneficiarios en la financiación de las prestaciones de dependencia (artículo 33 de la LAPAD), es decir, el copago del usuario en la financiación de las prestaciones.

3.2. SERVICIOS Y PRESTACIONES

El sistema de atención a la dependencia creado por la LAPAD se caracteriza por haber introducido un catálogo de prestaciones y servicios antes inexistentes a nivel estatal. Se trata tanto de prestaciones económicas como de servicios, en los que se presta la ayuda o cuidado requerido directamente a la persona beneficiaria por parte de los servicios sociales de las comunidades autónomas mediante centros y servicios públicos o privados concertados acreditados. El artículo 14 establece que los servicios tienen carácter prioritario, es decir, que únicamente si no es posible prestar la atención necesitada al beneficiario a través de estos servicios, se reconocerá el acceso a la prestación económica vinculada al servicio dirigida a la cobertura de los gastos. Además, el Real Decreto 1050/2013, de 27 de diciembre, por el que se regula el nivel mínimo de protección, incorporó como criterio de reparto de la financiación a las comunidades autónomas el tipo de prestación o servicio, valorando positivamente la prestación de servicios por encima de las prestaciones económicas.

El acceso a las prestaciones y a los servicios está determinado por el grado de dependencia y, a igual grado, por la capacidad económica del solicitante. Así, el catálogo de servicios comprende: *i)* los servicios de prevención de las situaciones de dependencia y los de promoción de la autonomía personal; *ii)* el servicio de teleasistencia; *iii)* el servicio de ayuda al domicilio; *iv)* el servicio de centro de día y de noche; y *v)* el servicio de atención

residencial. Estos servicios se incluyen en la LAPAD, pero vienen desarrollados en el Real Decreto 1051/2013, de 27 de diciembre, por el que se regulan las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.

Los servicios de prevención de las situaciones de dependencia y de promoción de la autonomía personal tienen el objetivo de evitar el agravamiento del estado de dependencia y de mantener la autonomía personal para las actividades básicas de la vida diaria. Por ejemplo, la habilitación, la terapia ocupacional, la estimulación cognitiva y los cuidados en alojamientos de soporte a la inclusión comunitaria. También en relación con el ámbito de la prevención, el servicio de teleasistencia atiende a las personas beneficiarias telefónicamente mediante la instalación de un dispositivo en forma de botón que habitualmente se coloca como pulsera o collar de las personas usuarias y que deben llevar siempre consigo. La utilidad de la teleasistencia es responder principalmente ante situaciones de emergencia, así como de inseguridad, soledad y aislamiento, favoreciendo la permanencia de la persona en su domicilio.

Además, existen servicios de ayuda directa en el domicilio, así como, los más comunes, centros residenciales en los que las personas pueden residir tanto de día y de noche como solo durante el día o solo durante la noche. La ayuda a domicilio consiste en la prestación de servicios en el domicilio de las personas en situación de dependencia, con el fin de atender las necesidades básicas de la vida diaria e incrementar su autonomía y posibilitando la permanencia en su domicilio. Se calcula el servicio de acuerdo con un número de horas mensuales de atención, y puede consistir en la atención personal o la atención a las necesidades domésticas, entre ellas la limpieza, el lavado o la cocina.

Por su parte, el servicio de centro de día y de noche atiende a las personas en situación de dependencia en centros públicos o acreditados durante el día o durante la noche. Además, pueden llevarse a cabo otras actividades en función de las necesidades específicas como la estimulación cognitiva, la fisioterapia y la rehabilitación. Estos centros pueden ser de diferentes tipos: centros de día para mayores de 65 años o centros de día para menores de 65 años, centros de día de atención especializada y centros de noche. Finalmente, el servicio de atención residencial se presta en centros públicos o privados acreditados y puede ser permanente —cuando se trata de la residencia habitual de la persona— o temporal, —cuando se trata de estancias temporales por convalecencia o enfermedades, fin de semana, vacaciones o periodos de descanso de los cuidadores—. Existen dos tipos principales de centros, los que atienden personas mayores en situación de dependencia y los centros para personas con discapacidad.

En cuanto a las prestaciones económicas, la Ley prevé fundamentalmente de tres prestaciones: la prestación económica vinculada a un servicio, la prestación económica de asistencia personal y la prestación económica para cuidados en el entorno familiar. La prestación económica vinculada a un servicio se reconoce cuando no es posible acceder directamente al servicio público o concertado solicitado, y está vinculada a la adquisición del servicio. La prestación económica de asistencia personal tiene por objeto la contratación de un cuidador profesional durante un número de horas en las que acude al domicilio de la persona beneficiaria para ayudarle en las actividades básicas de la vida diaria.

Por último, la LAPAD regula la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales con un carácter excepcional, a pesar de que es la prestación que ha sido más ampliamente solicitada y reconocida, como se verá más abajo. Se reconoce cuando el cuidador de la persona en situación de dependencia es el cónyuge u otros familiares hasta el tercer grado de parentesco, que conviven en el mismo domicilio y han ejercido ya los cuidados durante un año previo a la solicitud de la prestación⁸. Además, la persona cuidadora no puede estar en situación de dependencia, debe asumir formalmente el compromiso de los cuidados y deberá realizar las acciones formativas cuando se le propongan.

Además, la Ley regula una serie de incompatibilidades. En este sentido, las prestaciones económicas son, en principio, incompatibles entre sí y con los servicios, salvo con los servicios de prevención de la dependencia y la teleasistencia. Por su parte, los servicios serán incompatibles entre sí, excepción hecha del servicio de teleasistencia, que será compatible con el servicio de prevención de la dependencia, el de ayuda a domicilio y el centro de día y de noche.

4. CARENCIAS O PROBLEMAS DEL SISTEMA DE ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA

Tras el estudio de las características definitorias del sistema de atención a la dependencia y de sus principales prestaciones y servicios, puede afirmarse que la LAPAD mejoró considerablemente la protección anteriormente existente. La LAPAD introdujo una serie de prestaciones y servicios que habían de ofrecerse en todo el territorio nacional, a pesar de que, como veremos a continuación, la calidad y extensión de estos servicios depende en gran medida de la financiación disponible y del desarrollo adicional que exista en cada territorio. Además, se reconoce la protección frente a la dependencia, o más bien, el derecho a recibir las prestaciones cuando se tiene reconocida una situación de dependencia como derecho subjetivo de configuración legal, por más que pueda encontrar su fundamento en diversos artículos constitucionales, entre ellos los artículos 49 y 50.

Sin embargo, existen diferentes factores por los cuales la protección frente a situaciones de dependencia no se ha alcanzado con la calidad e intensidad esperada. Entre los problemas surgidos en la implementación o aplicación de la Ley pueden mencionarse los siguientes: una financiación pública limitada; problemas de cobertura e insuficiencia de las prestaciones; fallos en el procedimiento de solicitud y reconocimiento de las prestaciones; la mayor importancia que han cobrado en la práctica las prestaciones económicas sobre los servicios, lo cual se hace especialmente relevante en el caso de la prestación para cuidadores familiares, dificultando así la profesionalización del cuidado; las carencias en la dimensión preventiva así como en la dimensión más íntima o personal del cuidado; las diferencias existentes entre la protección disponible en las comunidades autónomas y la falta de coordinación sociosanitaria. A continuación, se analizarán estos problemas con base en la

información obtenida en diversos informes y estadísticas disponibles, así como en trabajos doctrinales que valoran asimismo la aplicación de la LAPAD.

4.1. FINANCIACIÓN INSUFICIENTE

La financiación del sistema de atención a la dependencia ha estado marcada por los recortes en el gasto social casi desde los inicios de su aplicación. Especialmente a raíz de la respuesta a la crisis económica, marcada por una serie de reformas de contención y recorte del gasto público. En 2012 se aprobaron una serie de reformas regresivas en el ámbito de la protección a la dependencia⁹. La modificación más relevante para el acceso a los servicios y prestaciones seguramente fue la introducción de unos criterios de copago que conllevaron un aumento respecto de la participación de los usuarios en la cobertura del coste del servicio o la prestación. Se estima que, en 2016, el impacto del aumento del copago tras las reformas de austeridad había sido tal que el porcentaje del copago medio nacional por usuario era del 53,54 % del total de la financiación (Del Pozo Rubio *et al.*, 2017). También se suprimió la retroactividad de las prestaciones económicas para el cuidado familiar si no se habían comenzado a percibir en la fecha en la que se había reconocido el derecho. Además, el Estado dejó de cubrir la cotización de los cuidadores familiares, si bien esta última reforma se revirtió recientemente por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo. A raíz de esta reforma, la cuota de la Seguridad Social correspondiente al convenio especial de los cuidadores no profesionales pasó a ser asumida por el Estado.

En la actualidad sigue existiendo una financiación pública limitada, que se refleja tanto en las listas de espera para recibir las prestaciones como en los problemas de cobertura, que serán comentados más adelante. Una mayor financiación pública permitiría disminuir o eliminar la participación del usuario (el copago) así como aumentar el número de prestaciones concedidas. En 2019, los países de la Unión Europea destinaban de media un 1,7 % del Producto Interior Bruto (PIB) en cuidados de larga duración, si bien la Comisión Europea considera conveniente incrementar este porcentaje hasta el 2,5 % en 2050¹⁰. España se situaba en un 0,7 % de porcentaje del PIB para cuidados de larga duración en 2019, muy por debajo de la media europea. Holanda era el país que más financiación dedicaba al cuidado (un 4,27 % del PIB). De acuerdo con un estudio en el que se realizaba una simulación de la cobertura del sistema de cuidados en España aplicando los niveles de protección otorgados en Suecia, además del aumento de la financiación y de la cobertura hasta el 18 % de la población mayor de 65 años, debería aumentarse la intensidad protectora con más servicios por persona beneficiaria, y sustituir las prestaciones económicas por servicios directos (Martínez *et al.*, 2018).

4.2. PROBLEMAS DE COBERTURA

Para valorar la situación de dependencia, se aplican unas escalas de valoración funcional de las personas para realizar las actividades de la vida diaria, y se asignará uno de los grados de dependencia en función de la gravedad. Para esta valoración se tienen en cuenta tanto

las actividades básicas de la vida diaria (comer, ir al baño, andar, ducharse o vestirse) como las actividades instrumentales. Según la Encuesta Europea de Salud en España (EESE, 2020), el 19,5 % de la población de más de 65 años refirió algún grado de dificultad para realizar las actividades básicas de la vida diaria, de las cuales el 52,99 % declaró que necesitaba ayuda, pero que no disponía de ella o bien necesitaba más ayuda de la que disponía en ese momento. En cuanto a las actividades instrumentales de la vida diaria, se trata fundamentalmente de la realización de tareas pesadas ocasionales, tareas domésticas ligeras, tomar medicación, hacer la compra, usar el teléfono y cocinar. Para la realización de estas actividades, el 42,3 % de la población mayor de 65 años refiere algún tipo de dificultad, de las cuales el 41,03 % necesita ayuda, pero no dispone de ella, o bien necesita más ayuda de la que dispone (EESE, 2020).

Una vez se obtiene el grado de dependencia, se reconoce que las personas tienen derecho a una prestación, pero puede pasar un periodo de tiempo hasta que la persona sea efectivamente beneficiaria de la misma. En este sentido, si bien el total de personas beneficiarias con derecho a una prestación era de 1.450.370 personas a 30 de junio de 2022 (IMSERSO, 2022), este número no equivaldría al número de personas beneficiarias con prestaciones, cuando ya ha recaído la resolución que da acceso a una prestación o servicio, que se situaba en 1.255.161 personas, el 2,65 % de la población. En el conjunto del territorio español se registraron un total de 1.939.358 solicitudes, que corresponde a un 4,09 % de la población teniendo en cuenta los datos de todas las comunidades autónomas. En este sentido, la demanda real de cuidados sería mayor al número de personas beneficiarias de las prestaciones del SAAD. Además, este número no incluiría situaciones de necesidad sin derecho reconocido, por ejemplo, debido a las solicitudes sin resolución, o bien por no haberlo solicitado o por no haber llegado al grado requerido.

4.3. TRABAS PROCEDIMENTALES

En relación con el problema que acaba de señalarse, hay factores que indican que los problemas en la implementación efectiva de la LAPAD no se deben únicamente a las limitaciones en la financiación del sistema, sino también a los fallos en el procedimiento administrativo de resolución de las solicitudes, entre ellos la diferencia entre tener reconocido el derecho a recibir una prestación o servicio de las ofrecidas en la comunidad autónoma una vez valorado el grado de dependencia y estar recibiendo *efectivamente* la prestación o servicio solicitado en concreto.

Otros problemas del procedimiento administrativo señalados son la petición reiterada de la misma documentación y las listas de espera, que guardan relación con las dilaciones en el procedimiento, especialmente para el reconocimiento del derecho a recibir las prestaciones. Por lo que respecta en particular al servicio de centros residenciales, el Defensor del Pueblo ha puesto de manifiesto las deficiencias en la organización, regulación y prestaciones de estos centros (Defensor del Pueblo, 2020). Por ejemplo, que no exista un marco normativo claro que regule el régimen de autorizaciones o la falta de estadísticas fiables que se actualicen periódicamente en relación con los recursos disponibles en las residencias.

4.4. FAMILIARISMO, FALTA DE PROFESIONALIZACIÓN Y REPRODUCCIÓN DE DESIGUALDADES DE GÉNERO

Se ha mencionado que una de las características a valorar del sistema de atención a la dependencia introducido por la LAPAD fue haberse propuesto el objetivo de la profesionalización de los cuidados, al introducir prestaciones y servicios con la finalidad de facilitar la contratación de profesionales. Sin embargo, este objetivo no se ha logrado conseguir, siendo la familiarización de los cuidados todavía predominante, así como es necesario incidir en la cualificación profesional de los cuidadores.

En efecto, la prestación económica para el cuidado familiar ha prevalecido frente a la prestación de servicios profesionales. De acuerdo con los datos del IMSERSO a 30 de junio de 2022, había 1.255.161 personas beneficiarias con prestaciones, dando lugar a un total de 1.616.793 prestaciones reconocidas, de las cuales un 30,85 % era beneficiaria de la prestación económica para cuidados familiares, un 18,75 % de la prestación de teleasistencia, un 18,59% de la ayuda al domicilio, un 11 % de la prestación vinculada a un servicio, 10,58% de atención residencial, un 5,85 % de centros de día y de noche, un 3,86% de la prevención de la dependencia y promoción de la autonomía, y solo un 0,53% de la prestación económica de asistencia personal (IMSERSO, 2022). En cualquier caso, esta tendencia tiene a variar mucho según la Comunidad Autónoma. En la Comunidad Valenciana, un 62,27 % de las prestaciones era para el cuidado familiar, mientras que, en la Rioja, este porcentaje era de 10,69 %; sin embargo, en este territorio la ayuda al domicilio suponía un 28,80 % de las prestaciones reconocidas.

Así, si bien la LAPAD se propuso avanzar hacia la desfamiliarización del cuidado, al regular como excepcional la prestación económica para el cuidado familiar, y priorizando la concesión de servicios, ese objetivo puede haber contrastado con el familiarismo característico del modelo de bienestar mediterráneo. El familiarismo vendría a indicar que, en los países del sur de Europa, las familias tienen un papel relevante en la provisión del bienestar (Añón Roig y Miravet, 2005). En España, el 57 % de las personas mayores de 65 años que tienen necesidad de cuidados son atendidas en un entorno informal, frente al 14 % de Países Bajos o el 24 % de Francia (Martínez Buján, 2014). Además, el Estado no ha promovido suficientemente la creación de servicios de cuidado formal fuera y dentro del hogar (Jiménez Martín *et al.*, 2017).

Si bien la familiarización del cuidado no es en sí misma una limitación o un problema, puede serlo cuando esta tendencia no se acompaña de esfuerzos para la formación de los familiares que cuidan, de instrumentos jurídicos para su adecuada protección, así como cuando se reproducen las desigualdades preexistentes al mantenerse la feminización de los cuidados. Un 21,98 % de las mujeres de 55 a 64 años cuida de alguna persona con problemas de salud, frente al 14,91 % de los hombres de esa edad (EESE 2020). En este sentido, la LAPAD supuso una adaptación del sistema tradicional a las nuevas realidades sociales (Krüger y Jiménez, 2013), pero sin cuestionar aspectos relacionados con la justicia social (Serrano Pascual *et al.*, 2013).

De acuerdo con Comas, uno de los problemas del modelo actual de cuidados es la falta de sostenibilidad, dado que las mujeres están cada vez más ocupadas laboralmente, y que el progresivo envejecimiento de la población incrementa la demanda de cuidados dado el (Comas, 2019). Frente a la «crisis de los cuidados», afirma la autora, debe incidirse en la democratización del cuidado, esto es, el reconocimiento del cuidado, la socialización de las responsabilidades, el reparto del cuidado entre hombres y mujeres, y la atención a los derechos y demandas de las personas cuidadas.

4.5. LIMITACIONES EN EL ÁMBITO DE LA PREVENCIÓN

Como se ha señalado, la finalidad del servicio de prevención de la dependencia y promoción de la autonomía es prevenir la aparición o evitar el agravamiento del estado de dependencia, así como desarrollar y mantener la autonomía personal para la realización de las actividades básicas de la vida diaria. Sin embargo, según los datos del IMSERSO, en 30 de junio de 2022, únicamente un 3,86 % de las personas beneficiarias de las prestaciones y servicios del SAAD lo eran del servicio de prevención de la dependencia. Además, la mayor o menor utilización de este servicio depende en gran medida de la comunidad autónoma de que se trate. Cantabria destaca como la comunidad en la que un mayor número de personas beneficiarias de prestaciones utilizaba los servicios de prevención, un 24,54 % del total de personas con prestaciones; en comparación con otras comunidades como Andalucía, donde únicamente un 0,24 % de personas recibían este servicio, o un 0,20 % en Cataluña.

En relación con la prestación vinculada a un servicio, del que eran beneficiarias un 11 % de las personas que recibían las prestaciones (según los datos de junio de 2022, actualizados mensualmente por el IMSERSO), cabe señalar que esta prestación puede dirigirse a cubrir el coste del servicio de prevención y promoción de la autonomía personal, pero, de nuevo, existen grandes diferencias según la comunidad autónoma de que se trate. En Asturias había un 21,12 % de personas recibiendo la prestación vinculada al servicio de prevención, y este porcentaje era de un 19,66 % en la Comunidad de Madrid, un 19,43 % en Castilla la Mancha, mientras que, en las Comunidades de Andalucía, Aragón, Islas Baleares, Cantabria, Cataluña, País Vasco, La Rioja y Ceuta y Melilla, no se registró ninguna persona que hubiera utilizado tal prestación con la finalidad de acceder a servicios de prevención.

Ello puede deberse a que ya existen actividades de prevención de la dependencia en estas comunidades que, sin embargo, no se enmarquen en las prestaciones del SAAD y que se ofrezcan sin coste para el usuario, o bien puede deberse a problemas de disponibilidad de tales servicios. En relación con ello, así como en conexión con el siguiente problema o carencia, la oferta propia de actividades de prevención y promoción de la autonomía depende del desarrollo de los servicios a nivel autonómico. En algunas comunidades como la Comunitat Valenciana, Extremadura o Navarra, el desarrollo de la prevención a través de actividades que van más allá de los servicios y prestaciones del SAAD es mayor que en otros territorios autonómicos (HelpAge España, 2021).

Cabe destacar el caso de Extremadura, que ofrece un amplio catálogo de servicios de prevención de la dependencia para las personas mayores, como «Ajedrez Saludable» o «Entrenamiento de la Memoria» para el funcionamiento cognitivo, Clubes de Lectura y otras actividades culturales, programas para la seguridad física y emocional, como «El ejercicio te cuida», el programa para la prevención de caídas «8 pasos seguros». También cabe destacar los programas «Menjar a casa» y «Major a casa» en la Comunitat Valenciana. En Navarra existe la convocatoria de ayudas para el fomento de la autonomía y prevención de la dependencia a las personas mayores y/o a personas con discapacidad, que se dirige a las personas mayores y no se limita a las personas que tengan la dependencia reconocida.

En cualquier caso, el peso global del servicio de prevención en el SAAD parece ser insuficiente. Cabe recordar la importancia de promover adecuadamente la utilización de este servicio, que incluye actividades tan relevantes como la terapia ocupacional, la estimulación cognitiva o la habilitación psicosocial. A pesar de que en algunas comunidades la prestación para la prevención de la dependencia ha crecido considerablemente en los últimos años, en otras esta prestación sigue siendo residual si se compara con el resto de las prestaciones. En este sentido, sería deseable un mayor desarrollo a nivel autonómico y de forma más equitativa en todas las comunidades, así como una mayor concreción de la prestación a nivel estatal.

4.6. DIFERENCIAS ENTRE COMUNIDADES

Uno de los logros del sistema de atención a la dependencia implementado por la LAPAD fue la regulación de una serie de prestaciones y servicios que habrían de ofrecerse en todo el territorio nacional. Ahora bien, estas prestaciones se integran en las redes de servicios sociales que existen en las comunidades autónomas. Además, en ocasiones se amplía el catálogo de servicios con iniciativas propias de las comunidades, como ocurre con las actividades de prevención de la dependencia comentadas en el apartado anterior, pero ello depende del nivel de recursos disponibles, así como de la prioridad que se le dé a la atención a la dependencia en la agenda política autonómica. El resultado es que en algunas comunidades existe un mayor número de personas sin recibir los cuidados que necesitan.

Por ejemplo, en 2019 el País Vasco destinaba de media 368 euros al año por persona dependiente, frente a los 95 euros de las Islas Canarias. El País Vasco también ha desarrollado iniciativas como las unidades de atención sociosanitaria o los servicios de apoyo y formación a los cuidadores, servicios que no existen en todas las comunidades. Asimismo, en Navarra se ha apostado por transformar el sistema de cuidados hacia un modelo más centrado en las personas, como veremos más abajo. Ahora bien, el desarrollo de actividades y servicios dirigidos al cuidado y a la atención a la dependencia se produce incluso en comunidades con menores recursos, lo que evidencia que, además de los recursos disponibles para destinar a estas actividades, será necesaria la voluntad política. Por ejemplo, si bien tanto en la Comunidad de Madrid como en Extremadura las prestaciones y servicios que se ofrecen son fundamentalmente los ya previstos a nivel estatal por la LAPAD, en Extremadura sí se aprecian esfuerzos por ofrecer además actividades de prevención para

las personas mayores como las que han sido comentadas anteriormente —entre ellas, el entrenamiento de la memoria o los Clubes de Lectura, así como programas intergeneracionales y de voluntariado y actividades para la prevención del maltrato de las personas mayores—.

4.7. CARENCIAS EN LA DIMENSIÓN PERSONAL DEL CUIDADO. BREVE REFERENCIA AL CASO NAVARRO

Se ha comentado que tanto la definición de dependencia regulada en la LAPAD como el estado en el que se encuentran las personas que precisan de ayuda para realizar las actividades básicas de la vida diaria y la regulación de los servicios y prestaciones con el objetivo de ayudarles en la realización de estas actividades no abarca de forma suficiente la dimensión personal del cuidado. Por ejemplo, sobre todo en los centros residenciales —aunque puede ocurrir también en los cuidados en el domicilio— tienden a imponerse horarios fijos para las actividades diarias y se producen, además, actitudes estereotipadas hacia las personas mayores. Por el contrario, la atención a esta dimensión personal es el objetivo principal del llamado cuidado «centrado en la persona», que guarda relación con el modo en que se llevan a cabo los cuidados, respetando los deseos y preferencias de la persona cuidada.

Este concepto del cuidado «centrado en la persona» incide en que la cuestión radica en cuidar personas y no solo cuerpos, teniéndose en cuenta las necesidades y preferencias de la persona cuidada para que de este modo siga teniendo control y autonomía sobre su entorno, sobre las actividades de la vida diaria y sobre la forma en que desea recibir estos cuidados. En este sentido, y en palabras de Durán, el cuidado es tanto una actividad física como mental que debe incluir la conservación de las capacidades, la autodeterminación, así como actividades como la estimulación cognitiva (Durán, 2018). Además del cuidado instrumental para la realización de las actividades diarias, ha de prestarse atención al cuidado emocional, informacional y evaluativo, para lo cual será necesaria una mayor capacitación de los cuidadores en habilidades o virtudes como la competencia, la confidencialidad, la conciencia, la confianza y la compasión (HelpAge España, 2021).

Este enfoque va en la línea de lo dispuesto por el artículo 19 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, instrumento que aún no se ha implementado de forma adecuada en España en lo que respecta a la libertad de elección y la vida en comunidad. Este precepto reconoce el derecho de las personas con discapacidad a vivir en la comunidad con plena inclusión y participación, y encomienda a los poderes públicos la adopción de las medidas que sean adecuadas para que puedan elegir el lugar donde residir y con quién hacerlo, para que no se vean obligadas a vivir en un sistema de vida específico, por ejemplo, las residencias institucionalizadas¹¹.

En relación con ello, la Ley 8/2021, de 2 de junio sobre apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica, ha reformado recientemente la legislación civil y procesal para que cualquier persona con discapacidad mantenga la capacidad

jurídica para ejercer sus derechos de igual forma que el resto de las personas, desde su nacimiento y para toda la vida, en respeto a su autonomía personal.

Por ejemplo, nuevas posibilidades de cuidado pueden venir dadas de opciones como la cohabitación o *cohousing*. Asimismo, el apoyo intergeneracional o entre personas de diferentes generaciones, incluso aunque no sean de la misma familia, que encuentra su base en que todas las personas necesitamos de cuidado en algún momento de la vida. También las innovaciones tecnológicas y la robótica resultan de utilidad para facilitar fórmulas de autocuidado en el domicilio. En los centros y residencias para el cuidado de las personas mayores se ha de evolucionar desde un modelo institucionalizado hacia un modelo «hogar» que atienda más a las necesidades individualizadas de cada persona.

Otro ejemplo de implementación de un modelo más centrado en la persona es el Decreto Foral 92/2020, de 2 de diciembre, por el que se regula el funcionamiento de los servicios residenciales, de día y ambulatorios de las áreas de mayores, discapacidad, enfermedad mental e inclusión social, del sistema de servicios sociales de la Comunidad Foral de Navarra, y el régimen de autorizaciones, comunicaciones previas y homologaciones. En la exposición de motivos se explica en qué consiste la atención centrada en la persona, que busca armonizar la organización de los servicios de atención con las preferencias y deseos de quienes precisan atención o cuidados, pasando de un modelo asistencialista a otro basado en la autonomía de la persona receptora de atención como sujeto de derechos.

Así pues, la norma introduce modificaciones en el funcionamiento de los centros residenciales existentes en la comunidad, en relación con los principios que han de guiarlo, los derechos y deberes de las personas cuidadas, los requisitos de los servicios, la regulación de unidades de convivencia, la introducción de la figura de profesional de referencia o facilitador de apoyos, y los estándares de calidad para prestar servicios en el ámbito de los servicios sociales. Por ejemplo, una novedad destacable es el requisito de que en los nuevos centros residenciales y en la remodelación de los ya existentes que suponga la ampliación de más de quince plazas se incorporen unidades de convivencia de un máximo de 16 personas para tener un servicio más personalizado. Además, la norma navarra facilita el régimen de autorizaciones para iniciativas piloto de nuevas alternativas habitacionales, como los alojamientos colaborativos.

Cabe destacar, asimismo, la regulación de nuevos derechos de las personas usuarias de los centros residenciales, de acuerdo con el artículo 41 del citado Real Decreto 92/2020, entre los que podemos mencionar, por ejemplo, el derecho a recibir un trato personalizado, afectuoso, digno y respetuoso con la intimidad, identidad y creencias, poniendo en valor y respetando la singularidad de cada persona, acercándose a sus biografías, circunstancias y proyectos de vida personales y atendiendo la diversidad como un elemento de riqueza. También el derecho a decidir, sin menoscabar la organización del centro, los horarios de acostarse o levantarse, o las horas de las comidas. Además, se ha de garantizar la intimidad corporal y espacial de las personas, procurando ampliar y atender en la medida de lo posible la demanda de habitaciones individuales.

4.8. DESCOORDINACIÓN SOCIOSANITARIA

Por su parte, la coordinación sociosanitaria en centros residenciales consiste fundamentalmente en una adecuada provisión de servicios sanitarios en los mismos centros tanto de medicina como de enfermería, así como en la garantía de una buena comunicación entre los centros y los hospitales o centros de salud. Así pues, el derecho a la protección de la salud sin discriminación, tal y como se ha desarrollado en la legislación ordinaria, exige que ninguna persona sea privada de la atención sanitaria que necesita por residir en un centro residencial, ya que se han de prestarse los servicios sanitarios del Sistema Nacional de Salud en condiciones de igualdad efectiva y de calidad (artículo 43 de la Constitución y artículo 2.a) de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud).

Especialmente las personas mayores y, en particular, aquellas que viven en centros residenciales con mayor sufrimiento de cronicidad, enfermedades convalecientes y dependencia necesitan ayuda profesional con una atención sociosanitaria adecuada. Además de poder acceder a los servicios del Sistema Nacional de Salud es necesaria la existencia de una adecuada atención sanitaria en los mismos centros, especialmente mientras los hospitales sigan siendo un entorno poco propicio para tratar la cronicidad o la convalecencia. A pesar de algunas iniciativas en este sentido¹² y del reconocimiento del principio de coordinación entre ambos sectores, social y sanitario, en la LAPAD, los esfuerzos realizados en el plano normativo han sido insuficientes. Garantizar el derecho a la asistencia sanitaria de las personas mayores que precisan de cuidados permitiría avanzar en cuestiones como la prevención de la dependencia, la utilización más racional de los recursos, la mejora de la capacidad de respuesta de los dispositivos asistenciales, la prevención de los reingresos, y la continuidad de los cuidados (Fuentes, 2020).

Los hechos acontecidos durante la pandemia de COVID-19 en los centros residenciales han puesto de manifiesto que el sistema de cuidados se enfrenta a un gravísimo problema de coordinación sociosanitaria. Son conocidos los miles de fallecimientos de personas mayores que se produjeron mientras estaban viviendo en estos centros y sin poder acceder a una atención sanitaria adecuada en los centros y hospitales del Sistema Nacional de Salud¹³. Además de las decisiones que se adoptaron durante las primeras olas de la pandemia respecto a la priorización y restricción del uso de recursos sanitarios (Rico, 2020), se evidenció que la descoordinación sociosanitaria no fue un problema puntual en tiempos de pandemia, sino que el sistema de cuidados adolecía de falta de accesibilidad y de disponibilidad de servicios sanitarios adecuados en los mismos centros residenciales (Defensor del Pueblo, 2020). En concreto, Madrid fue la comunidad autónoma más afectada por las muertes de personas mayores por SARS-CoV-2 en las residencias. Se estima que se produjeron unas 7.600 muertes durante la primera ola de la pandemia y que el sistema de atención a la dependencia perdió en 2020 a 10.742 dependientes en la región debido al fallecimiento, es decir, el equivalente a un descenso del 7 % de personas atendidas, en comparación con el conjunto del país donde aumentó un 0,8 %, según el XXI Dictamen del Observatorio Estatal para la Dependencia, publicado en febrero de 2021. Además, en

2020 se redujo en un 10 % la inversión en protección a la dependencia en la Comunidad de Madrid, el equivalente a 135 millones de euros. El informe cuantifica en 4.782 las personas fallecidas entre marzo y diciembre de 2020 que se encontraban en lista de espera para recibir los servicios y prestaciones del SAAD en esta comunidad.

5. CONCLUSIONES

En este trabajo se ha estudiado la regulación jurídica actual en materia de dependencia y de cuidados en España, principalmente enmarcada en la Ley 39/2006 o LAPAD, que reconoció por primera vez en España la protección a la dependencia y la prevención para la autonomía personal como derechos subjetivos, concretados en el acceso a una serie de servicios y prestaciones. En particular, se han abordado cuáles son las disposiciones constitucionales sobre las que ha de partir toda regulación en materia de cuidados y dependencia, esto es, el respeto a los derechos constitucionales reconocidos y la inspiración y fundamento en los mismos, así como la distribución de competencias entre los diferentes entes territoriales que actúan en la materia, de acuerdo con la Constitución y con la interpretación del Tribunal Constitucional.

En relación con ello, existen mandatos constitucionales claros a los poderes públicos para la protección social en caso de necesidad, la protección de la salud y de la vivienda, la tutela específica de las personas con discapacidad y la garantía de los servicios sociales y la seguridad de las personas mayores. La atención a la dependencia puede enmarcarse en el artículo 41 sobre el sistema de Seguridad Social, al referirse a la protección social en caso de necesidad, si bien la LAPAD decidió encuadrarse más bien en los artículos 49 y 50, sobre la atención a las personas con discapacidad, y los servicios sociales que deben existir para las personas mayores. Todos ellos dan cobertura constitucional a la regulación del sistema de cuidados y de atención a la dependencia, y también la darían a posibles futuras regulaciones más garantistas y mejor centradas en los derechos de las personas que reciben los cuidados. Ahora bien, por más que esos artículos puedan dar cobertura constitucional a tales regulaciones, es cierto también que resultan insuficientes para obligar a los poderes públicos a la creación y regulación de un particular modelo de cuidados acompañado de las garantías adecuadas para su promoción y respeto.

Por otra parte, el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia se encuadra, en virtud de la propia LAPAD, en el ámbito de las competencias exclusivas del Estado para la protección de los derechos en condiciones de igualdad, y se inspira en los artículos 49 y 50 del texto constitucional, si bien la Ley establece que las comunidades autónomas integrarán las prestaciones del sistema para la dependencia en las redes de los servicios sociales de las comunidades. Tras estudiar con detenimiento las características, los principios y derechos reconocidos y las obligaciones estipuladas en la LAPAD, se comentan los servicios y prestaciones regulados a nivel estatal desarrollados asimismo a nivel autonómico. Finalmente, se analizan una serie de carencias o limitaciones que han surgido en la aplicación de la LAPAD durante sus más de quince años de vigencia. En la aplicación de la Ley han

predominado las prestaciones económicas y, particularmente, la prestación económica para cuidados en el entorno familiar.

En este sentido, no se ha conseguido adecuadamente el objetivo de profesionalización del sector de los cuidados, dado que las prestaciones económicas no se han complementado con una adecuada formación de los cuidadores. Además, sigue existiendo una financiación pública insuficiente y se hace necesario ampliar la cobertura del sistema. Es preciso, asimismo, reducir o eliminar las listas de espera, así como el hecho de que haya una distinción entre personas con derecho a una prestación —que no reciben— y personas beneficiarias de una prestación. Tanto desde su configuración en la Ley como en su aplicación, el peso de la prevención en el sistema es insuficiente. Finalmente, desde un modelo de cuidados centrado en la persona, es necesario apostar por una reforma del sistema hacia un cuidado más personal e individualizado que no solo aborde el cuidado instrumental, sino también los factores emocionales y de respeto a la autonomía de la persona cuidada.

NOTAS

1. Plan de Choque de los cuidados, componente 22 del Plan España Puede.
2. De acuerdo con la Propuesta de Constitución Política de la República de Chile de 2022, se incluye en su artículo 50 el derecho al cuidado con tres apartados, el primero sobre el reconocimiento del derecho de toda persona al cuidado, que comprende cuidar, ser cuidado/a y cuidarse; el segundo, sobre las características del Sistema Integral de Cuidados, entre ellas el carácter estatal, paritario, solidario y universal, con pertinencia cultural y enfoques de derechos humanos, de género e interseccional, financiación suficiente, progresiva y permanente; y el tercer apartado, sobre los grupos a los que se ha de prestar especial atención, entre ellas las personas mayores.
3. Este derecho se incluye como el derecho a un nivel adecuado de bienestar, en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La Carta Social Europea asimismo reconoce varios derechos relacionados, como el derecho a la asistencia social y médica, en el artículo 13, o el específico derecho a los beneficios de los servicios sociales, en el artículo 14.
4. Este principio ha sido explicado por Añón Roig (2015) haciendo referencia a diferentes formas de relación entre los derechos. Asimismo, Noguera (2009) analiza el principio de indivisibilidad de los derechos en el constitucionalismo.
5. Por ejemplo, se han puesto de manifiesto los problemas surgidos de la justiciabilidad del derecho a la salud en países como Brasil o Colombia, como el elevado número de demandas individuales, el alto coste de su estimación, las inequidades en el acceso a los tribunales o la excesiva intervención judicial. *Vid.*, especialmente, Ferraz (2009); así como Flood y Gross (2014); y Cubillos *et al.* (2012).
6. En relación con la litigación del derecho a la salud en otros sistemas constitucionales, en Dalli (2019) se estudia esta problemática y se sugieren algunas respuestas intermedias frente a las reservas como el diálogo interinstitucional, la garantía del acceso a la justicia, la utilización del máximo de recursos disponibles o la justiciabilidad en sede administrativa para elementos no esenciales del derecho.
7. Sobre la cuestión competencial en materia de dependencia y servicios sociales, pueden leerse también Alarcón Caracuel (2007); y Aznar López (2001).

8. Estos requisitos se flexibilizan cuando se trate de áreas despobladas o rurales con carencia de recursos públicos o privados acreditados, de acuerdo con el artículo 12 del Real Decreto 1051/2013, de 27 de diciembre.
9. Entre ellas, el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, introdujo cambios como la reducción de las cuantías máximas de las prestaciones económicas para cuidados en el entorno familiar, o la reducción de las cuantías del nivel mínimo de financiación del SAAD.
10. De acuerdo con el informe de la Comisión Europea y el Comité de Protección Social, «2021 Long-Term Care Report. Trends, challenges, and opportunities in an ageing society», KE-09-21-202-EN-N.
11. Sobre la Convención y su aplicación en España en relación con el sistema de atención a la dependencia, pueden verse Aragón y Barranco (2011); Cuenca (2010); y de Asís (2013).
12. En 2012 se produjeron iniciativas en el plano de la coordinación sociosanitaria, como el Espacio Único Sociosanitario para responder a la cronicidad y al envejecimiento poblacional, o la Estrategia de cronicidad del Sistema Nacional de Salud, así como, ya en 2016, la Estrategia de Enfermedades Neurodegenerativas.
13. Se estima que 20.268 personas fallecieron a causa de la pandemia de COVID-19 en las residencias según el informe del grupo de trabajo sobre COVID-19 y residencias del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, a partir de los datos recibidos por las comunidades autónomas hasta el 23 de junio de 2020.

BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN CARACUEL, Miguel Ramón (2007): «Cuestiones competenciales en la Ley de dependencia», *Temas Laborales*, 89, 125-148.
- AÑÓN ROIG, María José (2015): «Derechos humanos y principio de efectividad: claves interpretativas», en M. Revenga y P. Cuenca Gómez (eds.), *El tiempo de los derechos. Los derechos humanos en el siglo XXI*, Madrid: Dykinson, 191-218.
- AÑÓN ROIG, María José y Pablo MIRAVET BERGÓN (2005): «Paradojas del familiarismo en el Estado del bienestar: mujeres y renta básica», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 23(2), 101-121.
- ARAGÓN GÓMEZ, Cristina, y María del Carmen BARRANCO AVILÉS (coords.) (2011): *Situaciones de dependencia, discapacidad y derechos. Una mirada a la Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia desde la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid: Dykinson.
- ARENAS VIRUEZ, Margarita (2016): «La cuestión competencial en materia de servicios sociales», *Temas Laborales*, 133, 71-112.
- AZNAR LÓPEZ, Manuel (2001): «Aspectos jurídicos de los servicios sociales: de la referencia constitucional a la legislación ordinaria», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 30, 50-86.
- COMAS d'ARGEMIR, Dolores (2019): «Cuidados y derechos. El avance hacia la democratización de los cuidados», *Cuadernos de Antropología Social*, 49, 13-29.
- CUENCA GÓMEZ, Patricia (ed.) (2010): *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, Madrid: Dykinson.
- IUNES, Roberto, Leonardo CUBILLOS-TURRIAGO, y María-Luisa ESCOBAR (2012): «Universal health coverage and litigation in Latin America», *Journal of Health Organization and Management*, 26(3), 390-406.

- Consejo Económico y Social de España (2012): «La aplicación de la Ley de Dependencia en España» [en línea], <http://www.ces.es/documents/10180/106107/preminves_Ley_Dependencia.pdf/549f96d7-6f84-4e09-836d-ee6b6e466b3f>. [Consulta: 01/07/2022.]
- DALLI, María (2019): «La garantía judicial del derecho a la salud: entre la protección indirecta y la justiciabilidad autónoma», *Derechos y Libertades*, 40, 239-260.
- DE ASÍS ROIG, Rafael (2013): *Sobre discapacidad y derechos*, Madrid: Dykinson.
- DEFENSOR DEL PUEBLO (2020): «Atención a personas mayores. Centros residenciales, Separata del Informe Anual 2019» [en línea], <<https://bit.ly/2JbOFgE>>. [Consulta: 01/07/2022.]
- DEL POZO RUBIO, Raúl, Isabel PARDO GARCÍA y Francisco ESCRIBANO SOTOS (2017): «El copago de dependencia en España a partir de la reforma estructural de 2012», *Gaceta Sanitaria*, 31(1), 23-29.
- DURÁN, María Ángeles. (2018): *La riqueza invisible del cuidado*, Valencia: Servei de Publicacions de la Universitat de València.
- GENERALITAT VALENCIANA (2022): «La atención a la dependencia en datos» [en línea], <<https://inclusio.gva.es/documents/610662/164528266/Datos+mensuales/69ca0660-adb3-43b3-8d7e-588bc7139304>>. [Consulta: 01/07/2022.]
- FERRAZ, Octavio Luiz Motta (2009): «The right to health in the courts of Brazil: worsening health inequities?», *Health and Human Rights*, 11(2), 33-45.
- FLORES, Fernando (2018): «La protección de los derechos de las personas mayores en la Constitución». – (2022): «El cuidado de las personas mayores: un derecho fundamental en ciernes», *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 33 (en este mismo número).
- FLAQUER, Lluís, Brigit PFAU-EFFINGER y Alba ARTIAGA LEIRAS (2014): «El trabajo familiar de cuidado en el marco del estado del bienestar», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 32(1), 11-32.
- FLOOD, Colleen M., y Aeyal GROSS (2014): «Litigating the Right to Health: What Can We Learn from a Comparative Law and Health Care Systems Approach?», *Health and Human Rights*, 16(2), 62-72.
- FUENTES, Fernando Vicente (2020): «La atención y coordinación sociosanitaria: hacia una nueva cultura del cuidado», *Enfermería Clínica*, 30(5), 291-294.
- GARRIDO CRIADO, Clara (2019): «Hacia un derecho fundamental al cuidado: viabilidad y conveniencia de su existencia», en A. I. Marrades Puig, *Retos para el Estado constitucional del siglo XXI: derechos, ética y política del cuidado*, Valencia: Tirant lo Blanch, 42-71.
- HelpAge España (2021): «El derecho a los cuidados de las personas mayores» [en línea], <https://www.helpage.es/wp-content/uploads/2021/10/HelpAgeEspana_El-derecho-a-los-cuidados-de-las-personas-mayores-2021.pdf>. [Consulta: 01/07/2022.]
- IMSERSO (2022): «Información estadística del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. Situación a 30 de junio de 2022» [en línea], <<https://www.imserso.es/interpret3/groups/imserso/documents/binario/estsisaad2022630.pdf>>. [Consulta: 01/07/2022.]
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (2020): «Encuesta Europea de Salud en España» [en línea], <https://www.mschs.gob.es/estadEstudios/estadisticas/EncuestaEuropea/EncuestaEuropea2020/EESE2020_inf_evol_princip_result.pdf>. [Consulta 01/07/2022.]
- JIMÉNEZ-MARTÍN, Sergi y Analía Andrea VIOLA (2017): «Observatorio de Dependencia. Segundo Informe» [en línea], <<http://documentos.fedea.net/pubs/eee/eee2017-22.pdf>>. [Consulta: 01/11/2022.]
- KRÜGER, Karsten y Eduard JIMÉNEZ HERNÁNDEZ (2013): «La ley de dependencia ¿Un cambio en el régimen de bienestar español? Familiarización versus profesionalización», *Scripta Nova: Revista electrónica de geografía y ciencias sociales*, 17, 425-462.
- MARRADES PUIG, Ana Isabel (2019): *Retos para el Estado constitucional del siglo XXI: derechos, ética y política del cuidado*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- MARTÍNEZ, Rosa, Susana ROLDÁN y Mercedes SASTRE (2018): «La atención a la dependencia en España. Evaluación del sistema actual y propuesta de implantación de un sistema basado en el derecho universal de atención suficiente por parte de los servicios públicos. Estudio de su viabilidad económica y de sus impactos económicos y sociales», *Papeles de Trabajo*, 5, 1-175.

- MARTÍNEZ BUJÁN, Raquel (2014): «Los modelos territoriales de organización social del cuidado a personas mayores en los hogares», *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 145, 99-126.
- MINISTERIO DE DERECHOS SOCIALES Y AGENDA 2030 (2020): «Informe del Grupo de Trabajo Covid-19 y residencias» [en línea], <https://imsero.es/documents/20123/117116/gtcovid_residencias_vf.pdf>. [Consulta 01/11/2022.]
- MONEREO PÉREZ, José Luis (2009): «Competencias autonómicas en asistencia social y servicios sociales», *Temas Laborales*, 100, 295-328.
- MUÑOZ GONZÁLEZ, Óscar (2015): «El declive de la Ley de la Dependencia. Familismo implícito y oportunidad perdida en la profesionalización de los cuidados», *Encrucijadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales*, 10, 1-16.
- NOGUERA FERNÁNDEZ, Albert (2009): «¿Derechos fundamentales, fundamentalísimos o, simplemente, derechos? El principio de indivisibilidad de los derechos en el viejo y el nuevo constitucionalismo», *Derechos y libertades*, 21, 117-147.
- (2010): *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- OBSERVATORIO DE LA REALIDAD SOCIAL (2019): «III Informe sobre la Dependencia en Navarra» [en línea], <<https://www.observatoriorealidadsocial.es/es/estudios/iii-informe-sobre-la-dependencia-en-navarra-2019/es-555570/>>. [Consulta: 01/07/2022.]
- Oficina Nacional de Prospectiva y Estrategia del Gobierno de España (2021): «España 2050, Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo» [en línea], <https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/200521-Estrategia_Espana_2050.pdf>. [Consulta: 01/07/2022.]
- PINAZO HERNANDIS, Sacramento y Mariano SÁNCHEZ MARTÍNEZ (2020): «Cuidados y generaciones en el ámbito comunitario» *Corintios XIII. Revista de teología y pastoral de la caridad*, 176, 126-145.
- RICO, Manuel (2020): *Vergüenza. El escándalo de las residencias*, Barcelona: Planeta.
- ROGERO GARCÍA, Jesús (2009): «Distribución en España del cuidado formal e informal a las personas de 65 y más años en situación de Dependencia», *Revista Española de Salud Pública*, 83, 393-405.
- SERRANO PASCUAL, Amparo, Alba ARTIAGA LEIRAS y María Celeste DÁVILA DE LEÓN (2013): «Crisis de los cuidados, Ley de Dependencia y confusión semántica», *Revista Internacional de Sociología*, 71(3), 669-694.

Fecha de recepción: 1 de septiembre de 2022.

Fecha de aceptación: 24 de octubre de 2022.

VIVIENDA COLABORATIVA Y PERSONAS MAYORES*

COLLABORATIVE HOUSING AND OLDER PERSONS

María José Vañó Vañó

Profesora Titular de Derecho mercantil

Universitat de València

Investigadora de IUDESCOOP

RESUMEN

El aumento de la esperanza de vida tiene importantes consecuencias en el crecimiento económico, en la estabilidad presupuestaria, en la asistencia sanitaria, en los cuidados de larga duración, en el bienestar y en la cohesión social. El momento actual es determinante para conseguir el equilibrio entre las soluciones sostenibles para la red de protección social, el refuerzo de la solidaridad y justicia intergeneracional y la accesibilidad a una vivienda digna y adaptada a las nuevas necesidades de los mayores. La crisis provocada por la pandemia de COVID-19 ha puesto de relieve la soledad de las personas mayores, circunstancia a la que contribuyen sobremanera los problemas de salud, las condiciones económicas desfavorables y la falta de accesibilidad a la vivienda. Actualmente existen numerosas iniciativas que tratan de organizar viviendas (para personas mayores o intergeneracionales) y que abordaremos desde la perspectiva de las cooperativas de viviendas o viviendas colaborativas y las propuestas de financiación, con especial referencia a la situación valenciana.

PALABRAS CLAVE

Vivienda colaborativa, cooperativas de viviendas, envejecimiento activo, vivienda digna, financiación, colaboración público-cooperativa.

ABSTRACT

Increasing life expectancy has important consequences for the economic growth, the budgetary stability, the health care, the long-term care, the welfare, and the social cohesion. The current moment is crucial to strike a balance between sustainable solutions for the social safety net, the reinforcement of solidarity and intergenerational justice, and the accessibility of decent housing adapted to the new needs of the elderly. The crisis caused by the COVID-19 pandemic has highlighted the loneliness of older people, to which health problems, unfavourable economic conditions, and lack of accessibility to housing are the major contributory factors. There are currently numerous initiatives that seek to organise housing (for the elderly or intergenerational), which we will address from the perspective of housing cooperatives or collaborative housing and financing proposals, with a special reference to the Valencian situation.

KEY WORDS

Collaborative housing, housing cooperatives, active aging, decent housing, financing, public-cooperative partnership.

DOI: <https://doi.org/10.36151/td.2022.056>

* Trabajo realizado en el marco del Convenio entre la Generalitat Valenciana a través de la Vicepresidencia Segunda y Conselleria de vivienda y arquitectura bioclimática, Universitat de València-Estudi General (IUDESCOOP) y la Federación de Cooperativas de Viviendas (FECOVI) para el fomento de la vivienda cooperativa en la Comunitat Valenciana 2021-2022. La publicación es parte del proyecto TED2021-129787B-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033 y por la Unión Europea «NextGenerationEU»/PRTR, denominado «Comunidades de autoconsumo clave en la transición energética», cuya IP es María José Vañó Vañó.

VIVIENDA COLABORATIVA Y PERSONAS MAYORES

María José Vañó Vañó

Profesora Titular de Derecho mercantil
Universitat de València
Investigadora de IUDESCOOP

Sumario: 1. Reflexiones iniciales. 2. Vivienda colaborativa. 2.1. Cuestiones previas. 2.2. Estatuto jurídico de la persona socia en las cooperativas en cesión de uso. 2.2.1. Admisión y baja de socios. 2.2.2. Aportaciones a la cooperativa de viviendas. 2.3. Financiación y garantías en las cooperativas en cesión de uso. 2.3.1. Financiación tradicional. 2.3.2. Financiación no tradicional. 2.3.2.1. *Crowdfunding*. 2.3.2.2. Cuentas en participación. 2.1.2.3. Hipoteca inversa. 2.3.2.4. Emisión de obligaciones. 2.3.2.5. Participaciones especiales. 2.3.2.6. Títulos participativos. 2.4. Garantías. 2.4.1. Avales o garantías a la cooperativa de viviendas. 2.4.1.1. Aval solidario. 2.4.1.2. Aval mancomunado. 2.4.1.3. Aval de los anticipos a cuenta. 2.4.2. Hipoteca de derecho de superficie. 2.4.3. Garantía de deuda hipotecaria. Subrogación de las AAPP. 2.4.4. Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento. 2.4.5. Prenda de derecho de crédito. 2.5. Participación de las administraciones públicas clave en el desarrollo de proyectos *cohousing* senior. 2.5.1. Cesión del derecho de superficie. 2.5.2. Endeudamiento. 2.5.3. Garantías de las AAPP. 3. Final. Notas. Bibliografía.

1. REFLEXIONES INICIALES

El envejecimiento de la población en las sociedades modernas es un fenómeno que está marcando la agenda de las políticas públicas que deben desarrollarse para atender a este segmento de la población. El análisis se está realizando desde diferentes perspectivas —médicas, sociológicas, económicas, asistenciales—, pero en nuestro estudio queremos abordarlo desde la perspectiva de la vivienda, y la posibilidad de elegir el modo y el lugar en que queremos envejecer.

Los datos actuales son abrumadores. Según el Instituto Nacional de Estadística, la proporción de mayores de 80 años casi se duplicó entre 2001 y 2020. Señala el INE que la población de la Unión Europea está envejeciendo de manera evidente: en 2020, el 21 % de la población tenía 65 años o más frente al 16 % en 2021 y la proporción de jóvenes de 0 a 19 años en la UE en 2020 era del 20 % frente a un 23% en 2021¹.

En el estudio elaborado por el INE sobre las proyecciones de población 2020-2070, España ganaría casi un millón de habitantes en los próximos 15 años y más de tres millones

hasta 2070 si se mantuvieran las tendencias demográficas actuales². Destaca, sin embargo, que la población de más de 65 años supondría el 26,5 % del total en el año 2035. El descenso continuo de los nacimientos se prolongaría, según el INE, hasta 2027, momento a partir del cual podrían comenzar a aumentar a causa de la llegada a la fecundidad de generaciones más numerosas (personas nacidas a partir de la segunda mitad de los años 90).

La estructura de la población que se muestra en la proyección del INE ofrece una imagen de envejecimiento. De mantenerse la tendencia demográfica del momento del estudio en 2020, el grupo de edad más numeroso a 1 de enero de 2020 (nacidos entre 1970 y 1979) serían también los más numerosos en 2050, con edades comprendidas entre los 70 y los 79 años. Apunta el INE a un cierto rejuvenecimiento poblacional conforme se vayan extinguiendo los nacidos en los años 70 del siglo XX. La población entre 20 y 64 años, que actualmente supone el 60,8 % del total, pasaría a representar el 51,9 % del total en 2050 y en 2070 sería el 54,4 %.

Con la vista puesta en estos datos, que son similares en los diferentes Estados de la Unión, la Comisión Europea publicó en 2021 el *Libro Verde sobre el Envejecimiento. Fomentar la solidaridad y la responsabilidad entre generaciones*³, en el que señalaba que el envejecimiento afecta a todos los aspectos de nuestra vida y que, a pesar de los desafíos de la pandemia de COVID-19, lo cierto es que nunca tantos europeos habían disfrutado de una vida tan larga, considerándolo un «importante logro sustentado en la economía social de mercado de la UE».

El aumento de la esperanza de vida tiene importantes consecuencias en el crecimiento económico, la estabilidad presupuestaria, la asistencia sanitaria, los cuidados de larga duración, el bienestar y la cohesión social. La pandemia ha sido determinante para fijar los desafíos a los que se enfrenta el envejecimiento de la población fundamentalmente en la asistencia sanitaria y social⁴.

El *Libro Verde* abre un debate político sobre el envejecimiento «con el fin de discutir opciones sobre cómo anticiparse y responder a los desafíos que plantea y las oportunidades que brinda, especialmente teniendo en cuenta la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y el Decenio del Envejecimiento Saludable de las Naciones Unidas». Pero, además, asume un enfoque basado en el ciclo de la vida que tiene en cuenta que las etapas tradicionales de educación y formación, trabajo y jubilación, es menos rígida, y nos encontramos en un momento determinante para conseguir el equilibrio entre unas soluciones sostenibles para la red de protección social y un refuerzo de la solidaridad y justicia intergeneracional.

En este punto es en el que nos detendremos, y en la accesibilidad a una vivienda digna y adaptada a las nuevas necesidades de la población mayor. La crisis provocada por la COVID-19 ha puesto de relieve la situación en la que viven las personas mayores. Según datos del Libro Verde, se estima que alrededor de treinta millones de adultos de la UE suelen sentirse solos, sentimiento al que contribuye sobremanera los problemas de salud, las circunstancias económicas desfavorables y las viviendas no accesibles.

Existen actualmente numerosas iniciativas que tratan de organizar viviendas, bien exclusivamente para personas mayores, bien para residenciales en los que convivan varias

generaciones. En la mayor parte de las ocasiones estamos hablando de cooperativas de viviendas o viviendas colaborativas, que es el objeto de estudio de este trabajo.

No olvidemos, además, que la protección de las personas mayores está reconocida en el artículo 50 de la Constitución española (CE) (1978) en estos términos: «Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio».

Pero también se recoge en la CE el derecho a una vivienda digna y adecuada en su art. 47 cuando señala: «Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos».

La vivienda digna y adecuada es el pilar fundamental de la vida de las personas mayores, que necesitan, según su ciclo vital, diferentes prestaciones que deben ser objeto de fomento por las políticas públicas de promoción del envejecimiento activo (*Libro Blanco del envejecimiento Activo 2012*) y estrategia nacional de personas mayores para un Envejecimiento Activo y para su buen trato 2018-2019, del Consejo Estatal de Personas Mayores.

Según estudios del IMSERSO (2010), el 87,3 % de las personas mayores de 65 años prefieren vivir en su propio hogar incluso cuando necesitaban de cuidados domiciliarios. Así lo recuerda el *Libro Blanco del Envejecimiento* (IMSERSO, 2018)⁵, que apunta a la voluntad de envejecer en casa, una voluntad que obedece en gran medida al cariño que sienten por la vivienda y a la integración en el entorno vecina. En un estudio de 2018⁶, UDP muestra que la opción más valorada por las personas mayores es continuar en la casa en la que han residido durante los últimos años —9,1 sobre 10—, mientras que la residencia o las casas de los familiares —hijos o hijas— suelen ser las opciones menos valoradas —3,9 y 3,8 respectivamente—, situando a las viviendas colaborativas en un punto intermedio —5,4—.

Ante esta situación, surgen alternativas habitacionales que huyen de la tradicional residencia, y van encaminadas a ofrecer una serie de actividades y servicios necesarios para un completo y perfecto envejecimiento activo: la vivienda colaborativa.

El envejecimiento activo provoca un cambio de paradigma, una propuesta para reconsiderar a las personas mayores como personas activas de la sociedad y ciudadanos plenos. La Organización Mundial de la Salud identifica los siguientes factores clave del mismo: autonomía para controlar, adaptarse y poder tomar decisiones sobre la propia vida cotidianamente, según las propias reglas y preferencias, la independencia para continuar autónomamente en actividades de la vida cotidiana con, o sin ayuda, la calidad de vida valorada desde la percepción individual de la propia posición en la vida de acuerdo al sistema cultural en el que vive, a los objetivos, expectativas y preocupaciones⁷. Lo cierto es que, hasta hace escaso tiempo, las políticas públicas se dirigían hacia el envejecimiento como

deterioro, descuidando la participación social que permite combatir la soledad no deseada y que afecta a numerosos mayores⁸. De hecho, las soluciones residenciales para personas mayores se han articulado en el marco del sistema público de servicios sociales. Con la Ley 39/2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia (LAPAD), los centros residenciales ofrecen una atención integral a las personas que viven en ellos y les permiten tener mayor autonomía personal.

2. VIVIENDA COLABORATIVA

2.1. CUESTIONES PREVIAS

La vivienda colaborativa para las personas mayores surge como alternativa a la necesidad de ser autónomos, ser capaces de tomar decisiones y de controlar sus vidas, lo que podrán desarrollar a través de la fórmula colectiva de vivienda basada en el apoyo mutuo.

Surge en los años 60 en Dinamarca, y durante los años siguientes se traslada a otros países europeos como fue el caso de Holanda, Gran Bretaña, Alemania y Austria. En los años ochenta, surge en Suecia con un carácter marcadamente feminista y daba respuesta al problema de la doble jornada para las mujeres que asumían los cuidados, además de participar en el mercado laboral⁹. También surge durante los años 80 en EE. UU., donde este fenómeno se definió como *cobousing*. Durante los años noventa sigue el desarrollo en Europa como en el caso de Italia, España o Portugal¹⁰.

La vivienda colaborativa se conceptualiza y caracteriza partir de las bases del modelo danés: proceso participativo en la planificación arquitectónica, diseños que faciliten la vida en común en determinadas zonas, prevalencia de las instalaciones comunes frente a las privativas, autogestión, estructuras democráticas de gobierno, economías personales o familiares separadas (autonomía).

En Europa se utiliza el concepto de *collaborative housing* como expresión general que puede agrupar a diferentes modelos pero que responden a distintos objetivos y grados de autoorganización colectiva.

En España, la vivienda colaborativa tiene como elementos básicos la colaboración, la solidaridad y el apoyo mutuo entre residentes, que son los pilares esenciales en los que se apoya el cooperativismo¹¹. Pero si hablamos de cooperativas de viviendas, debemos tener en cuenta que esta entidad tiene una doble condición: por una parte, es «empresa» y «promotora», de tal forma que el cooperativista será por una parte persona socia y como tal copropietario de la misma y, por otra parte, será adjudicatario o usuario, según la naturaleza de la cooperativa creada.

Existen numerosas modalidades de cooperativas de viviendas que tienen funciones distintas y que reconduciremos a la siguiente enumeración¹²: cooperativas de autoconstrucción¹³, cooperativas que construyen para adjudicar a los socios en propiedad, cooperativas que combinan adjudicación con administración de elementos comunes¹⁴, cooperativas que

conservan la propiedad de las viviendas y ceden su uso a las personas socias, cooperativas de rehabilitación de viviendas, cooperativas de administración de elementos comunes en las viviendas y de prestación de servicios, cooperativas de usuarios y arrendatarios de viviendas, cooperativas de construcción o administración de residencias de jóvenes o mayores, o cooperativas de crédito a la construcción.

El nacimiento de las cooperativas de viviendas se encuentra vinculado con un objetivo¹⁵ muy concreto, esto es, ofrecer viviendas a precios económicos a las clases trabajadoras, normalmente, viviendas protegidas¹⁶. Según señala la vigente Ley 27/1999, de Cooperativas, las cooperativas de viviendas tienen por objeto principal procurar¹⁷ alojamiento y/o locales para sus socios y personas que convivan con ellos (personas físicas, entidades públicas y entidades sin ánimo de lucro). Las cooperativas de viviendas, por tanto, deberán procurar edificaciones e instalaciones complementarios para el uso de viviendas y locales de las personas socias, conservar y administrar viviendas y locales, o espacios comunes, servicios complementarios, rehabilitación (podrá ser socio cualquier persona, física o jurídica).

Si atendemos a lo dispuesto en el art. 91.2. de la Ley de Cooperativas Valenciana, observamos una regulación similar, al disponer que estas iniciativas se dirijan a personas socias que pretendan alojamiento o locales para sí y las personas que con ellas convivan, y los entes públicos y entidades sin ánimo de lucro, socias¹⁸, que precisen alojamiento para aquellas personas que, dependientes de ellas, tengan que residir, por razón de su trabajo o función, en el entorno de una promoción cooperativa, o que precisen locales para desarrollar sus actividades.

2.2. ESTATUTO JURÍDICO DE LA PERSONA SOCIA EN LAS COOPERATIVAS EN CESIÓN DE USO

Tradicionalmente, la vivienda colaborativa por excelencia en España ha sido la cooperativa de vivienda para su adjudicación en propiedad individual a los socios, y posterior disolución, otras, como acabamos de señalar, combinaban este régimen con la administración de elementos comunes. En el caso de estas cooperativas en las que se adjudica la propiedad, las personas socias serán propietarias de las viviendas, y para lograrlo deberán ingresar unas cuotas que formarán parte del fondo común destinado al pago de gastos de construcción; el socio adquiere el derecho de adjudicación de la vivienda en propiedad tras la construcción. En el momento final de construcción, y tras la adjudicación en propiedad, el socio podrá solicitar un préstamo bancario garantizado con la vivienda. Una vez liquidados los gastos y deudas, la cooperativa se disolverá y liquidará.

En el modelo de cooperativa en cesión de uso, por el contrario, no se adjudican las viviendas en propiedad, no se crea un fondo común temporal, y la titularidad de la construcción y viviendas es de la cooperativa. Las aportaciones realizadas por las personas socias se destinarán a la construcción o adquisición del edificio (fondos propios de la cooperativa). Además, podrán recuperar las aportaciones si causan baja de la cooperativa. A diferencia del supuesto anterior, la persona socia no hace entregas directas a cuenta, sino a cuenta del capital social que debe aportar a la cooperativa. En ese caso, la obtención de un préstamo

con garantía hipotecaria lo solicitará la cooperativa. El problema en estos casos lo tienen las personas socias en la obtención de financiación suficiente para aportar a la cooperativa porque las entidades de crédito suelen requerir avales de terceros, privados o provenientes de organismos públicos para poderles financiar el proyecto.

Consideramos, por tanto, que el modelo de cooperativa en cesión de uso es un modelo híbrido que se encuentra a medio camino entre el alquiler y la propiedad. En este tipo de proyectos, el socio podrá disponer de la vivienda, con carácter general de manera indefinida (según sea un proyecto totalmente privado o con participación pública en la cesión del derecho de superficie) a cambio de un depósito inicial y una renta mensual que descenderá progresivamente a medida que se amortice el inmueble (devolución de la deuda de la construcción o rehabilitación del inmueble y mantenimiento y gastos comunes del edificio). Los titulares del derecho de uso también se podrán obligar de forma personal y solidaria mediante una deuda hipotecaria.

Estas cooperativas se inspiran, entre otros, en el modelo danés Anedel, por el cual mantienen la propiedad de las viviendas cuyo uso se cede a los socios que la integran¹⁹. Las cooperativas conservan la propiedad de las viviendas y ceden su uso a los socios, ya sea en régimen de uso, usufructo o arrendamiento. Aquí el socio continúa siendo copropietario del conjunto edificado, pero accede al uso de la vivienda adjudicada. En este tipo de vivienda cooperativa existen, por un lado, espacios privados de carácter residencial y, por otro, espacios e instalaciones comunes. Además, para garantizar el funcionamiento de la comunidad se recogerán estatutariamente las reglas de funcionamiento.

La elección de esta opción frente a otras formas jurídicas o societarias, como la propiedad horizontal o las sociedades, se debe a la manera de tomar las decisiones y a los principios que rigen la cooperativa, principio democrático, solidaridad, autoayuda, intercooperación, etc.

La cooperativa de viviendas en régimen de cesión de uso tiene plena cabida en la legislación estatal (arts. 89 y siguientes de la Ley 27/1999 y art. 91 del Decreto Legislativo 2/2015, de 15 de mayo de Cooperativas de la Comunitat Valenciana, DOCV de 20 mayo de 2015, núm. 7529, p. 14741) a pesar de no tener un marco específico para articular dicho modelo que tendrá que adaptarse a las consideraciones de tipo general por vía estatutaria y allí podrán disponer, por ejemplo, los requisitos para poder formar parte de la cooperativa, teniendo en cuenta si ya tiene una vivienda en propiedad (en cuyo caso debe alquilarla a un precio no especulativo) o una edad determinada (*senior cohousing*), pero también se deberán concretar los supuestos de baja voluntaria y justificada del socio cooperativista, o las obligaciones económicas de los socios respecto de la adquisición de la condición de socio y posterior pago mensual por el uso de la vivienda (art. 15.2.e) Ley 27/1999) y la cesión de uso.

La normativa sobre cooperativas no define ni regula con claridad la naturaleza jurídica del derecho en virtud del cual la cooperativa cede al socio el uso de la vivienda. Tanto el derecho de propiedad como la cesión del uso de las viviendas son aspectos regulados por la legislación civil y, en relación con ellos, los potenciales derechos reales que pueden configurarse sobre la vivienda son el usufructo²⁰, el uso o la habitación. En el caso del usufructo,

permite obtener todos los rendimientos posibles del bien sobre el que recae sin limitaciones, es decir, sin estar restringidos a los que sean necesarios para su titular (art. 471 CC)²¹.

En este tipo de cooperativas se suelen fijar unos requisitos de entrada (financiación exigida para el inicio de los proyectos) y un pago mensual por el uso de la vivienda. La financiación es una de las cuestiones controvertidas en la puesta en marcha de cooperativas de viviendas en régimen de cesión de uso. En esta modalidad suele existir un constructor que se encarga de la adquisición del suelo y la construcción de las viviendas con base en las instrucciones de los promotores, o bien los promotores podrían financiar por ellos mismos los costes. Otra de las opciones es que el constructor lleve a cabo el proyecto sin la participación directa de los usuarios, pero luego les ofrezca la posibilidad de formar parte de la comunidad.

En este punto debemos hacer una breve referencia al estatuto jurídico de la cooperativa y de los miembros que la integran junto a las fuentes de financiación de este tipo de proyectos. No olvidemos que, en este tipo de proyectos, existen muchos más riesgos que en los procedimientos tradicionales tanto en la fase de formación del grupo y de elaboración del diseño como en el proceso de construcción. En particular, el abandono del proyecto, la incertidumbre sobre el momento de la finalización o la captación de usuarios una vez finalizada la construcción. Por todo ello es importante la implicación de las administraciones públicas para que asegure la sostenibilidad del proyecto. Sin embargo, nos planteamos, hasta qué punto las AAPP deben apoyar proyectos de *cohousing* que discriminen por segmentos de población y que apoyen proyectos que no siempre tendrán la consideración de sociales²².

2.2.1. Admisión y baja de socios

El art. 1.1. de la Ley 27/1999 determina que la cooperativa es una sociedad constituida por personas que se asocian «en régimen de libre adhesión y baja voluntaria», al igual que el art. 19 de la LCCV, que dispone: «Pueden ser socios y socias de la cooperativa de primer grado las personas físicas y jurídicas, cuando el fin y el objeto social de estas no sea contrario a los principios cooperativos, ni al objeto social de la cooperativa». Añade el art. 20 que la persona que reúna los requisitos del art. 19 y esté interesada en utilizar los servicios de la cooperativa tiene derecho a ingresar como socia salvo que lo impida una causa justa derivada de la actividad u objeto social de la cooperativa. El rechazo deberá estar justificado y la normativa recoge una serie de procedimientos para recurrir dicha decisión²³.

Resulta de especial interés el principio de *libre adhesión y baja voluntaria* formulado por la Alianza Cooperativa Internacional, que tiene implicaciones importantes en el cooperativismo de viviendas en cesión de uso al traducirse en la posibilidad de que quede ocupada la vivienda por un nuevo socio/a, recuperando la persona que causa baja, la aportación obligatoria inicial reembolsable actualizada al IPC.

Los estatutos sociales serán el instrumento en el que se determinarán los requisitos objetivos para ingresar como socio en la cooperativa de viviendas. En cualquier caso, estos requisitos deberán inspirarse en la idea de satisfacer la necesidad de obtener, en propiedad

o por cualquier otro título viviendas, locales, aparcamientos, servicios o edificaciones complementarias (art. 91.1 LCCV)²⁴.

Por su parte, la baja en cooperativas de viviendas tiene numerosas especialidades, derivadas de su propia naturaleza jurídica:

- En caso de baja no justificada, la LC permite una deducción general del 30 % en el supuesto en que se incumpla el periodo de permanencia mínimo (art. 51.3). El artículo 62.3. de la LCCV señala que, si existe previsión estatutaria sobre el importe liquidado de las aportaciones obligatorias, el consejo rector podrá practicar las deducciones que se acuerden en caso de baja injustificada o expulsión, respetando el límite máximo fijado en los estatutos, que no podrá exceder del veinte o treinta por ciento respectivamente.
- En el caso de las cooperativas de viviendas, puede fijarse estatutariamente la aplicación al socio de una deducción de las cantidades entregadas por el mismo para financiar el pago de las viviendas y locales, además de la que le corresponda por las aportaciones obligatorias al capital social (art. 89.5 LC). La Ley valenciana no hace ninguna referencia a la misma.
- Sobre el reembolso al socio que causa la baja, la legislación cooperativa suele admitir el aplazamiento del reembolso al socio de las cantidades anteriores si existe previsión estatutaria. No obstante, dicho aplazamiento será menor o mayor (máximo 5 años) según sea la causa de la baja (fallecimiento, justificada o no, expulsión). No obstante, en el supuesto de cooperativas de viviendas, la LC establece que dichas cantidades se reembolsarán «en el momento en que sea sustituido en sus derechos y obligaciones por otro socio» (art. 89. 5). En cambio, en la LCCV la cooperativa podrá retener el importe total que deba reembolsarse a la persona socia saliente hasta que sea sustituida en sus derechos y obligaciones por otro socio o socia. En los estatutos sociales deberá fijarse el plazo máximo de duración del derecho de retención. (art. 91.5).

2.2.2. Aportaciones a la cooperativa de viviendas

Las obligaciones económicas de la cooperativa se determinan a partir de los costes asumidos en la promoción y construcción o rehabilitación del inmueble. En este tipo de proyectos se intenta evitar la contratación de intermediarios en todos aquellos procesos que los pueda asumir la cooperativa como la autopromoción, que podría representar un ahorro de entre un 15 % y un 20 % del coste total de la promoción.

El principal recurso de la cooperativa es el patrimonio obtenido por las aportaciones de los socios y cuyo objetivo es la consecución del objeto social y con el que va a responder de las obligaciones²⁵. En la mayor parte de los proyectos de construcción la financiación se realiza en parte por las aportaciones de las personas socias, que pueden representar un 20 % de la financiación inicial, y suele incluirse en los estatutos un pago mensual que podrá reducirse una vez se amortice el préstamo hipotecario que financia la construcción de las viviendas.

El capital social en las cooperativas es variable²⁶ y estará integrado por las aportaciones obligatorias y voluntarias de sus socios y en su caso, de los asociados. Estas aportaciones podrán ser remuneradas con intereses (art. 58 LCCV) y las realizadas por los asociados podrán otorgar una participación en resultados que no podrá superar el 45 % de estos, a tenor de lo dispuesto en el art. 28.2 de la LCCV, y que en ningún caso podrá exceder de seis puntos por encima del interés legal del dinero. La aportación obligatoria reembolsable es la suma de capital social suscrito con la que se adquiere la condición de cooperativista y que se recupera al causar baja en la cooperativa. Esta aportación es la que representa el principal vínculo del socio, es destinada a la actividad cooperativa y determina la cuantía de su responsabilidad social. El socio podrá asumir otras obligaciones personales, fundamentalmente vinculadas a la financiación contratada por la cooperativa (aval solidario, aval mancomunado...)²⁷.

Se podrán exigir cuotas de ingreso a los socios, que no tendrán la consideración de capital y no serán reembolsables, integrando la reserva obligatoria que suele utilizarse para compensar el esfuerzo de los socios anteriores para generar el patrimonio del que se beneficiará el nuevo socio²⁸. En la legislación cooperativa se reconocen las cuotas periódicas que no integran el capital ni son reembolsables y que tendrán la consideración de ingresos ordinarios, pudiendo exigirse a los socios si así se fija estatutariamente o por acuerdo de la asamblea como consecuencia de un gasto extraordinario o para atender pérdidas. En el caso de las cooperativas de viviendas en cesión de uso, se reconoce la cuota de uso que tendrá carácter periódico y no integrará el capital. Esta cuota se dirigirá a la devolución, principalmente, de las obligaciones financieras asumidas por la cooperativa en el préstamo hipotecario, o el canon anual por derecho de superficie, mantenimiento del inmueble, o generación de fondos cooperativos. Se trata de una cuota que suele ser inferior al precio de mercado del alquiler y que se reducirá una vez amortizadas las obligaciones financieras²⁹.

Por último, interesa destacar cuál es el régimen de transmisión de los derechos sobre la vivienda en este tipo de cooperativas.

En las cooperativas en cesión de uso, el socio tendrá derecho de uso en los términos fijados estatutariamente, y además podrá transmitir *inter vivos* (compraventa o intercambio entre socios a causa del cambio de necesidades de cada uno) o *mortis causa*.

El socio es el *titular del derecho de uso*, pero en ningún caso será el propietario individual de la vivienda, por lo que, en caso de venta o intercambio, podrá recuperar su entrada o depósito inicial y, en caso de deudas del socio, no será posible embargar la vivienda en uso, aunque sí que se podría exigir la baja y en su caso, la recuperación de la entrada o depósito inicial.

La transmisión del derecho de uso sí que es posible, aunque no puede transmitirse libremente por el socio, al estar vinculado al mismo y, con ello, a las aportaciones al capital que otorgan la condición de socio. El socio podrá transmitir su condición de socio y, como consecuencia de ello, el derecho de uso por actos *inter vivos* o *mortis causa*. Estatutariamente deberá establecerse toda la casuística de hechos que pudieran afectar a los miembros de la unidad familiar, determinarse si podrá haber uno o más socios por cada vivienda, así como

todo lo relativo a la asignación del derecho de uso en caso de crisis familiar, separación o divorcio o en caso de fallecimiento del titular del derecho de uso.

2.3. FINANCIACIÓN Y GARANTÍAS EN LAS COOPERATIVAS EN CESIÓN DE USO

Para lograr el éxito de un proyecto de cooperativas en cesión de uso es necesario conseguir una financiación y garantías que doten de seguridad al mismo. Si bien contamos con diferentes fórmulas en nuestro ordenamiento jurídico, a las que nos referiremos de manera esquemática en este epígrafe, lo cierto es que, a pesar de su reconocimiento, el perfil de los socios en cooperativas en cesión de uso para personas mayores tiene una dificultad añadida, y es precisamente lo que hace peculiar a estos proyectos y obliga a que se introduzcan elementos que alivien la crítica situación por la que pasan algunos proyectos³⁰, la edad.

Por ello, junto a los sistemas tradicionales de financiación a los que me referiré a continuación, no podemos olvidar otras iniciativas que permitirán conseguir el pleno éxito del proyecto, bien a través de financiación alternativa, bien con la implicación de las administraciones públicas.

2.3.1. Financiación tradicional

Las sociedades cooperativas se financian por diferentes vías: a través de las aportaciones sociales realizadas³¹ por los socios al patrimonio neto, aunque no todas se incorporan al capital social; a través de la autofinanciación, que se integra por los excedentes generados por la cooperativa, el fondo de reserva obligatorio, el fondo de educación y promoción y el fondo de reserva voluntario; por la financiación externa tradicional (préstamos o pólizas de crédito) y no tradicional como los préstamos otorgados por banca ética (préstamos o créditos ordinarios o sindicados), la hipoteca inversa, las subvenciones, la emisión de obligaciones (art. 54 de la Ley 27/1999,) o la formalización de préstamos participativos (Real Decreto-ley 7/1996).

Ya nos hemos referido con anterioridad a las aportaciones realizadas por las personas socias a la cooperativa, por lo que nos interesa desarrollar, aunque sea mínimamente, lo referido a la financiación externa tradicional y no tradicional.

La primera suele provenir de préstamos bancarios o pólizas de crédito. La cooperativa solicita un préstamo con el que se asumirán sus gastos, el valor del suelo, el proyecto arquitectónico, los materiales, construcción, los gastos financieros y comerciales, los intereses, los impuestos, las tasas, etc. En segundo lugar, los préstamos de los socios que servirán para cancelar la parte correspondiente al préstamo promotor conjunto y abonar el importe de la vivienda. Podrán subrogarse en el préstamo promotor o contratar uno nuevo que les permita abonar su parte de deuda en el préstamo promotor.

En el caso del *préstamo bancario*, realizado por bancos y otras entidades de crédito, el cliente se obliga a devolver otro tanto en la forma y plazos convenidos, y a abonar por ello el importe de los intereses pactados (ar. 311 del Código de Comercio). El contrato se formalizará normalmente en póliza intervenida por fedatario público y podrán exigírsele al

cliente garantías de diversa naturaleza cuya finalidad es asegurar la devolución del capital prestado y los intereses en su caso.

Las obligaciones del prestamista son fundamentalmente entregar el capital en el momento y lugar pactados, y facilitar al cliente toda la información referida al préstamo, gastos, comisiones, tipos de interés... Por su parte, el prestatario deberá abonar el precio a través del correspondiente pago de comisiones e intereses, fijos o variables, y restituir el capital prestado³².

También podrá ser utilizada la figura de la apertura de crédito caracterizada por que la entidad de crédito se compromete a poner sumas de dinero u otros medios que permitan obtenerlo a disposición del cliente, dentro del límite pactado y por un tiempo fijo o indeterminado, a cambio de una comisión. El cliente podrá retirar los fondos bien en una sola vez, bien conforme los vaya necesitando, y pagará los intereses sobre las cantidades efectivamente dispuestas. El cliente podrá reembolsar a voluntad durante el tiempo prefijado y podrá volver a disponer de él nuevamente, y así sucesivamente, procediéndose, una vez transcurrido dicho plazo, a la liquidación de la cuenta al objeto de determinar el saldo definitivo a restituir, si lo hay³³.

La financiación del proyecto de *cohousing* podrá realizarse a través de préstamos o créditos sindicados por el cual varias entidades bancarias, entre las que se encuentra las entidades que actúan como banco agente —entidades acreditantes— y se obligan a poner a disposición del acreditado, a través del banco agente, los fondos hasta el límite y por el plazo estipulado, obligándose a su vez el acreditado al reembolso de dichos fondos y al pago de intereses, comisiones y gastos correspondientes, todo ello conforme a lo pactado en el contrato; en algunos contratos podrá volver a utilizar los fondos reembolsados dentro del mismo período de disposición. La principal característica de estos préstamos es el hecho de que la financiación se reparte en determinada proporción entre los prestamistas. Suelen concederse a grandes empresas, y por importes elevados, lo que justifica que se deba repartir entre varios prestamistas y suelen ser a largo plazo.

La característica fundamental de este contrato es la inclusión de cláusulas tendentes a la minimización de los riesgos a través de la fijación de mecanismos de supervisión y control del proyecto y el reforzamiento de las garantías.

2.3.2. Financiación no tradicional

Para el buen fin de estos proyectos, proponemos la utilización de otras figuras como el *crowdfunding*, las cuentas en participación, la hipoteca inversa, la emisión de obligaciones, las participaciones especiales o la emisión de títulos participativos.

2.3.2.1. Crowdfunding

Se denomina *crowdfunding* (*financiación colectiva, participativa o micromecenazgo*) al mecanismo colaborativo de financiación de proyectos mediante el cual se pone en contac-

to a demandantes de fondos con los aportantes de estos que suelen consistir en pequeñas aportaciones. Este tipo de operaciones se promueve fundamentalmente a través de internet y se dirige al público en general, de manera abierta, para lograr alcanzar una determinada suma de capital que les permita desarrollar el proyecto propuesto. Se trata de un sistema que ha permitido democratizar el acceso a inversión a entidades y particulares no profesionales al elevar el número de potenciales inversores.

El *crowdfunding* se encuentra regulado en España en el Título V de la Ley 5/2015 de Fomento de la Financiación Empresarial. Esta norma regula dos modalidades de microfinanciación, la modalidad *crowd-lending* o *de préstamos*, basada en la financiación por medio de los préstamos tradicionales, en la que la plataforma será la encargada de aunar las aportaciones y realizar las compensaciones a los inversores a su vencimiento mediante la devolución del capital e intereses, y la modalidad *crowd equity* o *de inversión*, basada en aumentos de capital o en la emisión de obligaciones³⁴.

El denominado *crowdfunding inmobiliario* puede ser una solución para iniciar el proyecto —por ejemplo, para adquirir suelo a fin de crear una cooperativa de vivienda o realizar los proyectos iniciales necesarios para que las entidades de crédito faciliten el préstamo correspondiente—. Al principio falta tesorería y será ese el momento en que podrá desarrollarse la fórmula de *crowdfunding* inmobiliario. Quienes apoyen el proyecto podrán integrarse bien como socios o bien como asociados.

2.3.2.2. Cuentas en participación

El contrato de cuentas en participación está regulado en los artículos 239 a 243 del Código de Comercio. El primer precepto citado dispone: «Podrán los comerciantes interesarse los unos en las operaciones de los otros, contribuyendo para ellas con la parte del capital que conviniere y haciéndose partícipes de sus resultados prósperos o adversos en la porción que determinen». Estamos, pues, ante una forma de cooperación mercantil por medio de la cual una persona física o jurídica (partícipe) aporta bienes, derechos o capital con el fin de participar en el negocio o empresa de otro (gestor), quedando ambos a las resultas (positivas o negativas) del mismo. No se crea un patrimonio común ni se constituye una nueva persona jurídica.

En estos contratos debe destacarse fundamentalmente la función económica que desarrollan, en la medida en que se trata de una fórmula asociativa y de colaboración económica muy utilizada en la práctica y que no requiere de formalidad alguna para su estipulación, a no ser que resulte afectado en la operación un inmueble, en cuyo caso se requerirá la escritura pública. Las obligaciones derivadas para las partes son de dos tipos, las relativas a las relaciones jurídicas internas y las externas.

En relación con las relaciones jurídicas internas, el partícipe debe entregar la aportación, dinero o bienes susceptibles de valoración económica —en ningún caso trabajo o servicios— en los términos pactados. No deberá inmiscuirse en la actividad empresarial del gestor. Este último deberá, a su vez, destinar la aportación del partícipe a las actividades previstas en el contrato y a gestionar el negocio con la diligencia de un ordenado comer-

ciente, rendir cuenta justificada de los resultados del negocio y de su propia gestión (art. 243 del Código de Comercio).

2.3.2.3. Hipoteca inversa

La hipoteca inversa es definida en la Disposición adicional primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre por la que se modifica la Ley 2/1982, de 25 de marzo de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia³⁵.

Se trata de una norma que pretende cumplir con una función social, eliminando ciertos obstáculos a la oferta de nuevos productos, modernizando el régimen de protección a través de una mayor transparencia. La función social se refleja especialmente en la regulación de la hipoteca inversa a través de la cual pretende paliarse uno de los mayores problemas socioeconómicos existentes en España, y que es común a todos los países desarrollados, la satisfacción del incremento de las necesidades de renta durante los últimos años de vida de las personas, haciendo líquido el valor de la vivienda por medio de diferentes productos financieros, entre ellos este tipo de hipoteca. Hasta ese momento, la hipoteca inversa estaba tipificada socialmente y se usaba en base a la libertad de pactos del art. 1255 del Código Civil, que fueron declarados inscribibles en diferentes supuestos por la Dirección General de Registros y del Notariado³⁶ al considerar que la hipoteca inversa es «una hipoteca en garantía de cualquier modalidad de crédito o préstamo en los que la exigibilidad de la deuda, con independencia de la cuota o disposiciones periódicas que puedan hacerse, no podrá darse sino al fallecimiento del solicitante o beneficiario».

Legalmente, se considera hipoteca inversa un préstamo o crédito hipotecario del que el propietario de la vivienda realiza disposiciones, normalmente periódicas, aunque la disposición pueda ser de una sola vez, hasta un importe máximo determinado por un porcentaje del valor de tasación en el momento de la constitución. Cuando se alcanza dicho porcentaje, el mayor o dependiente deja de disponer de la renta y la deuda sigue generando intereses. Tras el fallecimiento del solicitante o beneficiario, los herederos no perderán la propiedad de la vivienda; de hecho, podrán optar por quedarse con la misma, cancelando el préstamo, o bien permitir la ejecución de la hipoteca, quedándose con el dinero sobrante una vez saldadas las cuentas con la entidad.

Tanto la hipoteca ordinaria como la inversa garantizarán una deuda vinculada con una vivienda a partir del valor de la propiedad, pero lo hacen en sentido inverso³⁷. La primera tiene por objeto la compra de la vivienda, mientras que la segunda pretende transformar el valor de la vivienda en dinero, que podrá servir para financiar la vivienda colaborativa en la que quiere pasar su vejez como consecuencia de la mayor atención a sus necesidades.

2.3.2.4. Emisión de obligaciones

Las obligaciones han sido definidas por la doctrina mercantil clásica como «valores mobiliarios emitidos como títulos o anotaciones en cuenta necesariamente en serie im-

presa o numerada, iguales, acumulables, indivisibles y transferibles, en forma nominativa o al portador, que contienen o incorporan un reconocimiento de deuda de dinero (tanto si nace con la suscripción como si los títulos se entregan a quien ya era acreedor), que incluyen la promesa dirigida a cualquier legítimo tenedor de la restitución de su nominal y pago de intereses, propia de todo préstamo»³⁸, es decir, valores emitidos en serie o en masa mediante los cuales la sociedad emisora reconoce o crea una deuda de dinero a favor de quienes lo suscriben³⁹.

La emisión de obligaciones ha sido un método de captación de recursos financieros muy habitual en las sociedades anónimas. Sin embargo, este instrumento ha sido poco utilizado en el ámbito de las cooperativas⁴⁰. El legislador promulgó la Ley 5/2015, de 27 de abril, de Fomento de la financiación, con el objetivo de fomentar su uso entre las cooperativas, otorgando competencias al consejo rector para la adopción del acuerdo de emisión. Sin embargo, la Ley de Cooperativas estatal, así como la normativa autonómica, se limita a reconocer esta posibilidad a las cooperativas; en relación con su conceptualización y el régimen jurídico aplicable, se remiten a lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) y el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores.

2.3.2.5. Participaciones especiales

El artículo 53 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, regula las participaciones especiales como un instrumento capaz de captar recursos financieros de socios o de terceros con el carácter de subordinados y con un plazo mínimo de vencimiento de cinco años⁴¹. La profesora Fajardo defiende que la finalidad perseguida por el legislador al establecer el régimen jurídico de las participaciones especiales es sustituir el capital variable de la cooperativa por un fijo a todos los efectos, que se integraría por las participaciones especiales, y se le aplicaría el régimen propio del capital, excepto los artículos relativos a retribución, actualización, transmisión y reembolso⁴².

Las principales características de esta clase de participaciones serán, por tanto, su carácter subordinado, su amplio plazo de vencimiento (como mínimo de cinco años o bien sometido a la aprobación de la liquidación de la cooperativa *ex art.* 53.1 Ley 27/1999) lo que permitiría considerarlo una suerte de capital fijo, el otorgamiento de ciertos derechos de carácter político (asistencia, pero no voto) y el derecho a obtener una retribución⁴³.

2.3.2.6. Títulos participativos

En sede de cooperativas es posible también la utilización de títulos participativos como instrumentos financieros caracterizados porque su *retribución* deberá consistir, esencialmente, en una participación en los resultados o en la evolución de la actividad económica de la entidad que los emita, función semejante a la que desempeñan los préstamos participativos.

El legislador introdujo la figura de los títulos participativos con el fin de permitir que el préstamo participativo pudiera incorporarse a un valor mobiliario para facilitar su transmisibilidad⁴⁴. Tal y como hemos indicado en el caso de la emisión de obligaciones, la normativa reguladora de las cooperativas, estatal y autonómica, no menciona el régimen jurídico aplicable a la citada emisión, por lo que se deduce que será de competencia de la asamblea general de acuerdo con lo previsto en los arts. 21.1e) y 54.2 de la Ley 27/1999, y les será de aplicación lo dispuesto en la LSC y la normativa financiera reguladora de la emisión de valores. Por su parte, la Ley valenciana reconoce en su art. 62.3 que la asamblea podrá acordar cualquier modalidad de financiación voluntaria por sus socios y socias y personas asociadas, pero que no se integrará en el capital social.

Los títulos participativos son, pues, deuda subordinada, de tal forma que el titular reপরará su inversión después de los créditos ordinarios y de los hipotecarios. Otro de los problemas es que sus titulares no poseen derechos políticos, lo que les impide participar en la toma de decisiones de la cooperativa.

2.4. GARANTÍAS

Los contratos de garantía tienen por finalidad el aseguramiento del cumplimiento de un derecho de crédito en caso de que no tenga suficiente patrimonio el deudor. Dentro de los contratos de garantía, el Código Civil regula la fianza, la prenda, la hipoteca y la anticresis, que a su vez pueden clasificarse en garantías personales y reales⁴⁵.

i) Las garantías personales conceden al acreedor la facultad de dirigirse bien al patrimonio del deudor, incrementando su responsabilidad (arras, cláusulas penales), bien al patrimonio de un tercero, que vendrá obligado a satisfacer el crédito en caso de incumplimiento del deudor (fianza) de manera accesorio y subsidiaria, salvo que se pacte la solidaridad.

ii) Las garantías reales son derechos de carácter accesorio que recaen sobre cosas determinadas con el fin de asegurar un crédito y que pueden ser oponibles frente a todos. En este caso, diferenciamos la prenda⁴⁶, la hipoteca⁴⁷ y la anticresis⁴⁸.

2.4.1. Aavales o garantías a la cooperativa de viviendas

La incorporación de aavales o garantías en los proyectos cooperativos en cesión de uso nos obligan a diferenciar, al menos, dos tipos de aavales. Por una parte, los referidos a la cooperativa o a los socios individualmente considerados respecto de su deuda asumida para el desarrollo del proyecto y, por otra, los aavales de las cantidades entregadas a cuenta por parte de las personas socias.

En relación con los primeros, suele ser habitual que las entidades de crédito soliciten aavales bien a los socios, bien a terceros. En este punto, debemos referirnos a la posibilidad de firmar aavales solidarios y mancomunados, práctica muy habitual en sede de cooperativas de viviendas en cesión de uso.

2.4.1.1. Aval solidario

El *aval solidario* es una garantía por la cual el firmante (avalista) garantiza, con todos sus bienes presentes y futuros, que hará frente a un compromiso de pago en el supuesto en que el deudor no lo satisfaga. La solidaridad implica que la entidad financiera podrá reclamar la deuda indistintamente a cualquiera de los avalistas, al avalista pagador solo le quedaría reclamar al deudor el importe que pagó utilizando la acción de regreso. En caso de incumplimiento de un socio o de la sociedad al completo, la entidad de crédito podrá solicitar el embargo de bienes de uno o varios socios por el importe total de la deuda más los intereses y las costas y sin necesidad de embargar previamente el suelo del proyecto de la cooperativa, en su caso. Un aval de estas características *haría quebrar la propia esencia de la cooperativa*, en la que, a través de la adquisición de la personalidad jurídica, se limita la responsabilidad de los socios al cumplimiento del contrato, y, además, *quebraría el principio de igualdad entre los socios* (los socios con mayor capacidad económica arriesgan más).

2.4.1.2. Aval mancomunado

El aval mancomunado es la figura habitualmente utilizada en este tipo de proyectos. En ellos, *cada avalista responde de la parte de la deuda que le corresponde*. Quedarán afectados todos los bienes presentes y futuros correspondientes al patrimonio personal del avalista y en la práctica ello implica que, si es el socio el avalista, no podrá desvincularse del proyecto y asume la responsabilidad económica frente al banco en caso de concurso de acreedores de la cooperativa o la existencia de graves problemas de liquidez.

2.4.1.3. Aval de los anticipos a cuenta

Según lo dispuesto en la Ley 57/1968 y el Decreto 3114/1968, existen dos formas de aseguramiento de las cantidades entregadas a cuenta por los socios. Por una parte, el seguro concertado con una entidad aseguradora autorizada administrativamente y, por otra, el aval emitido por una entidad de crédito de las cantidades anticipadas por los socios. Estamos, pues, ante un seguro de caución y ante el aval bancario⁴⁹. El riesgo cubierto por ambos contratos es la restitución de las cantidades anticipadas por los socios cooperativistas más el interés legal de las mismas cuando la construcción no se inicie o no se concluya por cualquier causa, dentro del plazo acordado, o bien no se obtenga la cédula de habitabilidad, o la cooperativa no cumpla con su obligación de devolverlas (arts. 1.1ª y 4 Ley 57/1968).

La entrega de cantidades anticipadas para adquirir una vivienda en régimen de cooperativa y sus efectos y la responsabilidad de las diferentes partes en el proyecto ha sido una cuestión controvertida hasta la decisión adoptada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 12 de julio de 2016, que concluye que es una obligación esencial del promotor el aval o seguro de caución sobre las cantidades entregadas a cuenta mientras la vivienda no esté terminada y en disposición de ser entregada. Su incumplimiento faculta al cooperativista a no seguir pagando las cantidades a cuenta o a resolver el contrato por incumplimiento de la cooperativa. Pero, además, el socio podrá recuperar las cantidades anticipadas no con cargo

a la cooperativa —en cuyo caso lo soportarían el resto de los cooperativistas—, sino contra el gestor de la cooperativa por su condición profesional⁵⁰. Por último, una vez recuperadas las cantidades, el cooperativista deberá solicitar la baja de la cooperativa respetando el procedimiento fijado en los estatutos.

2.4.2. Hipoteca del derecho de superficie

La hipoteca del derecho de superficie está regulada en el artículo 107 de la Ley Hipotecaria, que establece, en su apartado 5º que podrán hipotecarse «los derechos de superficie, pastos, aguas, leñas y otros semejantes de naturaleza real».

Por tanto, el superficiario, previa autorización expresa del titular del suelo, podrá constituir una hipoteca sobre el derecho de superficie que deberá cancelarse, una vez se extinga, a cargo exclusivo de la cooperativa superficiaria, antes de la fecha fijada para la finalización del plazo de la cesión y correspondiente entrega del edificio al titular del suelo. En los pliegos de condiciones de concurso sobre cesión de suelo suele incorporarse esta cláusula, que se completa con la obligación de la superficiaria, cooperativa adjudicataria de la cesión del suelo, de constituir y mantener durante «todo el plazo de duración del préstamo con garantía hipotecaria sobre el derecho de superficie, un fondo especial de reserva, destinado única y exclusivamente a hacer frente a los posibles impagos de las cuotas hipotecarias y que tendrá que estar dotado como mínimo por una suma equivalente a seis cuotas del préstamo hipotecario correspondientes a todas las viviendas y locales en que esté dividido el mismo. [...] El resto de las condiciones específicas que tengan que ver con la constitución de la hipoteca sobre el derecho de superficie quedarán recogidas con el detalle correspondiente en el propio documento de constitución de la hipoteca»⁵¹.

2.4.3. Garantía de la deuda hipotecaria. Subrogación de las AAPP

La hipoteca, calificada como derecho real que sujeta el bien hipotecado de manera directa e inmediata, cualquiera que sea su poseedor, en cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida, está regulada en los arts. 1876 del Código Civil y el art. 104 de la Ley Hipotecaria. Es un derecho accesorio a un derecho personal de crédito y deberá constituirse sobre documento que tenga acceso al Registro (escritura pública). Además, el art. 1877 del CC lo configura como un derecho dinámico, en la medida en que la hipoteca se extiende a las accesiones naturales, a las mejoras, a los frutos y rentas no percibidas en el momento en que venza la obligación, lo que llevará a la realización del bien, afectando bien al titular del inmueble que la constituyó, bien al tercero que lo hubiera adquirido vigente el gravamen.

Pero la pregunta que nos hacemos es si las AAPP pueden subrogarse en las obligaciones derivadas del préstamo hipotecario suscrito por la entidad superficiaria, requisito que están exigiendo las potenciales entidades financiadoras.

La subrogación hipotecaria puede consistir bien en la sustitución de la entidad financiera, bien en el desplazamiento del deudor hipotecario.

En el primer caso, la entidad de crédito concede un préstamo hipotecario a un cliente, y este cambia de entidad financiera y traslada el préstamo hipotecario a otro banco. Con esta operación, se facilita a los ciudadanos el acceso al beneficio que supone la reducción de los tipos de interés en el mercado. La subrogación del tercero en los derechos del acreedor determina la extinción de la obligación, que se producirá por el acuerdo de voluntades del antiguo acreedor, el nuevo y el deudor. En este caso, el deudor podrá hacer la subrogación incluso sin el consentimiento del acreedor cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero por escritura pública haciendo constar su propósito en ella y expresando en la carta de pago la procedencia de la cantidad pagada (artículo 1211 del Código Civil)⁵².

En el segundo caso —en el que se desplaza al deudor hipotecario—, se aplica el art. 118 de la Ley Hipotecaria, que establece: «En caso de venta de finca hipotecada, si el vendedor y el comprador hubieren pactado que el segundo se subrogará no solo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la obligación personal con ella garantizada, quedará el primero desligado de dicha obligación, si el acreedor prestare su consentimiento expreso o tácito». Se deduce del precepto que deberá existir consentimiento de todas las partes implicadas —vendedor, comprador y acreedor hipotecario—, que el deudor primitivo queda liberado de la responsabilidad hipotecaria (asunción liberatoria de deuda) y, por último, que el comprador pasará a ser el nuevo deudor hipotecario.

En el caso de que la subrogación de las AAPP solo podría admitirse si se reconoce de manera expresa en el pliego de condiciones para evitar quebrar el principio de igualdad. No olvidemos tampoco el art. 275 LCSP, que dispone que el adjudicatario en el procedimiento de ejecución hipotecaria «quedará subrogado en la posición del concesionario, previa autorización administrativa, en los términos que se establecen en el apartado siguiente».

2.4.4. Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento

Otra figura que permite garantizar los proyectos de las cooperativas en cesión de uso son los contratos de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento⁵³, siempre que tengan la libre disposición de los bienes y puedan constituir el gravamen, sin desplazamiento de la posesión, en los términos establecidos en el art. 1 de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión. En caso de la hipoteca mobiliaria, únicamente podrán ser hipotecados los establecimientos mercantiles, los automóviles y otros vehículos de motor, los tranvías y vagones de ferrocarril, de propiedad particular, las aeronaves, la maquinaria industrial, la propiedad intelectual y la industrial. No podrá hipotecarse el derecho real de hipoteca mobiliaria. Si tales bienes estuvieren en *proindiviso* o pertenecieran en usufructo y en nuda propiedad a distintos titulares, solo podrán hipotecarse o pignorararse en su totalidad y mediante el consentimiento de todos los partícipes⁵⁴.

2.4.5. Prenda de derechos de crédito

De acuerdo con lo dispuesto en los art. 1272 y 1872 del CC, es posible la pignoración de saldos de cuentas corrientes bancarias y su oponibilidad a terceros por constar en póliza

intervenida por fedatario, así como su ejecución separada en concurso⁵⁵. Podrá ser objeto de pignoración todo derecho de crédito transmisible, de acuerdo con lo previsto en el art. 1859 CC, e incluso será admisible que la prenda recaiga sobre un crédito futuro, aunque en dicho supuesto la garantía nacerá cuando lo haga el propio derecho de crédito. El art. 7 de la Ley sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento dispone que también podrá constituirse hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento, en garantía de cuentas corrientes de crédito o de letras de cambio, con los requisitos que se establecen en los artículos 153 y 154 de la Ley Hipotecaria⁵⁶.

2.5. PARTICIPACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS CLAVE EN EL DESARROLLO DE PROYECTOS DE *COHOUSING SENIOR*

El apoyo de las administraciones, en particular la autonómica y la local, es esencial para conseguir el éxito de los proyectos de *cohousing*, especialmente en los denominados, *senior*. El apoyo de las administraciones varía en nuestro ordenamiento jurídico al ofrecer diferentes fórmulas que van desde la participación en el capital social bien como socios o como asociados a la cesión de suelo público para promover viviendas cooperativas en cesión de uso, o que también puede consistir en la prestación de avales a las personas socias para que puedan conseguir el préstamo de la entidad de crédito, necesario para asumir sus cuotas en la citada cooperativa. En cualquier caso, estamos ante un supuesto de colaboración público-cooperativa⁵⁷.

2.5.1. Cesión del derecho de superficie

El derecho de superficie se configura en los arts. 3 y siguientes del Real Decreto Legislativo 7/2015 como un derecho real que permite a su titular, cooperativa promotora, convertirse en propietario temporal de lo que construya o edifique o de lo ya construido o edificado. Las AAPP mantendrán la propiedad del mismo y, al finalizar el periodo pactado (que no podrá ser superior a 99 años), revertirán lo construido al propietario del suelo. El art. 54.5 de la LSRU establece: «A la extinción del derecho de superficie por el transcurso de su plazo de duración, el propietario del suelo hace suya la propiedad de lo edificado, sin que deba satisfacer indemnización alguna cualquiera que sea el título en virtud del cual se hubiera constituido el derecho. No obstante, podrán pactarse normas sobre la liquidación del régimen del derecho de superficie».

La ventaja de este tipo de proyectos construidos en suelo ajeno es que los costes de financiación se reducen, dado que no tiene que adquirirse la propiedad del suelo. El derecho de superficie se puede constituir a título oneroso (la contraprestación podrá consistir en el pago de una suma alzada, canon periódico, adjudicación de viviendas, locales o derechos de arrendamiento de unos u otros o en varias de estas cosas) o gratuito; además, podrá ser objeto de transmisión y gravamen con los límites establecidos en el momento de su constitución. En su caso, si las características de la construcción lo permiten, el superficiario podrá constituir la propiedad superficiaria en régimen de propiedad horizontal sin que

sea necesario el consentimiento del propietario del suelo. Por su parte, el propietario del suelo podrá transmitir y gravar su derecho, separándolo del derecho del superficiario y sin necesidad de su consentimiento. Estamos, pues, ante una disociación de la propiedad del suelo y la propiedad de la construcción o edificación cuya propiedad temporal se atribuye al superficiario (en su triple vertiente: directamente sobre rasante, sobre construcciones ya existentes o en el subsuelo).

2.5.2. Endeudamiento

En relación con el endeudamiento, haremos referencia explícita al modelo valenciano. Si bien la Ley 1/2015 de Hacienda Pública, Sector Público Instrumental y de Subvenciones de la Generalitat Valenciana (LHPCV) y la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera establecen como criterio general que las AAPP no puedan endeudarse, las mismas normas contemplan algunas excepciones.

En primer lugar, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 82 ss. de la LHPCV, la Generalitat podrá endeudarse si ello es autorizado por ley; en ese caso, el Consell puede disponer la creación de deuda de la Generalitat siempre que cuente con el informe favorable del Instituto Valenciano de Finanzas, que determinará los procedimientos a seguir para la contratación y formalización de las operaciones de deuda de la Generalitat.

En el caso de la adjudicación del derecho de superficie de las AAPP a través de concurso, estas no pueden asumir la financiación directa de las actuaciones de las cooperativas adjudicatarias del concurso si no se encuentra previsto de manera expresa en el pliego de condiciones, dado que en tal caso se vulneraría la propia normativa del concurso, lo que conllevaría la vulneración del principio de igualdad y, por tanto, de la prohibición de discriminación de unas cooperativas sobre otras.

Además, suele establecerse en los pliegos que la redacción de los proyectos, la promoción y la construcción queda exclusivamente a riesgo y ventura de la cooperativa superficiaria, que deberá asumir los riesgos económicos y la responsabilidad derivada del proyecto, siendo uno de los criterios de adjudicación el estudio de viabilidad económica correspondiente a la promoción y construcción del edificio, y a su gestión durante la vigencia del derecho de superficie.

2.5.3. Garantías de las AAPP

Además de las líneas específicas de financiación directa de las AAPP, estas pueden establecer líneas de financiación blanda directa y/o la facilitación de acceso al crédito a través de garantías públicas o avales a los que pueden acceder promotores sociales y cooperativas de vivienda. Estamos, pues, ante políticas públicas que son la piedra angular en el desarrollo de proyectos cooperativos de vivienda porque facilitará el acceso al crédito.

Las AAPP podrán crear líneas de garantías o avales públicos a proyectos cooperativos con base en una serie de criterios de interés general. Precisamente, el art. 89 de la Ley

1/2015 establece que la Generalitat Valenciana podrá prestar garantías a las operaciones de crédito o a las obligaciones de contenido económico contraídas por empresas o entidades de cualquier naturaleza, públicas o privadas. Las garantías tendrán la forma de aval y estos serán autorizados por el Consell mediante acuerdo a propuesta de la persona titular de la Conselleria con competencias en materia de hacienda. El importe total de los avales a autorizar en cada ejercicio se fijará en la ley de presupuestos. El aval concedido no podrá garantizar más que el pago del principal y de los intereses, salvo que la ley de presupuestos o el acuerdo de concesión dispongan expresamente otra cosa⁵⁸. Deberá estarse, en todo caso, a los límites fijados en el ordenamiento jurídico en materia de ayudas permitidas, entendidas como ventajas económicas que pueden revestir diferentes formas y se conceden de modo selectivo a operadores o empresas por parte de los poderes públicos, lo que puede distorsionar la competencia en los mercados en contra del interés general.

Estarán aceptadas las denominadas ayudas de *minimis* de acuerdo con el Reglamento (UE) N.º 360/2012 de la Comisión de 25 de abril de 2012, relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del TFUE, cuando se trate de ayudas concedidas a empresas que prestan servicios de interés económico general y no afecta al comercio entre los Estados miembros y/o no falsea o amenaza falsear la competencia, siempre que el importe total de la ayuda concedida por la prestación de servicios de interés económico general recibida por la empresa beneficiaria no supere los 500.000 € durante cualquier período de tres ejercicios fiscales.

3. FINAL

Podemos concluir que la constitución de una cooperativa en cesión de uso materializa el dictado del art. 47 de la CE: «Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos».

En las cooperativas en cesión de uso, la titularidad del inmueble se convierte en colectiva a través de la participación de los socios en la cooperativa. Además, la vivienda deja de ser un negocio con fines especulativos basados en la plusvalía que genera su posesión y se pone al servicio de los usuarios.

El fomento de las cooperativas en cesión de uso se ha puesto de manifiesto en dos líneas específicas que resumen el sentir de los poderes públicos en estos momentos:

- i) El Real Decreto 42/2022, de 18 de enero, por el que se regula el Bono Alquiler Joven y el Plan Estatal para el Acceso a la Vivienda 2022-2025, que en el capítulo relativo al Programa de fomento de alojamientos temporales, de modelos *cohousing*, de viviendas intergeneracionales y modalidades similares, y concretamente en su artículo 81, establece en estos términos el objeto del programa: «el fomento de la

vivienda cooperativa en cesión de uso y otras soluciones residenciales modelo *cobousing*, alojamientos temporales u otras modalidades similares, destinados al arrendamiento, a la cesión en uso o al disfrute temporal en cualquier régimen admitido en derecho, ya sean de titularidad pública o privada».

- ii) En el ámbito autonómico valenciano, destacamos las políticas llevadas a cabo por la Vicepresidencia Segunda y Conselleria de Vivienda y Arquitectura Bioclimática de la Generalitat Valenciana, que apuesta firmemente por un modelo de apoyo y que, a la luz de ese objetivo, ha desarrollado una línea de avales que se formalizarán a través del Instituto Valenciano de Finanzas (AFIN-Sociedad de Garantía Recíproca) y potenciará los proyectos que ya se han adjudicado⁵⁹ y los que están por venir, lo que se integrará además por la financiación europea de los fondos Next Generation.

Como reflexión final, no hay que olvidar que el acceso a la banca comercial por parte de las personas que inician estos proyectos está siendo vetado porque se les reclaman garantías adicionales, circunstancia que, además, si está vinculada a la edad, genera mayores problemas. Es urgente que las administraciones públicas articulen préstamos para estos colectivos, que además suelen ser más vulnerables, para facilitarles el acceso al crédito como ha ocurrido en algunos modelos —por ejemplo, el de Cataluña⁶⁰—.

NOTAS

1. Disponible en: <https://www.ine.es/prodyser/demografia_UE/bloc-1c.html?lang=es>.
2. Disponible en: <https://www.ine.es/prensa/pp_2020_2070.pdf>.
3. Comisión Europea (2021).
4. Keller Garganté y Ezquerro Samper (2021); y Tortosa y Sundström (2022: 303-331).
5. Disponible en: <https://www.imserso.es/interpresent4/groups/imserso/documents/binario/8088_8089/libroblancoenv.pdf>.
6. UDP (2018).
7. Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento (ONU, 2003), aprobado en la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento celebrada en Madrid en el 2002.
8. Keller Garganté y Ezquerro Samper (2021).
9. Zaragoza Pascual (2013: 53-79).
10. López y Estrada (2016: 227-237).
11. Fajardo García (2009a: 50 ss.) observa que las cooperativas de viviendas es la fórmula jurídica que «puede garantizar dar salida a la bolsa inmobiliaria existente en nuestro país, en mejores condiciones de calidad y precio para el futuro usuario y de garantía para las entidades financieras».
12. Siguiendo a Fajardo García (2014: 28 ss.).
13. Los socios ponen en común trabajo en condiciones de mutualidad para construir sus viviendas.

14. En estos casos, las cooperativas no se disolverían, sino que seguirían desarrollando la administración de los bienes comunes que quedan a nombre de la cooperativa.

15. Fajardo García (2009*b*: 383 ss.).

16. Fajardo García (2014: 28 ss.).

17. La legislación cooperativa desde siempre ha utilizado la expresión «procurar» para denominar la prestación que las cooperativas de consumo (en general) hacen en interés de la satisfacción de las necesidades de sus socios, lo que constituye su fin social. Cfr. Fajardo García (*Ibidem*).

18. Sentencia de 3 de enero de 2008 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

19. En los albores de este siglo, el Gobierno danés ha permitido que los miembros de comunidades de propiedad horizontal transformen sus comunidades en cooperativas y compren participaciones individuales en éstas —solicitando una hipoteca individual diferente e independiente de la que suscribía la cooperativa para adquirir o rehabilitar el inmueble—. Las cuotas han comenzado a utilizarse como activos financieros e instrumentos de inversión para otros proyectos: los inmuebles y las cuotas cooperativas en los mismos funcionaban como una garantía de préstamos e inversiones.

20. No olvidemos que el usufructo da derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia, a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa (art. 467 CC).

21. *Vid.* Serra Rodríguez (2014*a*: 20-21).

22. Fajardo, Vañó y Merino (2021).

23. Serra Rodríguez (2014*b*: 58-43).

24. Como consecuencia del «principio de puertas abiertas», el socio tiene derecho a ingresar y a causar baja en cualquier momento. En el caso de la baja de la cooperativa, el art. 17 LC y 22 LCCV señalan que podrá se podrá hacer mediante preaviso a no ser que los estatutos exijan justa causa para hacerlo, hasta el final del ejercicio económico o hasta que haya transcurrido el tiempo que fijen los estatutos, que no será superior a 5 años. En el plazo de tres meses, el consejo rector deberá calificarla y determinar los efectos de esta. La LCCV regula en el art. 22 los supuestos que deberán considerarse baja justificada, baja obligatorio, y las causas por las que el socio podrá ser expulsado de la cooperativa.

25. Gaminde Egia (2018: 207-224).

26. La variabilidad del capital implica que se facilita la entrada y salida de socios, lo que significa que no será necesario proceder a la modificación de los estatutos (art. 60 LCCV).

27. Pastor Sempere (2008 y 2011); Gaminde Egia (2018: 207-224); Olmedo Peralta, Pendón Meléndez, Valenzuela Garach, López Santana, Castro Martín, Martínez Gutiérrez y Paniagua Zurera (2019); Peinado García (2029: 653-698); y Escuin Ibáñez (2021: 453-462).

28. Se trata de la prima de emisión en el caso de las sociedades de capital.

29. Será una cuota similar a la cuota de arrendamiento, pero a diferencia de esta, no experimentará apenas cambios, y si los sufre, podrán ser puntuales y motivadas por las necesidades reales de la cooperativa que pueden ir desde el incremento del tipo de interés del préstamo hipotecario, hasta la derrama para reparar un espacio común.

30. Proyecto Ágora Alicante. Disponible en: <<https://alicanteagoracohousing.coop/>>.

31. Gaminde Egia (2018: 207-224).

32. Téngase en cuenta la diferencia existente desde un punto de vista jurídico según que el prestatario sea un consumidor o no, porque la ley establece especiales medidas de protección en favor del primero, principalmente en la Ley 16/2011 de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo. El contrato de crédito al consumo se define como aquel por el que un prestamista concede o se compromete a conceder a un consumidor un crédito bajo la forma de pago aplazado sea préstamo, apertura de crédito o cualquier otro medio equivalente de financiación. A los efectos de la aplicación de esta ley, se entiende por consumidor la persona física que, en las relaciones contractuales que regula la ley, actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional. Quedan excluidos de esta ley los contratos de crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria, los cuales quedan sometidos a otra disposición legal también protectora e imperativa como esta.

33. Las obligaciones del cliente serán el pago de las comisiones necesarias para la formalización del contrato (apertura, disponibilidad), la restitución de las cantidades adeudadas como consecuencia de los actos de disposición llevados a cabo y el abono de los intereses relativos a la cantidad dispuesta y el tiempo durante el cual se dispuso.

Como hemos visto en el caso anterior, si el cliente es un consumidor, debe tenerse en cuenta la aplicación necesaria a dicho contrato de la Ley 16/2011, de Contratos de Crédito al Consumo.

34. Junto a estos tipos de *crowdfunding* encontramos otros dos, que no se encuentran expresamente previstos en la ley: el *crowdfunding* de donación, que implica la realización de proyectos de carácter social, con una donación desinteresada por parte de las personas que participan en el mismo, y el *crowdfunding* de recompensa, que suele realizarse para financiar proyectos artísticos o culturales y en este caso se ofrece al aportante (o mecenas) una contrapartida en forma de recompensa, por ejemplo, un libro o un disco o un producto que fabrica la empresa o u organización titular del proyecto.

35. *Vid.* Vañó Vañó (2010: 579-592).

36. Resoluciones de 21 de diciembre de 2007, de 14 de enero, 1, 2 y 8 de febrero de 2008, entre otras.

37. *Vid.* Vañó (2010: 579-592).

38. Vicent Chulià (2022: 2897 ss.).

39. Palau Ramírez, Juliá Igual, Meliá Martí y Miranda Ribera (2021); y Vicent Chulià (2022: 2897 ss.)

40. Palau Ramírez, Juliá Igual, Meliá Martí y Miranda Ribera (2021).

41. Pastor Sempere (2008: 161-174); y Palau Ramírez, Juliá Igual, Meliá Martí y Miranda Ribera (2021).

42. Fajardo García (2011).

43. Pastor Sempere (2008: 1-20); y Palau Ramírez, Juliá Igual, Meliá Martí y Miranda Ribera (2021).

44. Pastor Sempere (2008: 1-20 y 2011: 161-174).

45. Fajardo, Vañó y Merino (2021).

46. El deudor —o un tercero por él— entrega al acreedor o a un tercero, de común acuerdo, una cosa mueble en seguridad de un crédito.

47. Que nuestro ordenamiento jurídico la configura como derecho real de garantía y de realización de valor que recae, normalmente, sobre bienes inmuebles y que asegura el cumplimiento o satisfacción forzosa de un crédito mediante la concesión a su titular de la facultad de realizar la satisfacción del valor, enajenando el bien hipotecado y percibiendo su precio a través del procedimiento legal correspondiente.

48. Se encuentra regulada en el artículo 1881 del Código Civil, que la define como aquella operación en la que el acreedor adquiere el derecho a percibir los frutos generados por el inmueble de su deudor, con la obligación de aplicarlos en primer lugar al pago de los intereses, si se debieren, y en segundo lugar a reducir el crédito.

49. Por lo que respecta al aval, se admite tanto el aval bancario ordinario (fianza) como el aval a primer requerimiento que se configura como garantía autónoma e independiente y permite al socio garantizado dirigirse contra el avalista, que deberá atenderlo de manera casi automática, sin tener que examinar si el avalado ha incumplido realmente la obligación garantizada y sin solicitarle al mismo si existen motivos para oponerse al pago del aval requerido. En este tipo de avales la entidad avalista si puede exigir una documentación mínima que deberá estar especificada en el contrato de garantía.

50. Esta responsabilidad se imputa al gestor, aunque no sea el perceptor de las cantidades anticipadas y aunque responda solidariamente el consejo rector de la propia cooperativa.

51. Vid. Pliego de Condiciones de la EVHA. Disponible en: <http://www.evha.es/portal/files/PLIEGO%20COOPERATIVAS%20DEFINITIVO_6.7_mfio0rew.pdf>.

52. Ejemplo típico de esta facultad lo constituye el de la subrogación del crédito hipotecario, desarrollado por la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, por la que los deudores pueden libremente subrogar en sus hipotecas a otra entidad acreedora, a salvo la existencia de comisiones por cancelación anticipada.

53. Fajardo, Vañó y Merino (2021). La hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento se constituirán en escritura pública que deberá inscribirse en el registro correspondiente. La falta de inscripción de la hipoteca o de la prenda en el registro privará al acreedor hipotecario o pignoraticio de los derechos que, respectivamente, les concede la ley. La inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes. Los asientos practicados en los libros especiales de hipoteca y de prenda, que se han de llevar en el Registro de la propiedad, están bajo la protección de los tribunales y producirán todos sus efectos mientras no se cancelen o se declare su nulidad.

El deudor no podrá enajenar los bienes hipotecados o dados en prenda sin el consentimiento del acreedor. La hipoteca y la prenda se extenderá a toda clase de indemnizaciones que correspondan al hipotecante o pignorante, concedidas o debidas por razón de los bienes hipotecados o pignorados, si el siniestro o hecho que los motiva acaeciere después de la constitución de la hipoteca o prenda. La falta de pago de la prima de seguro de los bienes hipotecados o pignorados, cuando proceda su aseguramiento, facultará al acreedor para dar por vencida la obligación o para abonar su importe por cuenta del obligado a su pago.

54. En el supuesto de la prenda sin desplazamiento, los arts. 53 a 54 de esta Ley señalan que podrán constituirlos los legítimos titulares de explotaciones agrícolas, forestales y pecuarias sobre los frutos pendientes y las cosechas esperadas dentro del año agrícola en que se celebre el contrato; los frutos separados o productos de dichas explotaciones que en el caso de no estar almacenados, se determinará el lugar donde hubieren de depositarse; los animales, así como sus crías y productos; las máquinas y aperos de las explotaciones e incluso se admite la prenda sobre determinados bienes aunque no formen parte de la explotación y mercaderías y materias primas almacenadas (art. 53); por último, el art. 54 dispone que también podrán ser objeto de prenda sin desplazamiento las colecciones de objetos de valor artístico e histórico, como cuadros, esculturas, porcelanas o libros, bien en su totalidad o en parte, y dichos objetos aunque no formen parte de una colección.

55. Fajardo, Vañó y Merino (2021).

56. El crédito garantizado con hipoteca mobiliaria o con prenda sin desplazamiento podrá enajenarse o cederse en todo o en parte por escritura. Salvo pacto expreso, la hipoteca mobiliaria y la prenda sin

desplazamiento, en garantía de una obligación que devengue intereses, asegurará, en perjuicio de tercero, además del principal, los intereses de los dos últimos años y la parte vencida de la anualidad corriente.

57. Fajardo, Vañó y Merino (2021).

58. El aval se define como una garantía personal por medio de la cual un tercero asume el compromiso de responder del cumplimiento de una obligación si no la cumple el deudor principal. Se trata de un contrato caracterizado por su accesoriidad respecto del contrato principal y porque se encontrará afectado todo el patrimonio del que asume la obligación derivada del aval. Suele configurarse como accesorio de un contrato de préstamo o crédito a través del cual se pretende garantizar este y que normalmente viene impresa en la misma póliza. Si el cliente no paga o no cumple debidamente sus obligaciones, el tenedor del aval exigirá a la entidad financiera que lo ha concedido que le abone su importe.

59. Proyecto Ágora Alicante, cit., *supra*, n. 30.

60. Conveni de col·laboració entre l'Agència de l'Habitatge de Catalunya i l'Institut Català de Finances per a la creació d'una línia de préstecs bonificats amb assumptió de risc per al finançament d'obres de comunitats de propietaris (2018). Su objetivo es regular el marco de colaboración entre las partes para crear una línea de créditos bonificados, asumiendo el riesgo la Agencia de Viviendas de Cataluña para la financiación de obras de rehabilitación, mantenimiento estructural, eficiencia energética y accesibilidad de comunidades de propietarios que reúnan los requisitos de la convocatoria. Disponible en: <<http://agenciahabitatge.gencat.cat/wps/wcm/connect/c3b40968-d79e-4036-8395-b1a4753e42d9/20201030+ID+20038+Conveni+AHC+i+ICF+3++signat+JF.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=c3b40968-d79e-4036-8395-b1a4753e42d9>>.

BIBLIOGRAFÍA

COMISIÓN EUROPEA (2021): *Libro verde sobre el envejecimiento. Fomentar la solidaridad y la responsabilidad entre generaciones* [en línea], <https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/com_2021_50_f1_green_paper_es.pdf>. [Consulta: 27/10/2022.]

ESCUIN IBÁÑEZ, Irene (2021): «Capítulo XIII. Régimen económico de la sociedad cooperativa» en R. Alfonso Sánchez, F. Cavas Martínez, J. Valero Torrijos y M. Navarro Egea (dirs.), *La Ley 27/1999, de 16 de Julio, de Cooperativas: Veinte años de vigencia y resoluciones judiciales (1999-2019)*, Cizur Menor: Thomson-Reuters Aranzadi, 453-462.

FAJARDO GARCÍA, Gemma (2009a): «Nuevas perspectivas del cooperativismo de viviendas», *Noticias de la economía pública social y cooperativa*, 53, 50-53

– (2009b): «El objeto social de las cooperativas de viviendas en la legislación española», en M. L. Atienza Navarro, R. Evangelio Llorca, M. D. Mas Badía, y M. P. Montés Rodríguez (coords.), *Pensamientos jurídicos y palabras dedicadas a Rafael Ballarín*, Valencia: Servei de Publicacions de la Universitat de València, 383-398.

– (2011): *Cooperativas: Régimen jurídico y Fiscal*, Valencia: Tirant lo Blanch.

– (2014): «¿Cómo procura alojamiento una cooperativa de viviendas? Modalidades de cooperativas de viviendas y prestaciones sobre objetos distintos a la vivienda», en G. Fajardo García (dir.), *Las cooperativas de viviendas en la Comunidad Valenciana*, Valencia: CIRIEC, 27-43.

FAJARDO GARCÍA, Gemma, María José VAÑÓ VAÑÓ y Francisco MERINO GARRIDO (2021): *Claves de la colaboración público-cooperativa en el ámbito local: vivienda, empleo y servicios públicos*, Valencia: FECOVI.

GAMINDE EGIA, Eba (2018): «Régimen jurídico de la participación de los socios y socias en el capital de la cooperativa: tipos de aportación y derechos económicos», *Boletín De la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, 53, 207-224 [en línea], <<https://doi.org/10.18543/baidc-53-2018pp207-224>>.

KELLER GARGANTÉ, Christel y Sandra EZQUERRA SAMPER (2021): «Viviendas colaborativas de personas mayores: democratizar el cuidado en la vejez», *REVESCO: Revista de Estudios Cooperativos*, 137, 73-95.

LÓPEZ, Daniel y ESTRADA, Mariona (2016): «¿Cómo avanzan las dinámicas de *senior cohousing* en España?», En S. Ezquerra, M.P. Salanova, M. Pla, J. Subirats (Eds.), *Edades en transición. Envejecer en el siglo XXI*, Madrid: Ariel, 227-237.

OLMEDO PERALTA, Eugenio, Miguel Ángel PENDÓN MELÉNDEZ, Francisco Javier VALENZUELA GARACH, Nieves LÓPEZ SANTANA, María Jesús CASTRO MARTÍN, Ángel Martínez Gutiérrez, y Manuel PANIAGUA ZURERA (2019): «Capítulo VII. Régimen económico», en J. I. Peinado García (dir.) y T. Vázquez Ruano (coord.), *Tratado de Derecho de Sociedades Cooperativas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 653-898.

PALAU RAMÍREZ, Felipe, Juan Francisco JULIÁ IGUAL, Elena MELIÁ MARTÍ y Eduardo MIRANDA RIBERA (2021): «Aproximación jurídica a la regulación cooperativa de los instrumentos financieros no tradicionales y su utilización en el sector agroalimentario español», *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos*, 139, e76633.

PASTOR SEMPERE, M.^a del Carmen (2008): «El capital social en la sociedad cooperativa: situación actual y apuntes para una reforma», *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, 50, 1-20.

– (2011): «Régimen económico y financiero I. Capital social, reservas y financiación» en G. Fajardo García (dir.), *Cooperativas: régimen jurídico y fiscal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 161-174.

PEINADO GARCÍA, Juan Ignacio (2019): *Tratado de Derecho de Sociedades Cooperativas*, v. 1, Valencia: Tirant lo Blanch.

SERRA RODRÍGUEZ, Adela (2014a): «Diferencias entre la cooperativa de viviendas y otras figuras jurídicas de actividad similar», en G. Fajardo García (dir.), *Las cooperativas de viviendas en la Comunidad Valenciana*, Valencia: CIRIEC, 20-21.

– (2014b): «Admisión de socios: derecho y obligaciones», en G. Fajardo García (dir.), *Las cooperativas de viviendas en la Comunidad Valenciana*, Valencia: CIRIEC, 58-63.

TORTOSA CHULIÁ, M.^a Ángeles y Gerdt SUNDSTRÖM (2022): «El cohousing senior en España. Cambios desde la economía social en los alojamientos y en la economía de los cuidados para personas mayores», *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 104, 303-331.

UDP (2018): «Población española mayor de 65 años y las viviendas colaborativas de mayores (cohousing)» [en línea], <<https://www.mayoresudp.org/wp-content/uploads/2018/07/Personas-mayores-de-65-a%C3%B1os-y-las-viviendas-colaborativas-de-mayores-Cohousing.pdf>>. [Consulta: 27/10/2022.]

VAÑÓ VAÑÓ, María José (2010): «Aproximación al régimen de la hipoteca inversa» en F. González Castilla y R. Marimón Durá, *Estudios de derecho del mercado financiero: homenaje al profesor Vicente Cuña*, Valencia: Servei de Publicacions de la Universitat de València, 579-592.

VICENT CHULIÀ, Francisco (2022): *Introducción al Derecho Mercantil*, Valencia: Tirant lo Blanch.

ZARAGOZA PASCUAL, Gustavo (2013): «Cooperativismo, viviendas para mayores y Servicios Sociales», *Revista vasca de economía social – Gizarte ekonomiaren euskal aldizkaria*, 10, 53-70.

Fecha de recepción: 27 de julio de 2022.

Fecha de aceptación: 24 de octubre de 2022.

ESTUDIOS

La familia española del siglo XXI: nuevas realidades en la sucesión *mortis causa* del cónyuge supérstite

Pilar María Estellés Peralta

El uso de algoritmos predictivos en el Derecho penal. A propósito de la Sentencia de la Corte de Justicia del Distrito de la Haya (Países Bajos) sobre SyRI, de 5 de febrero de 2020

María Sánchez Vilanova

Tutela penal de la intimidad del testigo frente al delito de falso testimonio

Ángela Matallín Evangelio

Derechos humanos en el Consejo de Europa: una aproximación desde las responsabilidades compartidas

María José Añón Roig

LA FAMILIA ESPAÑOLA DEL SIGLO XXI: NUEVAS REALIDADES EN LA
SUCESIÓN MORTIS CAUSA DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE*
THE SPANISH FAMILY OF THE 21ST CENTURY: NEW REALITIES IN THE
MORTIS CAUSA SUCCESSION OF THE SURVIVING SPOUSE

Pilar María Estellés Peralta

Profesora Doctora de Derecho civil
Directora del Departamento de Derecho Privado
Universidad Católica de Valencia San Vicente Mártir

RESUMEN

El presente trabajo pretende abordar diversos aspectos relativos al reconocimiento y exclusión de derechos sucesorios al cónyuge supérstite desde una perspectiva renovadora, teniendo en cuenta las transformaciones de la familia española del siglo XXI en cuestiones tan relevantes como la solidaridad intrafamiliar, la convivencia común y el creciente desapego en las relaciones con los consanguíneos. Se aprecia, por tanto, un nuevo modelo conyugal y familiar en el que cada vez cobra mayor protagonismo la relación marital frente a las relaciones con ascendientes o descendientes y que, por el contrario, desde el punto de vista legal cuenta con un reconocimiento deficitario que ha dejado de dar una respuesta jurídica adecuada frente a la realidad social. Este progresivo protagonismo alcanzado actualmente por la relación marital—verdadera protagonista de la solidaridad familiar y conyugal— en el seno del núcleo familiar, determina la necesidad de plantearse una revisión tanto del posicionamiento en el orden de suceder *ab intestato* como del alcance de los derechos legítimos y de otra índole del cónyuge viudo en la herencia del premuerto.

PALABRAS CLAVE

Cónyuge supérstite, *affectio maritalis*, sucesión «mortis causa», legítima, uniones de hecho.

ABSTRACT

This paper aims to address various aspects related to the recognition and exclusion of succession rights to the surviving spouse from a renovating perspective, considering the transformations of the Spanish family of the 21st century in such relevant issues as intra-family solidarity, common coexistence, and the growing detachment in relations with blood relatives. Therefore, a new marital and family model can be seen in which the marital relationship is becoming increasingly important as opposed to relationships with ascendants or descendants and which, on the contrary, from a legal point of view, has a deficit recognition that has failed to provide an adequate legal response to social reality. This progressive prominence currently achieved by the marital relationship—true protagonist of family and conjugal solidarity— within the family nucleus determines the need to consider a review of both the position in the order of succeeding intestate and the scope of the legitimate rights and otherwise of the spouse widower in the inheritance of the pre-dead.

KEYWORDS

Surviving spouse, *affectio maritalis*, succession «mortis causa», legitimate system, unmarried couples.

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2022.058>

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación AICO/2021/090 «La modernización del Derecho de familia a través de la práctica jurisprudencial», financiado por la Conselleria de Innovación, Universidades, Ciencia y Sociedad Digital de la Generalitat Valenciana, del que es IP el Profesor José Ramón de Verda y Beamonte.

LA FAMILIA ESPAÑOLA DEL SIGLO XXI: NUEVAS REALIDADES EN LA SUCESIÓN MORTIS CAUSA DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE

Pilar María Estellés Peralta

Profesora Doctora de Derecho civil
Directora del Departamento de Derecho Privado
Universidad Católica de Valencia San Vicente Mártir

Sumario: 1. Planteamiento. 2. La familia española del siglo XXI y el nuevo modelo conyugal y familiar. 2.1. El principio de solidaridad intrafamiliar. 2.2. La solidaridad conyugal. 3. Acotación del concepto de cónyuge viudo. 4. La (des)*affectio maritalis* en las crisis conyugales y la pérdida de derechos sucesorios. 4.1. Presupuestos de los derechos sucesorios viudales. 4.1.1. La prevalencia de la voluntad y el nuevo paradigma de la separación legal de los cónyuges. 4.1.2. La separación de hecho o cuando los hechos excluyen derechos. 4.2. Incidencia de la *desaffectio* en la sucesión testada. 4.3. La exclusión de derechos del cónyuge viudo en la sucesión intestada por el cese de la convivencia. 4.4. Los derechos del cónyuge viudo a la legítima por el cese de la convivencia. 4.5. La incidencia de la reconciliación en los derechos sucesorios del viudo. 5. Revisión y mejora de los derechos sucesorios del cónyuge viudo si pervive la *affectio*. 5.1. Mejora de la legítima en favor del postergado cónyuge viudo. 5.2. Revisión de los derechos del cónyuge viudo en la sucesión intestada. 5.3. La posición del cónyuge viudo en el uso de la vivienda familiar en el reformado art. 822 CC. 5.4. La desprotección del cónyuge viudo discapacitado: propuestas de *lege ferenda*. 6. Las otras formas de convivencia ajenas al Código Civil. Notas. Bibliografía.

1. PLANTEAMIENTO

Durante varias décadas, la sociedad española, y especialmente la familia y el matrimonio, han experimentado una importante transformación social y afectiva que ha derivado

en una nueva composición de la familia basada ya definitivamente en la nuclear y apenas en la familia extensa, y en el modelo de convivencia de los padres con los hijos: en algunos casos, los hijos no dejan «el nido» hasta casi los treinta años y en otros, igualmente numerosos, se produce el inevitable cese la convivencia debido a la dispersión de sus miembros por motivos de estudio o de trabajo, lo que conlleva a su vez, en no pocas ocasiones, el cese de las relaciones frecuentes pese a la mejora de las telecomunicaciones. Asimismo, la incorporación de los dos miembros de la pareja al mercado de trabajo y la mejora de la esperanza de vida desencadena una auténtica dificultad en el cuidado de los mayores que se confía a personas ajenas a los miembros de la familia, lo que conduce al desapego derivado de las cada vez más escasas relaciones con los consanguíneos con los que apenas se comunican. Se aprecia, por tanto, un reconocimiento deficitario de la estructura familiar típica de nuestros días en la que cobra mayor protagonismo la relación marital frente a las relaciones con ascendientes o descendientes¹.

Vivimos en una sociedad sin asideros en la que las relaciones personales y familiares, el amor, la vida y las relaciones sociales y jurídicas responden a unos parámetros de inconsistencia y falta de compromiso y, en la que predominan los cambios y la inestabilidad, todo ello bajo el signo de la fugacidad, de una vida líquida².

La realidad social es abrumadora y pese a ello, en materia sucesoria no han acaecido reformas importantes ni cambios significativos en los más de 130 años de vigencia del Código Civil, salvo algunas mejoras parciales mínimas³, a excepción de la modificación en el orden de los llamamientos *ab intestato* del cónyuge viudo en defecto de descendientes y ascendientes del causante (art. 944 CC) que introdujo hace ya más de cuarenta años la Ley 11/1981, de 13 de mayo o la última reforma de 2021 sobre la capacidad del testador y la mejora de la posición legitimaria de los hijos con discapacidad, muy adecuada pero insuficiente porque, todavía hoy, las legítimas⁴ restringen gravemente la libertad del testador y la posición del cónyuge viudo.

Ello puede deberse, por un lado, a que la legítima se halla firmemente fundamentada en la función social de protección y continuidad tanto de la propiedad como de la familia⁵, sobre todo, de esta última y, cabe preguntarse si continúa teniendo sentido tras la supresión de la sociedad tradicional sobre la que se sustentaba; si la legítima sigue cumpliendo esa finalidad asistencial⁶, de protección y continuidad de la propiedad y la familia teniendo en cuenta la realidad socio-económica y familiar actual, lo que sugiere la conveniencia de reflexionar sobre los diferentes aspectos y regulación del Derecho de sucesiones y el trato dispensado al cónyuge viudo a la luz de los nuevos modelos de convivencia familiar de la familia española del siglo XXI. En otras palabras, lo que procede es diseñar un Derecho de sucesiones mejorado que pueda integrar las nuevas realidades conyugales y familiares con los aspectos positivos de la actual regulación sucesoria y erradicar la persistente desconsideración legal del cónyuge viudo. Para ello, son necesarios dos caminos: una reforma en la materia que aborde el trato de desfavor hacia el cónyuge viudo —que analizamos en este trabajo— y una reforma que amplíe la libertad de testar sobre el propio patrimonio, patrimonio que pertenece al causante y a nadie más, tema analizado en otros trabajos a los que me remito dada su extensión e interés⁷ y que conlleva ineludiblemente a un debilitamiento

e incluso desaparición de las legítimas y su sustitución por un sistema de libertad de testar que según algún sector doctrinal, podría generar cierto rechazo debido a la inercia histórica y social⁸. Y al respecto, me planteo: ¿por qué temer la libertad de quien decide sobre lo propio en favor de quien considere más apropiado? ¿Acaso conoce mejor el legislador lo que conviene a cada testador, a su familia y circunstancias?

2. LA FAMILIA ESPAÑOLA DEL SIGLO XXI Y EL NUEVO MODELO CONYUGAL Y FAMILIAR

La justificación histórica del actual sistema sucesorio y de las legítimas hay que buscarla en la idea de la cohesión familiar y, en consecuencia, de la solidaridad familiar; sin embargo, hoy en día la familia se estructura y relaciona de manera diferente a como lo hacía en el pasado; la familia ha pasado de ser una comunidad a convertirse en un simple grupo de parientes⁹ con escasa o nula convivencia e imbuida de un desapego creciente fruto de la falta de convivencia y relación de los unos con los otros¹⁰.

Por otro lado, si bien es cierto que se mantiene el matrimonio como modelo de relación convivencial, este ha sufrido importantes transformaciones tanto en la estructura y esencia de la unión conyugal como en la posibilidad y facilidad de su disolución; pero también los modelos convivenciales de las parejas españolas presentan una clara tendencia en favor de las uniones de hecho aunque el matrimonio sigue siendo hoy la opción mayoritaria de los que buscan una vida compartida con la persona amada. Así, estos cambios en los modelos de relaciones familiares se apartan del modelo familiar y conyugal de la época de la codificación afectando a la órbita del Derecho de familia y de sucesiones del presente siglo que es preciso redimensionar. Debe ponerse en valor, en relación con el asunto que estamos analizando, a aquellos matrimonios que pese a los vientos divorcistas actuales se mantienen firmemente anclados en la permanencia de su vínculo conyugal y de su *affectio maritalis*. Hoy por hoy, el matrimonio y la permanencia del vínculo conyugal es una opción libremente elegida si atendemos a la realidad social y legal de nuestro país porque, de acuerdo con el Informe Evolución de la Familia en España de 2021, las cifras son dramáticas en relación con el aumento de las rupturas matrimoniales, dado el crecimiento de los divorcios en España, que se ha duplicado en los últimos 15 años de manera espectacular; actualmente, en España se producen 3 rupturas por cada 5 nuevos matrimonios por lo que la ruptura familiar se ha disparado, convirtiéndose en uno de los principales problemas de las familias españolas. Se rompe un matrimonio cada 5,5 minutos en España (11 cada hora); cada día 261. El dato es que 1/3 de los matrimonios que se divorcia tiene una duración inferior a 10 años y 1 de cada 6 matrimonios, inferior a 5 años. La cifra es de 2,8 millones de divorciados en España¹¹. Solo en 2021 hubo 86.851 divorcios, un 12 % más que el año anterior y la tendencia se mantiene al alza según los últimos datos del INE para 2022¹².

Consecuencia de lo antedicho, el vínculo matrimonial se convierte no solo en extraordinariamente frágil debido a la facilidad y frecuencia en la solicitud y concesión del divorcio¹³, sino también en absolutamente voluntario y reforzado en aquellos casos en que los cónyuges, pese a la creciente tendencia divorcista, deciden continuar juntos y mantener el vínculo conyugal.

2.1. EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD INTRAFAMILIAR

El sistema sucesorio y, especialmente, la institución de la legítima se justifica históricamente en la idea de la cohesión familiar y, en consecuencia, de la solidaridad intrafamiliar¹⁴.

Con base en este principio de solidaridad se alega que los miembros de la familia contribuyen activamente a la creación de la riqueza familiar aportando su esfuerzo común en pro del interés familiar, por lo que es de justicia que a la muerte de uno de sus miembros, la legítima (que limita gravemente la libertad de testar y cercena la prevalencia de la voluntad del testador en favor de unos y no de otros sucesores) asegure la participación de esos familiares en la prosperidad y bienes del causante que estos parientes hipotéticamente han ayudado a lograr. Actualmente, sin embargo, este planteamiento no es del todo adecuado porque los miembros de una familia ni trabajan todos en la misma empresa o negocio común ni contribuyen todos ellos al acervo familiar y ya ni siquiera conviven todos juntos en la misma vivienda familiar. Y aunque haya que reconocer que, en numerosas ocasiones, en la España actual, lo único que funciona es la familia, colchón atenuante de la crisis, el paro y la caducidad de las pensiones, familia sin la cual nuestro país hubiera pasado del drama actual a una enorme tragedia¹⁵, no obstante, esta finalidad de solidaridad familiar intergeneracional en la que se fundamenta nuestro sistema sucesorio ha quedado sustentada mayoritariamente por la solidaridad conyugal¹⁶.

2.2. LA SOLIDARIDAD CONYUGAL

Lo que resulta innegable es que los cuantiosos gastos familiares (colegios, manutención, alimentación y viajes de los hijos, consumos de gas, luz, agua, transportes, hipoteca de la vivienda, y un largo etcétera) se sufragan con los salarios y esfuerzo de la abnegada pareja conyugal en la medida en que se mantenga a flote y no naufrague en estos tiempos convulsos.

Al respecto, López, González y Sánchez¹⁷ señalan que dado el aumento exponencial de los divorcios en España, las cadenas generacionales se multiplican y se hacen más complejas cuando la ruptura tiene lugar en la generación de los hijos, en cuyo caso los hijos no ayudan a sus padres: por el contrario, son los padres los que ayudan nuevamente a sus hijos no solo en cuestiones económicas o en especie (cuidado de los nietos, la vuelta de los hijos divorciados al hogar paterno, etc.), sino también en el apoyo afectivo y emocional que se requiere de manera especial en situaciones de tránsito del ciclo vital como puede ser

un divorcio. La pareja conyugal, por tanto, sí tiene arraigada la solidaridad intrafamiliar y la ejerce de manera efectiva. También entre sí, colaborando y apoyando a su consorte personal y profesionalmente; ahorrando para la cuenta común y/o el pago de las cargas del matrimonio y la familia. El cónyuge, en suma, es el verdadero compañero en el camino de vida del causante ahora difunto.

En consecuencia, sería conveniente que tanto los derechos sucesorios como la legítima del cónyuge viudo se readaptara a una función más ajustada a los tiempos presentes y trascendiera a la finalidad que tuvo en origen, es decir, la protección del patrimonio familiar aunque solo sea porque este patrimonio del testador en la mayoría de los casos es fruto del esfuerzo, trabajo y ahorro del propio causante y de su cónyuge, patrimonio al que tampoco contribuyen en su creación o aumento, los descendientes del causante.

3. ACOTACIÓN DEL CONCEPTO DE CÓNYUGE VIUDO

El *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua* establece que un sujeto es viudo/a mientras no contraiga nuevo matrimonio, sin embargo este concepto resulta muy reducido en el estudio del Derecho de sucesiones, entendiéndose, asimismo, que este sujeto sigue siendo viudo/a del cónyuge fallecido y mantiene sus derechos sucesorios respecto del premuerto si en el momento del óbito estuviese unido en matrimonio al cónyuge fallecido, aunque hubiese contraído nuevo matrimonio con posterioridad al fallecimiento del consorte. No podemos hablar propiamente de cónyuge viudo si con anterioridad al fallecimiento del causante hubo nulidad o divorcio, pues los que habían sido cónyuges dejan de serlo o nunca lo fueron (nulidad).

Sin embargo, en la separación legal, los cónyuges separados mantienen el vínculo jurídico matrimonial y, por tanto, la condición de cónyuge, hasta el punto de que dicha condición constituye un impedimento para contraer nuevo matrimonio (art. 46.2 CC) e igualmente sucede en la separación de hecho. No obstante, en los casos de separación legal y, de hecho, pese a seguir manteniendo la condición de cónyuges, el legislador, ha considerado que, dado que no existe la comunidad de vida conyugal propia del matrimonio ni la convivencia marital que exige el art. 68 CC, el cónyuge separado carece de derechos sucesorios respecto del cónyuge causante, tanto en el caso de la separación legal como de la separación de hecho¹⁸.

En consecuencia, puede concluirse que es requisito *sine qua non* para atribuir derechos sucesorios al cónyuge viudo que, en el momento del fallecimiento del cónyuge causante, ambos se encuentren ligados por vínculo matrimonial efectivo, no atribuyéndose derechos sucesorios a aquel cuyo matrimonio fue anulado, al excónyuge divorciado o al cónyuge separado legalmente o de hecho¹⁹ pues además del vínculo se exige la convivencia como consecuencia de la pervivencia de la *affectio maritalis*.

4. LA (DES)AFFECTIO MARITALIS EN LAS CRISIS CONYUGALES Y LA PÉRDIDA DE DERECHOS SUCESORIOS

La *affectio maritalis* constituye un importante presupuesto para acceder a la titularidad de los derechos sucesorios del consorte. La *affectio maritalis* entendida como la intención seria y libre de los miembros de la pareja de permanecer en esa unión de manera indefinida requiere convivir maritalmente, esto es, como cónyuges, no basta con vivir, luego se excluye la *affectio* si se trata de compartir una vivienda sin la intención de hacer vida en común o de entablar una auténtica relación de pareja marital²⁰.

El Código Civil no contempla derechos sucesorios en favor de quien no tiene el estatus de cónyuge, por lo que los divorciados y aquellos cuyo matrimonio haya sido anulado quedan excluidos de la sucesión del premuerto y solo recibirán aquello que testador haya dispuesto en su favor por medio de herencia o legado no vinculado a la condición de cónyuge que hubiera ostentado en su día, como seguidamente analizamos.

En el caso de la separación legal, de hecho, el legislador aparta expresamente al «viudo» separado legalmente y también de hecho (arts. 834 y 945 CC) de la sucesión del causante, amparándose en la desaparición de la *affectio maritalis*. Luego, la mera permanencia del vínculo conyugal sin *affectio* no confiere derechos sucesorios al supérstite.

Ahora bien, la Ley 15/2005, de 8 de julio reformó radicalmente las causas de separación y divorcio y las redujo a la mera voluntad (de ambos cónyuges o de uno solo de ellos) de no seguir conviviendo, de continuar casados y asimiló las causas (la causa) de separación y divorcio con el resultado de que ante una crisis conyugal grave, los cónyuges de forma mayoritaria acuden directamente a la tramitación del divorcio sin plantearse siquiera una previa separación legal²¹, de ahí el aumento exponencial en el número de divorcios en España.

Esta transformación de la conyugalidad pudiera apoyarse en el desplazamiento de la idea de «compromiso» que supone la relación marital y su sustitución por la idea de «satisfacción personal» en la relación²². Pero lo cierto es que los casos en los que se va a mantener el vínculo conyugal con cese de convivencia cada vez son más escasos pese a su grave incidencia en los derechos sucesorios de los cónyuges.

La *affectio maritalis* basada en el afecto y el cuidado mutuo supone no solo la voluntad de convivir juntos como una pareja estable sino la voluntad de permanecer unidos como esposos²³; es esencial al matrimonio y debe ser recíproca entre los cónyuges²⁴, pese a que no se exige ni específicamente en el art. 73 CC ni en resto del articulado, según ya manifestó la SAP de Zaragoza, de 5 octubre de 1994 (*Tol 384592*) en tan lejana fecha, señalando que la falta de *affectio maritalis* como causa de separación no es «legal» en el sentido en que no se encontraba en el elenco cerrado o *numerus clausus* del antiguo artículo 82 CC²⁵. Sin embargo, la doctrina jurisprudencial mayoritaria posterior ha venido considerando como causa «genérica» de la separación conyugal la denominada como *desaffectio maritalis*, es decir, la ruptura o quiebra del necesario, mínimo e imprescindible afecto para que la convivencia pueda desarrollarse en un clima adecuado al cumplimiento de los deberes conyugales de los arts. 66 y 68 CC. Cuando esa posibilidad desaparece, sea a causa de la actitud de uno u otro o de ambos cónyuges, se da esa «genérica» causa de separación²⁶.

Si bien últimamente la apreciación de la *affectio maritalis* ha perdido relevancia en los procesos de separación y divorcio²⁷, no ha sido así en relación con la conservación o exclusión de los derechos sucesorios a la herencia del cónyuge premuerto.

4.1. PRESUPUESTOS DE LOS DERECHOS SUCESORIOS VIUDALES

La Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modificaron el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, reformó la regulación del Código Civil en relación con los presupuestos subjetivos que determinan la procedencia de la legítima (arts. 834 y 835 CC) y del llamamiento hereditario a la sucesión intestada del cónyuge viudo (art. 945 CC). Con ello se ha conseguido acabar con los problemas interpretativos que suscitaba el anterior art. 945 CC en materia de sucesión intestada en conexión con el también anterior art. 834 CC, referido a la legítima viudal. Porque el antiguo art. 834 CC mantenía el derecho a la legítima del cónyuge supérstite cuando, a pesar de existir una separación judicialmente decretada, esta lo hubiera sido «por culpa del difunto», sin que la separación de hecho constituyera causa de no adquisición de ese derecho a legítima y, por el contrario, el art. 945 CC excluía el llamamiento hereditario al cónyuge en casos de separación judicial o de hecho por mutuo acuerdo que constara fehacientemente²⁸ y no por decisión unilateral de uno de los cónyuges. De esta manera, la reforma zanjó la diferencia de trato dispensada por dichos preceptos antes de ser reformados y que conducían a una solución dispar, por otra parte comprensible, tratándose de instituciones con distintas naturalezas y concebidas en función de fundamentos diferentes.

Así, en relación con esta cuestión podemos distinguir varios presupuestos que determinan la improcedencia del llamamiento al cónyuge supérstite y algunas problemáticas que suscitan dado que el mantenimiento del vínculo por sí mismo no es relevante si no va acompañado de convivencia marital efectiva.

4.1.1. La prevalencia de la voluntad y el nuevo paradigma de la separación legal de los cónyuges

En concordancia con el evidente cambio en el modo de concebir las relaciones de pareja en nuestra sociedad, el respeto al libre desarrollo de la personalidad garantizado por el art. 10.1 de la Constitución y el respeto del derecho de los cónyuges a no continuar casados si no es su voluntad, la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modificaron el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, proclamaba en su exposición de motivos que no puede hacerse depender su concesión de la demostración de la concurrencia de causa alguna en la solicitud de separación judicial, pues basta con la voluntad expresada en la solicitud de poner fin a la relación. Consecuentemente con ello suprimió la referencia del anterior artículo 834 CC a la «culpa» del causante como condicionante de la adquisición del derecho a legítima en el cónyuge supérstite separado judicialmente, de tal manera que, si la separación se había producido «por culpa del difunto», el sobreviviente conservaba su derecho. Efectivamente, la antigua redacción constituía

una reminiscencia de aquel sistema de separación de base culpabilista²⁹ afortunadamente ya superado³⁰, pero la consecuencia ha sido la privación de su derecho a la legítima y a la sucesión intestada del «viudo inocente» que, a diferencia del difunto, sí cumplió con sus deberes de fidelidad, de convivencia y apoyo mutuo. Por ello, cuando la separación no es acordada por ambos esposos, puede producirse una lesión irreparable en las expectativas del supérstite por la actuación unilateral del desleal fallecido.

Otra problemática sobre esta cuestión se plantea porque la Ley 15/2015 introduce en nuestro Derecho positivo el concepto de separación legal (art. 1392.3 CC), comprensivo de tres modalidades de formalización de una ruptura matrimonial, persistiendo el vínculo: la separación judicial y las dos variantes, resultado de la desjudicialización: la que deriva del decreto del letrado de la Administración de Justicia que aprueba el convenio regulador y la que nace del otorgamiento de escritura pública notarial³¹ y a las que ahora pueden recurrir los cónyuges, según sus circunstancias personales y familiares, no siendo en todo caso indispensable la intervención judicial. No obstante, esa intervención judicial no siempre es necesaria, si va a tener una mayor trascendencia jurídica. Me refero, entre otros, a los efectos automáticos del art. 102 CC, entre los que se encuentra el cese de la convivencia conyugal, sometido a discusión sobre si podrían entenderse producidos estos efectos del art. 102 CC con la mera solicitud de separación presentada ante notario, por equiparación a una demanda admitida a trámite en un órgano jurisdiccional, lo que me parece de difícil encaje sin una previsión legal expresa, aunque cabría admitir su aplicación cuando se presenta solicitud de separación o divorcio en el juzgado para que los decreta el letrado de la Administración de Justicia³² extremo importante si atendemos a las posibles consecuencias en materia sucesoria.

Por otro lado, dado que el art. 102.1 CC establece *ope legis* la cesación de presunción de convivencia conyugal con la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio, no bastando la simple presentación de la misma, cabe plantear qué efectos tiene que los cónyuges mantengan una situación de convivencia en el mismo domicilio con base en determinados motivos (económicos, personales, laborales, tributarios, sanitarios, etc.), lo que hoy en día es factible pensar en los supuestos mencionados una vez que es admitida a trámite la demanda. La presentación de la demanda o solicitud de separación activa la presunción automática de cesación de convivencia del art. 102. 1 CC, aunque esta no se haya producido efectivamente y los cónyuges todavía mantengan la convivencia «marital» en el mismo domicilio. Si dicha presunción de cesación de la convivencia conyugal (art. 102.1 CC) llevara a excluir directamente los derechos sucesorios del supérstite³³, carecerían de sentido los presupuestos exigidos por los arts. 834 y 945 CC: separación legal o de hecho, a no ser que en una interpretación de ambos preceptos debamos entender, asimismo, que, además del cese efectivo de la convivencia, hay ausencia de *affectio maritalis* para justificar una convivencia en el domicilio conyugal que no es marital aunque lo pueda parecer. Complejo, ciertamente y de difícil demostración, pues se podría alegar que la continuación de la convivencia pese a la solicitud de separación legal es indicativa de una reconciliación que no requiere de notificación al juzgado o al notario porque no se ha producido todavía la separación legal (art. 835 CC).

Otra cuestión que es preciso considerar —aunque los efectos sucesorios van a ser los mismos— tiene que ver con la posible dificultad para deslindar los pactos de separación de hecho (que en no pocas ocasiones se vienen documentando en escritura pública) de los casos de separación legal formalizada ante notario, por lo que sería conveniente que se hagan las precisiones pertinentes para evitar dudas interpretativas entre unos y otros³⁴.

4.1.2. La separación de hecho o cuando los hechos excluyen derechos

La separación de hecho supone el cese efectivo de la convivencia conyugal con el ánimo de que cese la comunidad de vida conyugal que define el matrimonio³⁵, quedando excluida cuando el cese de la convivencia conyugal es de carácter temporal justificado por motivos laborales o familiares³⁶ porque este deber de convivencia no significa la constante compañía física de los consortes sino su voluntad de desarrollar una vida en común o de «conservar el *animus* de reunirse cuando están ausentes», por lo que «la separación matrimonial surge cuando la convivencia así entendida desaparece; cuando los miembros de la pareja se apartan entre sí con la intención —de ambos o de uno de ellos— de no compartir su vida en adelante». Pasar a residir en domicilios distintos suele ser la forma más patente de exteriorizar esta intención. En suma, hay separación de hecho cuando no existe convivencia física conyugal por falta de voluntad de mantener la comunidad de vida conyugal por al menos uno de los cónyuges³⁷.

Como consecuencia de la citada reforma por la Ley 15/2005, ya no se exige que tal separación se produzca de mutuo acuerdo, admitiéndose la separación unilateral por *voluntad* del cónyuge que «coge su maleta y se va»; tampoco se precisa ya determinar si hubo un supuesto «culpable» de la crisis conyugal ni hace falta que esta se materialice en una resolución judicial o decreto notarial bastando a estos efectos la situación de separación de hecho voluntaria y unilateral, que podrá ser probada por cualquier medio³⁸.

Cobra importancia, por ello, la separación de hecho debidamente probada³⁹ desde el punto de vista sucesorio, en la medida en que supone la desaparición de la comunidad de vida, de la *affectio maritalis*, que implica la voluntad de no continuar desarrollando una vida en común y que justifica la exclusión de la sucesión legal y legítima entre cónyuges (arts. 834 y 945 CC)⁴⁰ porque desaparece el fundamento de su atribución al cónyuge superviviente, que no es otro que esa *affectio maritalis* pese a la pervivencia del vínculo conyugal, una vez reconocida la *desaffectio* a consecuencia del cese efectivo de la convivencia conyugal debido a la voluntad de uno o ambos cónyuges de poner fin a su relación marital. Voluntad y *desaffectio* cobran especial relevancia en esta materia tras la reforma.

4.2. INCIDENCIA DE LA *DESAFFECTIO* EN LA SUCESIÓN TESTADA

En relación con la sucesión testada, una cuestión prioritaria que cabría determinar es la voluntad del cónyuge testador de mantener o no, tras la desaparición de la *affectio maritalis*, la disposición sucesoria con la que en el momento de otorgar testamento quiso favorecer a su ahora excónyuge, ya sea como legatario ya como heredero, y que, en consecuencia,

esta devenga totalmente ineficaz tras la separación, el divorcio o la nulidad (ineficacia que quizás presuma automática tras la ruptura conyugal).

Tan importante cuestión no ha sido considerada por el legislador pese a los años transcurridos desde la promulgación del Código Civil y a la cambiante realidad española en materia conyugal, por lo que esa regulación, a diferencia de las normas forales⁴¹, no está prevista para el caso de que se produzca la extinción del vínculo conyugal.

La realidad es que ninguna disposición del Código Civil prevé de forma expresa la posibilidad de que el cónyuge viudo pueda ser sucesor a título particular, pero tampoco ninguna disposición lo impide. Con independencia de que la doctrina mayoritaria haya calificado la legítima del cónyuge viudo como una sucesión a título particular, nada impide que el cónyuge causante pueda disponer a favor de su cónyuge de legados o donaciones *mortis causa*, cuya validez ha admitido la jurisprudencia⁴².

Entendemos que sería positivo y acorde con las actuales tendencias sociales en materia de separación y divorcio⁴³ la introducción en el Código Civil de un precepto semejante al art. 422.13 CCCat⁴⁴, en el sentido de considerar la institución de heredero, los legados y las otras disposiciones que se hayan ordenado a favor del cónyuge del causante como ineficaces si, después de haber sido otorgadas, los cónyuges se separan de hecho o judicialmente o se divorcian o el matrimonio es declarado nulo, y también si en el momento de la muerte hay pendiente una demanda de separación, divorcio o nulidad matrimonial, salvo que se produzca la reconciliación; y mantener su eficacia si del contexto del testamento, el codicilo o la memoria testamentaria resulta que el testador las habría ordenado en todo caso.

Entretanto, tal carencia ha llevado a la jurisprudencia a dar encaje a estas situaciones a través del artículo 767 CC, determinando la ineficacia de la disposición testamentaria solo si hubo error en los motivos o falsa causa en dicha disposición, en cuyo caso el causante no la habría ordenado si hubiese tenido conocimiento de ello, aunque manteniendo en principio la validez y eficacia de tal disposición testamentaria en clara contraposición con lo que establece el art. 422.13 CCCat, que se inclina primero por la ineficacia de la disposición y solo después reconoce las excepciones a esa misma norma⁴⁵.

Urge, por tanto, conocer los motivos o la causa que llevaron al testador a establecer tal disposición en favor del otro, es decir, si solo le interesaba favorecer a quien siendo su cónyuge lo siguiera siendo a su fallecimiento⁴⁶ o si, a pesar de no serlo en el momento de la apertura de la sucesión, quiso igualmente favorecerle en atención a quien fue y a lo que compartieron durante el tiempo que duró su unión conyugal porque es una realidad que no todas las crisis y fracturas conyugales conllevan una mala relación posterior entre los integrantes de disuelta pareja y ello es algo que se debe considerar para no perjudicar «más» al supérstite.

Con independencia de si el testador incurrió en error en los motivos, esto es, que el testador ordenara la disposición sin atender a si quería mantener tal disposición en el caso de un eventual divorcio o de una futura separación o nulidad, es decir, en atención a la *affectio maritalis* que sentía por su cónyuge en el momento de testar, basada en el afecto, el cuidado mutuo y la voluntad de convivir juntos como una pareja estable y que creía recíproca por

parte del otro o, si por el contrario, se produjo la concurrencia de una auténtica causa falsa que tiene lugar si el causante, en el momento de otorgar testamento, creyó positivamente que él y su pareja no pondrían fin a su vínculo matrimonial hasta «que la muerte los separe». La dificultad se manifiesta a la hora de valorar si, internamente, el testador quería o no mantener la eficacia de la disposición en favor solo de quien fuera su cónyuge y que ya no podemos conocer porque, obviamente, los pensamientos e intenciones personales no son de dominio público, por lo que deberán analizarse atendiendo a la existencia de hechos ajenos al estricto contenido del testamento o del instrumento sucesorio de que se trate⁴⁷ pero que quizás podríamos deducir del hecho de que, pese al divorcio o la ruptura de la convivencia conyugal, no haya modificado el causante su parecer (ni su testamento) en los meses o años siguientes a tal ruptura⁴⁸. En este sentido, la jurisprudencia ha venido reconociendo la posibilidad de acudir a la prueba extrínseca para averiguar la verdadera voluntad del causante, incluyendo el recurso a actos anteriores, posteriores y coetáneos a la autorización del testamento, aunque con valoración dispar. Curiosamente, determinados casos enjuiciados en los que el causante no revoca el testamento durante los años siguientes a la ruptura conyugal y previos a su fallecimiento deberían inducir a pensar en su deseo de mantener la disposición testamentaria en favor de su excónyuge, lo que no siempre consideran nuestros tribunales, como la SAP de Granada, de 11 de junio de 2010 (*Tol 4946381*), que entendió que la disposición testamentaria adolecía de causa falsa por cuanto el causante instituyó heredera a su expareja en exclusiva, en atención a su condición de esposa (que ya no lo era a su fallecimiento) pese a que no revocó su testamento tras el divorcio durante los trece años que transcurrieron hasta su muerte. Otra solución aporta la SAP de Madrid, de 9 de marzo de 2017 (*Tol 6067038*), que, atendiendo al caso enjuiciado en el que el causante no modificó ni revocó su testamento durante los catorce años que mediaron entre la separación conyugal y su fallecimiento y que, además, con posterioridad a su ruptura conyugal designó a su expareja como beneficiaria de un seguro de vida; o la SAP de Alicante, de 13 de marzo de 2019 (*Tol 8262676*), que estimó la validez de la cláusula testamentaria declarándola conforme a la voluntad del testador porque este no revocó el testamento aunque tuvo tiempo sobrado para hacerlo después del divorcio ni sometió a condición la disposición realizada a su favor, señalando la Sala que nuestro Código Civil no determina legalmente la ineficacia del testamento otorgado por el que se instituye heredero o legatario al esposo/esposa por el divorcio posterior ni existe una presunción de revocación a diferencia de lo que ocurre en algunos ordenamientos forales⁴⁹. No obstante, en las SSTS de 26 de septiembre de 2018 (*Tol 6830506*) y 26 de septiembre de 2018 (*Tol 6820792*), el Tribunal Supremo determina la ineficacia de las disposiciones en favor de sendos cónyuges en atención a que los legados en su favor se otorgaron, estima el Tribunal, en consideración a la cualidad de consorte que ostentaban entonces, sin que quede probado que los testadores hubiesen querido que tales legados desplegasen efectos en caso de extinción del vínculo conyugal⁵⁰. Pese a las dispares soluciones que, en atención a diversas circunstancias, consideran la jurisprudencia y la doctrina⁵¹, se inclinan mayoritariamente por la ineficacia de la disposición en favor de quien fuera cónyuge, pese a que tras la ruptura no fue apartado de la sucesión testamentaria por el testador⁵².

Luego, dispuesto un legado o una donación o la institución de heredero a favor del cónyuge superviviente, la línea jurisprudencial mayoritaria⁵³ ha establecido la exigencia del requisito de matrimonio con convivencia conyugal efectiva en el momento del fallecimiento de uno de ellos y por tanto que no exista entre los cónyuges nulidad, divorcio, separación legal o de hecho⁵⁴.

En consecuencia, o queda suficientemente expresado en la disposición testamentaria o por actos que indiquen claramente la voluntad de beneficiar a quien fuera cónyuge mediante cartas o cualesquiera otros documentos o actos y negocios jurídicos celebrados por el testador con posterioridad a la separación, la nulidad o el divorcio o va a quedar privado el excónyuge «viudo» beneficiario de esta disposición no revocada en vida del testador. Disposición testamentaria que se debiera entender (por no revocada) acorde con su última voluntad⁵⁵. Y me pregunto si no se está exigiendo más rigor a las disposiciones en favor del cónyuge en la aplicación del art. 767 CC que a otras disposiciones en favor de otros parientes o incluso extraños al causante.

Elucubrar acerca de la hipotética voluntad del causante que testó en un sentido y que no revocó pudiendo hacerlo —tras el divorcio o la ruptura— la disposición testamentaria en beneficio del excónyuge es, en mi opinión, interpretar más allá del significado literal del documento legislativo⁵⁶, lo que contradice el principio de *favor testamenti*, que viene a favorecer una interpretación en pro de la validez del testamento y en beneficio del favorecido, por lo que los motivos de ineficacia previstos en la ley no pueden ser interpretados extensivamente ni para casos diferentes a los previstos específicamente por los textos legales⁵⁷.

Esa es la postura en general que mantiene la DGRN en las Resoluciones de 2 de agosto de 2018 (*Tol 6790023*), 5 octubre 2018 (*Tol 6846116*), 9 agosto 2019 (*Tol 7554560*) y 25 septiembre 2019 (*Tol 7573414*) todas ellas posteriores a la STS de 28 septiembre 2018 (*Tol 6820792*), que ha dictaminado que en el ámbito notarial y registral la privación de eficacia del contenido patrimonial de un determinado testamento exige, a falta de conformidad de todos los afectados, una previa declaración judicial que, tras un procedimiento contencioso instado por quien esté legitimado para ello, provoque su pérdida de eficacia (total o parcial) con base en la salvaguarda judicial de los derechos (art. 24 CE) y en el valor de ley de la sucesión que tiene el testamento formalmente válido (art. 658 CC)⁵⁸.

4.3. LA EXCLUSIÓN DE DERECHOS DEL CÓNYUGE VIUDO EN LA SUCESIÓN INTSTADA POR EL CESE DE LA CONVIVENCIA

Para el llamamiento al cónyuge viudo en la sucesión intestada, el art. 945 CC exige no solo el vínculo conyugal, sino también la existencia de convivencia, de *affectio maritalis*, aunque la presunción de convivencia de los cónyuges del art. 69 CC libera al cónyuge viudo de la carga de la prueba. Lo relevante, para la SAP Barcelona 4 febrero 2002 (*Tol 781095*), es si se había producido el cese de la convivencia del matrimonio, una separación de hecho reveladora de la ruptura de la *affectio maritalis* y si ello suponía una ruptura de su proyecto común, con independencia de la causa de esa separación⁵⁹.

Significativamente, la entrada en vigor de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, ha debilitado la posición sucesoria del cónyuge viudo al suprimir la exigencia de que la crisis conyugal que desencadena la separación de hecho de los cónyuges obedezca al cese efectivo de la convivencia sin posibilidad de reconciliación o a la violación grave y reiterada de los deberes conyugales y, por ello, para la exclusión del cónyuge supérstite no conviviente como heredero *ab intestato*, no se exige que el cese de la convivencia se haya producido de mutuo acuerdo y conste fehacientemente, de tal manera que ahora basta el cese de la convivencia y, por tanto, de la *affectio maritalis*, por parte de uno solo de los cónyuges para que tenga lugar la exclusión del derecho del sobreviviente a heredar al causante tanto en el caso de la separación legal como de hecho; tanto si el supérstite hubiera mantenido la *affectio maritalis* como si no; tanto si es «inocente» como si no.

No obstante, se atiende jurisprudencialmente en favor del cónyuge viudo que mantuvo buenas relaciones o prestó la ayuda necesaria al difunto pese a no convivir *de facto* con el causante por diversas causas que no implican una separación de hecho mutuamente consentida que suponga una fractura conyugal y que tienen lugar cuando se produce una separación física de los cónyuges, pero no una pérdida de contacto entre ellos que en modo alguno puede equipararse a una separación de hecho mutuamente consentida porque el hecho de que un cónyuge viviera fuera de España y el otro no estaba relacionado con el cuidado de los familiares de uno de ellos y por motivos laborales del otro⁶⁰.

4.4. LOS DERECHOS DEL CÓNYUGE VIUDO A LA LEGÍTIMA POR EL CESE DE LA CONVIVENCIA

Escasa es la regulación de la sucesión forzosa del cónyuge supérstite (arts. 834 a 840 CC) y aun así ha sufrido diversas modificaciones acordes con las varias reformas del sistema matrimonial español que han incidido especialmente en la exigencia de vínculo y de convivencia conyugal efectiva entre cónyuges en el momento del fallecimiento del premuerto. En relación con el requisito del vínculo, no habrá derecho a la legítima viudal cuando haya mediado nulidad porque se estima que no ha habido matrimonio (art. 73.1 CC) o divorcio de los cónyuges porque el matrimonio se ha disuelto (arts. 85 y 89 CC). En relación con la convivencia efectiva, es necesario que no exista separación legal ni de hecho. Así la SAP de Salamanca, de 19 de noviembre de 2019 (*Tol 7861936*) señala que la nueva redacción del art. 834 elimina la legítima conyugal, sin buscar culpables o inocentes, por el cese de la convivencia; o el ATS de 4 de julio de 2018 (*Tol 6666116*) señala que, aunque el proceso de divorcio fue contencioso, no concluyó por morir el testador, y aprecia que hay separación de hecho debidamente acreditada⁶¹.

4.5. LA INCIDENCIA DE LA RECONCILIACIÓN EN LOS DERECHOS SUCESORIOS DEL VIUDO

La reanudación de la vida matrimonial, que es lo que viene a ser la reconciliación, deja sin efecto las consecuencias jurídicas que hubiera generado la separación anterior (la legal

o también la de hecho), debiéndose señalar que no se admiten las reconciliaciones tácitas debido a cuestiones de seguridad jurídica⁶².

En el Código Civil no se precisa el concepto de reconciliación, aunque la SAP de Ávila, de 27 de febrero de 2009 (*Tol 1571325*) la define como «el acto jurídico en virtud del cual los cónyuges libre y voluntariamente hacen cesar la situación jurídica de separación e implantan de nuevo una comunidad de existencia, o simplemente prescinden de la acción de separación y ponen término al anterior procedimiento», señalando que «la reconciliación no es nunca una decisión unilateral, pues es obvio que requiere un consentimiento mutuo», aclarando que la reconciliación no supone la cordialidad, la educación o las relaciones afables, amables e incluso afectuosas. Supone la reanudación de una vida en común de los cónyuges que se habían separado. Por ello, en nada afecta la documentación sobre declaración de impuestos, empadronamiento, etc. si ello no conlleva la reanudación de la vida marital.

En el supuesto de la reconciliación posterior a la separación legal, esta debe ser notificada al juzgado o al notario (art. 835 CC) por ambos cónyuges separadamente, ya sea al juez que haya conocido el litigio (art. 84.1 CC), ya ante el notario o el letrado de la Administración de Justicia (art. 82 CC) cuando la separación hubiese tenido lugar sin intervención judicial y deberá formalizarse en escritura pública o acta de manifestaciones (art. 84.2 CC) e inscribirse en el Registro Civil para su eficacia frente a terceros y para que el sobreviviente conserve sus derechos (art. 84.3 CC).

Ahora bien, la reconciliación posterior al divorcio no produce efectos legales (art. 88.2 CC) aunque se reanude la convivencia porque ya no existe vínculo entre quienes fueron cónyuges y quizás por un breve espacio de tiempo han dejado de serlo. En consecuencia, si fallece cualquiera de ellos, el supérstite queda excluido de su sucesión legal y de la legítima ¿Crueldades del azar...?

Resulta llamativo y, si se quiere, injusto, que, si se produce la reconciliación de quienes extinguieron su vínculo conyugal tras el proceso de divorcio, aunque decidan no volver a contraer matrimonio y, por tanto, siendo ya excónyuges mantienen la recuperada relación sentimental, ahora *de facto* con presencia de una verdadera *affectio maritalis*, llegado el fallecimiento del causante, ello debería interpretarse desde la óptica del causante como manifestación de la existencia de una voluntad favorable a mantener la eficacia de los derechos sucesorios del supérstite⁶³ que fue cónyuge en su día y no atender únicamente a la disolución del vínculo conyugal.

5. REVISIÓN Y MEJORA DE LOS DERECHOS SUCESORIOS DEL CÓNYUGE VIUDO SI PERVIVE LA *AFFECTIO*

La crisis intergeneracional de nuestros días ha provocado un gran vacío afectivo y de convivencia que afecta a la propia familia e implica a generaciones distintas⁶⁴. La realidad actual fotografía al cónyuge viudo en una situación económica más débil, más aislado

social y familiarmente, más anciano y vulnerable a todos los efectos, por lo que «en la práctica, se observa que son muchos los testadores que se posicionan en contra de la legítima de los descendientes, pero prácticamente ninguno el que se manifiesta contrario a la legítima del viudo»⁶⁵. Incluso cuando ha mediado una separación de hecho en que la *affectio maritalis* pervive pese a los avatares conyugales como el caso enjuiciado por la SAP Lugo 31 octubre 2018 (*Tol 7020324*).

Por ello, debe insistirse en que la reforma y el actual sistema legitimario imposibilitan a los cónyuges instituirse herederos recíprocamente, o al menos, proveer al supérstite de medios económicos suficientes que le permitan mantener un tenor de vida similar al anterior a la viudez y, que obliga en cambio, a garantizar una porción de la fortuna paterna a los hijos sin que haya mediado ningún esfuerzo por su parte. Convendría reflexionar seriamente sobre el trato dispensado por la legislación civil al compañero de vida del causante, a la persona que ha acompañado al causante en esta comunidad de vida y amor que es el matrimonio y que desde la reforma introducida por la Ley 30/1981, de 7 de julio, permanece unido a su consorte por absoluta voluntad. En relación con el cónyuge viudo, puede afirmarse con rigor la idea de la colaboración en el aumento y conservación del patrimonio del testador y de las sinergias económicas familiares.

La posición del cónyuge supérstite es un tema complejo tanto en relación con su débil posición como legitimario como en su postergado llamamiento como heredero *ab intestato* . Si a ello le añadimos la exigencia de convivencia conyugal y/o *affectio maritalis* , la conclusión es obvia y supone un trato diferenciadamente injusto al compañero de vida del causante.

5.1. MEJORA DE LA LEGÍTIMA EN FAVOR DEL POSTERGADO CÓNYUGE VIUDO

En la misma línea de otorgar al cónyuge viudo un mayor protagonismo en la sucesión hereditaria, se plantea la mejora de su participación en la sucesión legitimaria del consorte difunto, en el sentido del incremento de su participación en la herencia del fallecido⁶⁶ tanto cuantitativamente como cualitativamente, teniendo en cuenta que la legítima se ha sustentado tradicionalmente sobre la base de un deber de asistencia *post mortem* del causante hacia su círculo familiar más próximo, basado en la solidaridad patrimonial de la familia y el matrimonio, de tal manera que vendría a cumplir una función similar a la que desempeña la obligación de alimentos en vida del causante⁶⁷.

Al hilo de ello, la doctrina aporta nuevas fórmulas que abogan por la sustitución de las actuales legítimas y su conversión en una nueva figura que como *legítima alimenticia* ofreciera solución a la necesidad de alimentos sucesorios de los deudos del difunto⁶⁸. En este sentido, se señala⁶⁹ que una «legítima moderna redimensionada» estructurada como una legítima alimenticia en favor del cónyuge y que le otorgue contra la herencia los mismos derechos a percibir alimentos que habría tenido de seguir vivo su cónyuge⁷⁰, mejoraría su situación si como consecuencia de la muerte del causante, ha visto perjudicada la satisfacción de sus necesidades vitales⁷¹. Se trataría de supeditar este derecho a la legítima alimenticia a la situación de necesidad en que se hallara el beneficiario⁷², en la medida en

que el fallecimiento del causante afecte de manera significativa a su seguridad y estabilidad económica, todo lo cual constituyó el fundamento originario de la legítima en el momento de la codificación y, aunque actualmente se ha desligado este presupuesto de la necesidad económica de su destinatario⁷³, quizás habría que replantearse de nuevo si se decide mantener el sistema legitimario. En este sentido, la legítima alimenticia tendría como finalidad proteger al vulnerable o impedir que pueda quedar en situación de vulnerabilidad⁷⁴, tanto más tratándose del cónyuge viudo, normalmente ya anciano. Podría ser una solución.

Por otra parte, actualmente no tiene sentido que el cónyuge viudo sea tratado como un *cuasi* ajeno al causante en cuestiones tan relevantes como la legítima tanto en el *quantum* que percibe cuando concurre con descendientes como en su atribución en usufructo⁷⁵ en todo caso y no como pleno propietario⁷⁶.

Esta cuestión, que se evidencia lamentable, debería ser reconsiderada pues constituye, en mi opinión, un agravio comparativo de difícil justificación actualmente. Se echa en falta una auténtica equiparación del cónyuge viudo a los demás legitimarios.

Tan es así que incluso el propio legislador, apreciando que la concurrencia del cónyuge viudo como usufructuario con los hijos (como nudos propietarios) puede originar algunas fricciones, permite su conmutación en virtud de los arts. 839 y 840 CC. Quizás una propuesta que mejore la posición del cónyuge viudo sea la de contemplar la posibilidad de que esta facultad de solicitar la conmutación sea concedida al propio cónyuge con carácter general, es decir, sin estar condicionada a supuestos de concurrencia con hijos comunes o «hijos solo del causante» (arts. 839 y 840 CC)⁷⁷.

En segundo lugar, si bien es cierto que la legítima asignada al cónyuge viudo es compatible con la legítima tanto de descendientes como de ascendientes, su cuantía es variable dependiendo de los parientes del difunto con los que concurra, por lo que el cónyuge viudo siempre queda al albur de que existan descendientes del difunto, comunes o no, o bien ascendientes que le mengüen su porción (de $\frac{2}{3}$ si concurre solo a la $\frac{1}{2}$ si concurre con ascendientes y el escaso $\frac{1}{3}$ —de mejora— si concurre con descendientes). En el supuesto de que el viudo que no tuvo descendencia pero concurra con sus ancianos suegros que en pocos años (a veces meses) pueden fallecer, es verdaderamente insolidario si se da esta circunstancia (y se da), que una parte importante de la fortuna de su cónyuge que el viudo ayudó a reunir con su colaboración y abnegación en interés de la familia y quizás, gracias a su política de poco gasto y ahorro para una futura vejez, por estos avatares de la vida y del vigente Derecho sucesorio español, la disfruten sus cuñados y sobrinos en vez del propio cónyuge viudo.

De hecho, la realidad social muestra que, en ausencia de hijos, mayoritariamente los cónyuges se instituyen recíprocamente como herederos o, quedando descendientes hacen uso del usufructo universal que se contempla en la *cautela socini* del art. 820.3º CC⁷⁸. Parece que el sentir social es el de ampliar y garantizar la posición del viudo⁷⁹ porque en muchas ocasiones la sociedad y el individuo deben ir por delante de la norma para paliar los posibles fallos e injusticias y la actual normativa no favorece la mejora en favor del viudo que le preserve de la estrechez económica en que queda tras la muerte de su consorte, debi-

do a la exigua cuantía de las pensiones y a los gastos para subsistir en su viudez cuando los descendientes recibieron del causante los bienes que este cónyuge viudo ayudó a adquirir y conservar⁸⁰.

Por tanto, hoy es incuestionable que la legítima del cónyuge viudo debe revisarse para su mejora, atendiendo a su colaboración y participación en la adquisición, creación y conservación de la riqueza del causante y a la solidaridad conyugal y patrimonial entre las generaciones de parientes, que avalan que sea el cónyuge viudo el que por precisar una mayor ayuda económica para mantener el mismo nivel de vida digno del que disponía en vida del cónyuge fallecido, sea quien más reciba de su consorte difunto⁸¹. Se trata de reformar la actual asignación legitimaria para evitar la desprotección de este cónyuge en la vejez⁸² sin necesidad de que el difunto haya de recurrir testamentariamente a la *cautela socini* para paliar lo que legislador no remedia.

5.2. REVISIÓN DE LOS DERECHOS DEL CÓNYUGE VIUDO EN LA SUCESIÓN INTESTADA

Los llamamientos a la sucesión intestada tienen un origen netamente romanista, que se plasma en el principio que atiende al criterio de la voluntad presunta del causante en relación con lo que un testador medio hubiera querido respecto al destino *post mortem* de su patrimonio de haberse manifestado su voluntad en este sentido o haberse otorgado válidamente testamento pese a que no hubo tal⁸³. Por tanto, se basa en una conjetura o presunción que quizás fuese acertada en el pasado siglo pero que este primer cuarto del siglo XXI no se corresponde con las demandas de la sociedad⁸⁴.

Teniendo en cuenta que la pervivencia de los matrimonios tan solo depende de la propia y absoluta voluntad de permanencia en una unión estable, considero procedente una reforma que priorice al cónyuge viudo en el orden sucesorio de los llamamientos, teniendo en cuenta que el derecho a suceder *ab intestato* tiene su fundamento en una presunción de afecto hacia el llamado que es consecuencia, en estos casos, del mantenimiento de la *affectio maritalis*.

Sobre aquella premisa, la posición que el cónyuge supérstite ostenta en la sucesión intestada como heredero legal en defecto de descendientes y ascendientes del difunto (art. 944 CC) debería modificarse y anteponerse el llamamiento al cónyuge viudo en el orden sucesorio con anterioridad a los descendientes⁸⁵ y a los ascendientes, teniendo en cuenta la pervivencia de la unión conyugal y la solidaridad intraconyugal que impera en estos matrimonios bien anclados frente a los avatares más diversos, sobre la base sociológica de la concentración del grupo familiar que se produce en torno al núcleo de convivencia conyugal, que nos llevaría a priorizar al cónyuge como heredero⁸⁶, modificando, en consecuencia, el actual usufructo viudal transformándolo en atribución en plena propiedad y, si es el caso, estableciendo un usufructo a favor de los ascendientes cuando concurren con el cónyuge viudo⁸⁷. Una propuesta de mejora que el legislador ha desaprovechado en las últimas reformas del Código Civil.

Por otro lado, si se atiende a la dicción del art. 945 CC, que determina que la separación de hecho entre los cónyuges al tiempo del fallecimiento de uno de ellos es causa de exclusión del derecho a suceder, ello lleva a considerar que se atiende más a la voluntad de convivencia que al vínculo, por lo que no resulta difícil en un momento dado romper la convivencia simplemente y privar al consorte de derechos sucesorios unos meses e, incluso, unos días antes del fallecimiento pese a que se convivió maritalmente durante largos años. Otra desprotección legal del cónyuge viudo que no se corrige.

Resulta igualmente injusto y desleal que el llamamiento a la sucesión intestada (y a la legítima) del cónyuge viudo quede sin efecto cuando se ha interrumpido la convivencia conyugal en más de un caso por «darse un tiempo» cuando la relación atraviesa alguna crisis puntual, quizás por iniciativa y «culpa» del cónyuge difunto (aunque ese dato ya no sea relevante) que no cumplió con sus deberes de fidelidad, de convivencia y apoyo mutuo lo que no implica ausencia de afecto. Cuando la separación *de facto* no es acordada por ambos esposos o no es definitiva, puede producirse una lesión irreparable en las expectativas del superviviente que compartió vida y anhelos al lado del cónyuge fallecido y al que probablemente cuidó con desvelo en su última enfermedad.

5.3. LA POSICIÓN DEL CÓNYUGE VIUDO EN EL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN EL REFORMADO ART. 822 CC

Mediante la modificación del art. 822 CC por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, se crea una nueva figura jurídica que permite que un legitimario de testador con discapacidad ejerza un derecho en el uso de la vivienda familiar. A tal efecto, se regula la posibilidad de establecer por el testador un derecho de habitación voluntario *inter vivos* (donación) o *mortis causa* (legado) en favor del legitimario discapacitado y, por otro lado, se establece por ministerio de la ley un derecho de habitación que puede plantear algunas situaciones problemáticas⁸⁸ que pueden darse en favor de diversos beneficiarios, todos ellos legitimarios, como cuando concurren en el uso de la vivienda familiar el cónyuge viudo y los descendientes (comunes o no) o el cónyuge viudo con los ascendientes del causante. Porque si relacionamos este precepto con lo establecido en los arts. 1406 y 1407 CC, que establecen para aquellos casados en sociedad de gananciales, la atribución preferente de la vivienda al cónyuge viudo, de acuerdo con lo previsto en el art. 822 *in fine* del CC, ello puede provocar situaciones de convivencia de hijos solo del causante con discapacidad y el cónyuge viudo con el que pueden o no mantener una relación más o menos cordial; o bien la convivencia del viudo con sus suegros mientras lo necesiten (aunque no reine la concordia). Por tanto, con esta norma se debilita la posición del cónyuge viudo que tal vez sufra, asimismo, alguna discapacidad⁸⁹, y ello si atendemos, además, a que la vivienda habitual representa sin duda el valor más significativo de la gran mayoría de patrimonios hereditarios que se generan en la sociedad actual⁹⁰.

5.4. LA DESPROTECCIÓN DEL CÓNYUGE VIUDO DISCAPACITADO

La realidad social y el aumento en la esperanza de vida por encima de los 80 años tanto de los causantes como de sus consortes viudos (y en la mayor parte de las parejas heterosexuales, de la viuda) son aspectos que no tiene en cuenta de manera especial el legislador civil para otorgar determinados derechos *ope legis* ni para facilitar la ampliación de la libertad de disposición del testador cuando el cónyuge viudo sea persona con discapacidad, salvo lo prevenido de manera general para todo legitimario con discapacidad en el art. 822 CC, a cuyo comentario nos remitimos. Se ha desperdiciado una oportunidad única de proteger la vulnerabilidad del cónyuge viudo con probable discapacidad (debido, entre otras causas, a su avanzada edad) y que la citada Ley 8/2021 no ha considerado. Quizás cabría proponer en estos casos (de no ampliarse de manera generalizada la libertad del testador y, en todo caso, para los supuestos de aplicación de la sucesión intestada), que la porción asignada como usufructo al cónyuge viudo con discapacidad se amplíe a toda la herencia y/o, asimismo, grave la legítima de descendientes (y ascendientes, en su caso); o bien se modifique la naturaleza de su atribución y reciba su porción no como usufructuario, sino como propietario con el fin de garantizar el caudal necesario para atender a las necesidades y gastos derivados de su situación de discapacidad que el mero usufructo no siempre va a garantizar; o bien que se establezca en su favor un fideicomiso de residuo sobre todo o parte importante de la herencia al estilo del art. 808 CC en favor de los hijos con discapacidad.

6. LAS OTRAS FORMAS DE CONVIVENCIA AJENAS AL CÓDIGO CIVIL

Si tomamos en consideración el número de divorcios, nulidades y separaciones en España de los últimos años que nos facilita el INE⁹¹ y el incansable ánimo español para conformar nuevas parejas, debe admitirse la notable importancia de las uniones de hecho en la realidad social española actual. En consonancia con ello, en nuestra sociedad, es significativo el considerable aumento de familias «reconstituidas» (o reconstruidas o recompuestas)⁹², integradas por miembros provenientes de uniones anteriores y que, pese al fracaso anterior, forman nuevos núcleos familiares aportando a esa nueva unión hijos procedentes de las anteriores uniones (maritales o de hecho) fracasadas. Ateniéndonos a las elevadas estadísticas sobre rupturas conyugales, en aquellos casos en que se puso fin al matrimonio, los miembros de la expareja forman en ocasiones un nuevo núcleo familiar conectado a una segunda unión matrimonial, con lo que de alguna manera se estaría retornando al modelo primero de conyugalidad en tanto que en otras, cada vez más numerosas, esa relación de convivencia no se enmarca en un segundo matrimonio, sino que se opta por una convivencia puramente fáctica que, según los datos, goza de una importancia creciente, aunque no todavía especialmente relevante, en la sociedad española⁹³.

Así las cosas, de acuerdo con los datos facilitados por el «Informe sobre la Evolución de la Familia en España», se está produciendo un cierto trasvase de matrimonios hacia las

parejas de hecho; si a ello añadimos que las cifras son exponencialmente crecientes en relación con las rupturas matrimoniales (aunque la celebración de matrimonios sigue siendo mayoritaria en comparación con las uniones de hecho), lo que se pretende evidenciar con estos datos es que quienes todavía hoy mantienen el vínculo conyugal lo hacen movidos por una intensa y voluntaria *affectio maritalis* que debería tener su reflejo en la regulación sucesoria y en la libertad del testador para favorecer la posición económica de su consorte tras su fallecimiento.

Por otro lado, las uniones de hecho constituyen una realidad creciente que el actual Código Civil no reconoce, aunque ello contrasta con la regulación de las Comunidades Autónomas que atribuyen a los miembros de la pareja derechos sucesorios en la sucesión del premuerto como Cataluña, Galicia, Navarra y más limitadamente, Baleares y que llegan a equiparar a los miembros de las uniones de hecho estables con los cónyuges a efectos sucesorios⁹⁴. Luego, se antepone la convivencia al vínculo, en estos casos.

Que el Código Civil no contemple derechos sucesorios en favor del conviviente *more uxorio* tiene su fundamento no solo en la tradición jurídica española, sino también en la consideración por parte de la jurisprudencia constitucional de que la pareja de hecho no es una institución garantizada ni existe un derecho constitucional a su establecimiento⁹⁵, pues igualar ambas figuras privaría al matrimonio de su razón de ser y, en todo caso, no solo perjudicaría la posición jurídica de los cónyuges, sino también la de aquellos que optaron por estas otras formas más fluidas de convivencia consciente y voluntariamente, pese a que algunos Derechos autonómicos reconocen derechos legitimarios y *ab intestato* a los convivientes e incluso equiparan totalmente estas uniones con el matrimonio a efectos del Derecho civil propio⁹⁶. Sin embargo, ello no ha tenido acogida en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁹⁷ ni del Tribunal Supremo, que se resisten a una total equiparación de la unión de hecho al matrimonio también en cuanto al régimen de la sucesión *mortis causa* porque, se mire como se mire, supondría una desvalorización de la unión matrimonial tanto a nivel social (que ya lo está) como institucional⁹⁸. Ya el Tribunal Constitucional, en su STC 184/1990, de 15 de noviembre (*Tol 81857*), subrayó que el matrimonio y la unión de hecho no constituyen realidades equivalentes, sino realidades jurídicamente distintas y que, en consecuencia, no son directamente aplicables a las relaciones *more uxorio* el complejo jurídico que se deriva del matrimonio, por lo que es constitucional establecer diferencias de tratamiento entre las parejas casadas y las no casadas en virtud de esa misma falta de equivalencia⁹⁹. Será cruel en todo caso, pero no es inconstitucional no hacerlo¹⁰⁰. Luego, vínculo y *affectio* serán determinantes del llamamiento sucesorio del supérstite en Derecho común, lo que supone una clara injusticia material frente a las parejas a las que en las normas autonómicas tan solo se les exige la convivencia.

NOTAS

1. *Vid.* Pérez Escolar (2007: 1641).
2. Bauman (2022).

3. En materia de testamentifacción, de conservación de la empresa familiar o de mantener indivisa una explotación económica, como señala Torres García (2006: 219).

4. Y las dificultades para desheredar a los legitimarios, entre otras.

5. Para Royo Martínez (1951: 181-182), las legítimas se fundan en el *officium pietatis* o deber de amor ante los consanguíneos más próximos, deber que se manifiesta, en vida, a través de la institución de los alimentos y *post mortem* en las legítimas.

6. *Vid.* Galicia Aizpurua (2019: 48).

7. *Vid.* Estellés Peralta (2022a: 181 ss.); García Rubio (2021: 23 ss.); Gomá Lanzón (2019: 61 ss.); Parra Lucán (2019: 193 ss.); Barrio Gallardo (2019: 287 ss.); De la Iglesia Prados (2019: 335 ss.); Fernández Echegaray (2019: 491 ss.); Bermejo Pumar (2019: 117 ss.); Sánchez González (2018: 7 ss.); Zurita Martín (2018: 83 ss.); de Barrón Arniches (2018: 113 ss.); Bosch Capdevila (2018: 147 ss.); Giménez Costa y Villó Travé (2018: 221 ss.); Blandino Garrido (2018: 267 ss.); Cosiells Ubach (2018: 375 ss.); Puyalto Franco (2018: 409 ss.); Marín Consarnau (2018: 445 ss.); Serrano de Nicolás (2018: 475 ss.); y Galicia Aizpurua (2012: 417 ss.).

8. Galicia Aizpurua (2019: 51).

9. *Vid.*, al respecto, Luna Serrano (2014: 7).

10. Debido, en parte, a la práctica bastante habitual de que los hijos en edad universitaria e incluso más tempranamente estudien en otra población y/o en el extranjero y los ascendientes sean atendidos en su propia vivienda por terceras personas o sean internados en residencias geriátricas.

11. *Vid.*, al respecto, el «Informe sobre la Evolución de la Familia en España» (2021). Disponible en: <https://www.bioeticaweb.com/wp-content/uploads/Informe-Evolucio%CC%81n-de-la-Familia-en-Espan%CC%83a_2021_IPF_.pdf>. [Consulta: 19/04/2022.]

12. Últimos datos INE publicados el 15/07/2022. Disponible en: <https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176798&menu=ultiDatos&cidp=1254735573206>. [Consulta: 9/09/2022].

13. Carrión Olmos (2022: 64).

14. *Vid.* Gomá Lanzón (2019: 70 ss.).

15. Garrido De Palma (2014: 75).

16. *Vid.* Estellés Peralta (2022a: 159 ss.).

17. López, González y Sánchez (2015: 54 ss.).

18. Alventosa Del Río (2021: 34-35).

19. *Ibidem*: 35.

20. Medina Pabón (2021: 293).

21. De Verda y Beamonte (2021: 106).

22. En el mismo sentido, Carrión Olmos (2020: 374).

23. *Vid.* STS de 16 de febrero de 1999 (*Tol 2162*); y Peruga Pérez (2020: 183).

24. SSAP de Tenerife, de 18 mayo de 2017 (*Tol 6582468*), Alicante, de 30 de septiembre de 2004 (*Tol 568842*) y Madrid, de 21 de mayo de 2004 (*Tol 7802157*), entre otras.
25. La SAP de Huelva (*Tol 4712009*) determinó en el caso enjuiciado que, dado que únicamente se argumentaba en la sentencia recurrida la quiebra de la *affectio maritalis*, tal situación resultaba insuficiente para decretar la separación judicial.
26. SAP de Zaragoza, de 14 de diciembre de 2001 (*Tol 414010*).
27. Arcos Vieira (2000). Pese a ello, la SAP de Valencia (*Tol 3029086*) determinó la nulidad matrimonial *in radice* ante la ausencia de voluntad de aceptar por parte de uno de los contrayentes, «una relación con proyecto de permanencia, convivencia, fidelidad y ayuda mutua».
28. Asimismo, Pérez Escolar (2003: 411 y 412).
29. Pérez Escolar (2007: 1670).
30. Para la SAP de Salamanca, de 19 de noviembre de 2019 (*Tol 7861936*), la nueva redacción del art. 834 elimina la legítima conyugal sin buscar culpables o inocentes.
31. Díaz Martínez (2016: 157).
32. *Ibidem*: 187.
33. En opinión, que no comparto, de Crespo Allué (2005a: 244 y 2005b: 291-292).
34. Díaz Martínez, (2016: 157).
35. *Vid.* López Maza (2013: 6884).
36. Así, la SAP de Málaga, de 21 de enero de 2019 (*Tol 7259670*), cuestionaba la existencia de separación de hecho, considerando la cónyuge supérstite que solo existía mera separación temporal y transitoria.
37. STSJ de Baleares, de 27 de julio de 2009 (*Tol 1581921*).
38. *Vid.* Giménez Costa y Villó Travé (2018: 223).
39. SAP de Barcelona, de 17 de octubre de 2019 (*Tol 7575571*); SAP de Málaga, de 21 de enero de 2019 (*Tol 7259670*), SAP de Barcelona, de 1 de octubre de 2018 (*Tol 6849674*); SAP de Valencia, de 19 de septiembre de 2018 (*Tol 6875388*), SAP de Palencia, de 19 octubre de 2015 (*Tol 5684391*); SAP de Murcia, de 16 de junio de 2015 (*Tol 5198679*), SAP de Valencia, de 27 de mayo de 2015 (*Tol 5408564*) y SAP de Las Palmas, de 25 de julio de 2013 (*Tol 4011599*).
40. De Verda y Beamonte (2021: 106).
41. Así, art. 422.13 Código Civil catalán (CCCat), el art. 430 Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA), el art. 208 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia (LDCG) o la Ley 200 de la Compilación del Derecho Foral de Navarra (CDFN), etc., todos ellos ordenamientos forales o especiales que contienen una norma relativa a la ineficacia sobrevenida de las disposiciones testamentarias por crisis matrimonial o crisis de convivencia.
42. STS de 12 de junio de 2008 (*Tol 1333407*).
43. Lo cierto, pese a la opinión de Peruga Pérez (2020:182), de acuerdo con la cual «la inmensa mayoría de causantes querrían que, tras la separación, el divorcio o la nulidad, la disposición con la que en su día quisieron favorecer a su excónyuge o expareja devenga totalmente ineficaz (y, de hecho, probablemente no solo lo quieran, sino que, a pesar de desconocer totalmente la existencia del precepto, posiblemente

muchos de ellos presuman que dicha ineficacia se produce de manera automática tras la ruptura», el legislador de Derecho común no toma en consideración ese hipotético deseo de la probable «mayoría» de testadores españoles y no establece una norma que declara la ineficacia de las disposiciones testamentarias en caso de que se produzca la extinción del vínculo conyugal o convivencial.

44. López Frías (2012: 72).

45. Peruga Pérez (2020: 167).

46. De la Iglesia Monje (2019: 881-893); y Galicia Aizpurua (2019: 498-513).

47. En el mismo sentido, Peruga Pérez (2020: 163).

48. Así, la SAP de Alicante, de 30 de marzo de 2007 (*Tol 1281981*), en que la causante tuvo más de seis años para revocar la disposición testamentaria favorable a su excónyuge y no lo hizo.

49. *Vid.* Alventosa Del Río (2021: 86).

50. *Vid.* Parra Lucán (2019: 10 ss.).

51. Así, Álvarez Álvarez, (2016: 1525-1554); Cañizares Laso (2001); De La Iglesia Prados (2016); Díaz Martínez (2010); Imaz Zubiaur (2012: 47-79); López Frías (2012: 61-81); Peruga Pérez (2020: 173); Torres García (2004); y Vaquer Aloy (2003: 67-100).

52. Gómez Calle (2007: 318-319 y 341-343); González Acebes (2012: 60-63); Miquel González (2002: 189-190); Vaquer Aloy (2003: 98); y Zubero Quintanilla (2020: 47 y 55).

53. SSTs de 26 de septiembre de 2018 (*Tol 6830506*) y 28 de septiembre de 2018 (*Tol 6820792*), ATS de 10 de julio de 2018 (*Tol 7416199*).

54. STS 26 septiembre 2018 (*Tol 6830506*), ATS 10 julio 2019 (*Tol 7416199*).

55. Y ello a pesar de que en relación con la interpretación de la voluntad (real) del testador, la STS de 19 de diciembre de 2006 (*Tol 1026964*) señala que la finalidad de la interpretación del testamento es la averiguación de la voluntad real del testador manifestada en el instante del otorgamiento del testamento, sin tomar en consideración los hechos anteriores y posteriores al mismo.

56. En lo que Igartua Salaverría (2021: 410) denomina «jurisprudencia abrogante».

57. Álvarez Álvarez (2016: 1547-1548); Peruga Pérez (2020: 179).

58. *Vid.* García García (2020).

59. SAP de Barcelona, de 4 de febrero de 2002 (*Tol 781095*), referida al art. 44.6 del CCat., que impide al cónyuge supérstite suceder *ab intestato* al causante si a su muerte se hubiera producido una separación de hecho reveladora de la ruptura de la *affectio maritalis*, con independencia de la causa de esa separación, de si existía una tercera persona con la que se había iniciado una nueva relación de convivencia. Lo relevante era si se había producido el cese de la convivencia del matrimonio y si ello suponía una ruptura de su proyecto común.

60. Así, la SAP de Soria, de 14 de septiembre de 2009 (*Tol 1428144*). *Vid.* Cervilla Garzón (2022: 619).

61. *Vid.* Martínez Velencoso (2017: 676) y Alventosa Del Río (2021:71).

62. *Vid.* Tena Piazuelo (2000: 194 ss.).

63. En el mismo sentido, para los derechos a la sucesión testada, Peruga Pérez (2020: 185).

64. Ortuño Muñoz (2013: 21).
65. Carrau Carbonell (2019); asimismo, Delgado Echeverría (2012: 592), para quien «hay indicios vehementes de que un número importante de casados desearía favorecer en sus disposiciones *mortis causa* a su cónyuge más allá de lo que permiten las normas que protegen la legítima de los descendientes [...] No otra cosa indica la frecuencia de las cláusulas que atribuyen al viudo el usufructo universal de los bienes del causante, con opción compensatoria de legítima, y los intentos doctrinales por justificarlos».
66. Pérez Escolar (2003: 91 ss.).
67. *Vid.* Royo Martínez (1951: 181 y 182); y Galicia Aizpurua (2019: 47 ss.).
68. La propuesta no es nueva, según señala Torres García (2006: 222-223), pues ya se reguló en el Proyecto de 1836 de Cambronerio en favor del cónyuge viudo con un fundamento moral frente a los posibles spendios u omisiones del testador y ya no se recoge esta previsión en el Proyecto de 1851.
69. Salvador Coderch (1994: 221).
70. Magariños Blanco (2005: 27 ss.).
71. *Vid.* Delgado Echeverría (2006: 127 ss.); en contra, Torres García (2006: 234).
72. Así Vaquer Aloy (2007: 15); o Magariños Blanco (2005: 29), ya se trate de cónyuge viudo, hijos menores o mayores con discapacidad e incluso los ascendientes mayores que convivan con el fallecido.
73. Pérez Escolar (2007: 1655).
74. *Vid.* Cobas Cobiella (2006: 52).
75. *Vid.* Fernández Campos (2019: 437 ss.).
76. Carrión Olmos (2020: 368).
77. Pérez Escolar (2007: 1668).
78. Delgado Echeverría (2012: 592), cit. lit., *supra*, n. 65.
79. *Vid.* Torres García (2006: 227).
80. *Vid.* Luna Serrano (2014: 6).
81. Asimismo, Sánchez Hernández (2022: 257).
82. Pérez Escolar (2007:1641-1678). Sánchez Hernández (2020); o Delgado Echeverría (2012: 593), para quien «si la legítima de los descendientes se juzga hoy un límite indeseable a disposiciones socialmente bien consideradas a favor del cónyuge, lo mejor sería reducir en general las legítimas de los descendientes para [...] permitir a los cónyuges instituirse en herederos u otorgarse legados según sus deseos».
83. Pérez Escolar (2003: 59 ss.).
84. Así, Pérez Escolar (2007: 1644).
85. Asimismo, Sánchez Hernández (2022: 257).
86. Pérez Escolar (2007: 1646).
87. *Vid.*, en tal sentido, Pérez Escolar (2007:1644 y 1645).
88. *Vid.* De Amunátegui Rodríguez (2014: 143 ss.).

89. Además de restringir el derecho de los posibles legitimarios con discapacidad a elegir su lugar de residencia de forma libre e independiente y acorde con el art. 19 de la Convención de derechos sobre las personas con discapacidad (CDPD), según De Amunátegui Rodríguez (2021: 955).
90. Pérez Escolar (2007: 1657).
91. *Vid.* datos facilitados por el Instituto Nacional de Estadística. Disponible en: <https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176798&menu=ultiDatos&idp=1254735573206>. [Consulta: 20/04/22].
92. Vaquer Aloy (2017: 211-235).
93. Carrión Olmos (2020: 364 ss.).
94. *Ibidem*: 377.
95. STC de 15 de noviembre de 1990 (*Tol 81857*), FJ3, SSTC de 14 de febrero de 1991 (*Tol 80443*), 14 de febrero de 1991 (*Tol 80444*), 14 de febrero 1991 (*Tol 80445*), 14 de febrero 1991 (*Tol 80449*), 14 de febrero 1991 (*Tol 80452*), así como en la STC de 9 de marzo de 1992 (*Tol 80643*).
96. Delgado Echeverría (2009: 8); Cervilla Garzón (2022: 633 ss.).
97. *Vid.*, SSTC de 30 de enero de 2014 (*Tol 4114963*), de 8 de mayo de 2014 (*Tol 4356989*) y de 21 de julio de 2014 (*Tol 4471811*).
98. Carrión Olmos (2020: 378).
99. Asimismo, SSTC de 13 de julio de 1998 (*Tol 85009*), de 12 de junio de 2014 (*Tol 4422358*) o de 10 de junio de 2014 (*Tol 4422359*); y SAP de Valladolid, de 6 noviembre de 2001 (*Tol 14541041*), SAP de Madrid, de 11 de junio de 2007 (*Tol 7421168*) y SAP Granada 2 febrero 2004, (*Tol 2728944*).
100. Pantaleón Prieto (1997: 75).

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar (2016): «Incidencia de las crisis matrimoniales en el Derecho de sucesiones», *Actualidad Civil*, 13, 1525-1554.
- ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina (2021): *Derechos sucesorios del cónyuge y reglamento sucesorio de la unión europea*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- ARCOS VIEIRA, María Luisa (2000): *La desaparición de la «affectio maritalis» como causa de separación y divorcio*, Cizur Menor: Aranzadi.
- BARRIO GALLARDO, Aurelio (2019): «El ocaso de las legítimas largas», en J. P. Murga y C. Hornero (coords.), *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*, Cizur Menor: Aranzadi, 287-314.
- BARRÓN ARNICHES, Paloma (2018): «Ponderación de la desheredación como instrumento al servicio de la libertad de testar. El sistema de legítimas desde la perspectiva de las personas mayores», en A. Vaquer Aloy, M. P. Sánchez González y E. Bosch Capdevila (coords.), *La libertad de testar y sus límites*, Madrid: Marcial Pons, 113-146.
- BERMEJO PUMAR, María M. (2019): «Legítima crediticia», en J. P. Murga y C. Hornero (coords.), *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*, Cizur Menor: Aranzadi, 77-122.
- BLANDINO GARRIDO, María Amalia (2018): «Libertad de testar y condiciones testamentarias», en A. Vaquer Aloy, M.^a P. Sánchez González y E. Bosch Capdevila (coords.), *La libertad de testar y sus límites*, Madrid: Marcial Pons, 267-305.

- BOSCH CAPDEVILA, Esteve (2018): «El cálculo de la legítima de los descendientes en los Derechos civiles españoles», en A. Vaquer Aloy, M.^a P. Sánchez González y E. Bosch Capdevila (coords.), *La libertad de testar y sus límites*, Madrid: Marcial Pons, 147-192.
- BAUMAN, Zygmunt (2022): *Tiempos líquidos*, Barcelona: Tusquets.
- CAÑIZARES LASO, Ana (2001): «Disposiciones testamentaria a favor del cónyuge y divorcio posterior», en A. Salinas de Frías (coord.), *Persona y Estado en el umbral del siglo XXI*, Málaga: Universidad de Málaga, 113-122.
- CARRAU CARBONELL, José María (2019): «Las limitaciones a la libertad de testar y la injusta asignación legitimaria al cónyuge viudo en el siglo XXI: propuesta de soluciones prácticas» [en línea], <<https://idibe.org/tribuna/las-limitaciones-la-libertad-testar-la-injusta-asignacion-legitimaria-al-conyuge-viudo-siglo-xxi-propuesta-soluciones-practicas/>>. [Consulta: 27-10-2022.]
- CARRIÓN OLMOS, Salvador (2020): «Conviviente de hecho y sucesión testamentaria: reflexiones desde la obsolescencia del régimen de legítimas», *Revista Boliviana de Derecho*, 30, 364-391.
- (2022): «Sucesión hereditaria y relaciones de convivencia», en P. M.^a Estellés Peralta (dir.), *Dolencias del Derecho civil de sucesiones. 130 años después de la aprobación del Código Civil español*, Valencia: Tirant lo Blanch, 60-149.
- CERVILLA GARZÓN, María Dolores (2022): «Planteamiento de una reforma de la sucesión intestada», en P. M.^a Estellés Peralta (dir.), *Dolencias del Derecho civil de sucesiones. 130 años después de la aprobación del Código Civil español*, Valencia: Tirant lo Blanch, 613-652.
- COBAS COBIELLA, María Elena (2006): «Hacia un nuevo enfoque de las legítimas», *Revista de Derecho Patrimonial*, 17, 49-65.
- COSIALLS UBACH, Andrés M. (2018): «La partición de la herencia y la libertad de testar», en A. Vaquer Aloy, M. P. Sánchez González y E. Bosch Capdevila (coords.), *La libertad de testar y sus límites*, Madrid: Marcial Pons, 375-408.
- CRESPO ALLUÉ, Fernando (2005a): «Comentarios del nuevo artículo 834 CC» en V. Guilarte Gutiérrez (dir.), *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio, (Ley 15/2005, de 8 de julio)*, Madrid: Lex Nova, 235-256.
- (2005b): «Comentarios del nuevo artículo 945 CC» en V. Guilarte Gutiérrez (dir.), *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio, (Ley 15/2005, de 8 de julio)*, Madrid: Lex Nova, 287-302.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina (2014): «Aspectos controvertidos del legado de habitación previsto por el artículo 822 del Código civil», en A. Domínguez Luelmo y M.^a P. García Rubio (dirs.), *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum Teodora. F. Torres García*, Madrid: Wolters Kluwer, 143-164.
- (2021): «Se da nueva redacción a los párrafos primero y segundo del artículo 822 CC», en C. Guilarte Martín-Calero (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 953-958.
- DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel (2019): «Interpretación de la voluntad del testador cuando se ha producido un cambio de circunstancias», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 95(772), 881-893.
- DE LA IGLESIA PRADOS, Eduardo (2016): «La ineficacia de las disposiciones testamentarias entre cónyuges por crisis matrimonial», en J. Ramos Prieto y C. Hornedo Méndez (coords.), *Derecho y Fiscalidad de las sucesiones "mortis causa" en España: una perspectiva multidisciplinar*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 167-182.
- (2019): «Consecuencias en la libertad de testar y la legítima de la violencia en la pareja», en J. P. Murga y C. Hornero (coords.), *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*, Cizur Menor: Aranzadi, 335-360.
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón (2021): *Derecho Civil IV, Derecho de familia*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús (2006): «Una propuesta de política del derecho en materia de sucesiones por causa de muerte», en Asociación de Profesores de Derecho Civil, *Derecho de Sucesiones. Presente*

y futuro. (XII Jornadas de la, Santander, 9 a 11 de febrero de 2006). Murcia: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 13-172.

- (2009): «¿Qué reformas cabe esperar en el Derecho de Sucesiones del Código Civil? (un ejercicio de prospectiva)», *Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia*, 1, 26-35.
- (2012): «Autonomía privada y Derecho de sucesiones», en L. Prats Alventosa (coord.), *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado: Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Madrid: Wolters Kluwer, 513-640.

DÍAZ MARTÍNEZ, Ana (2010): «La ordenación de la sucesión testamentaria tras la ruptura matrimonial del causante. Contenido del testamento y contiendas judiciales», en A. L. Rebolledo Varela (coord.), *La familia en el Derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Madrid: Dykinson, 181-236.

- (2016): «Artículo 81» en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*, Valencia: Tirant lo Blanch, 187-193.

ESTELLÉS PERALTA, Pilar María (2022a): «La (in)discutible soberanía de la voluntad del testador en la disposición *mortis causa* de su patrimonio», en P. M.^a Estellés Peralta (dir.), *Dolencias del Derecho civil de sucesiones. 130 años después de la aprobación del Código Civil español*, Valencia: Tirant lo Blanch, 150-192.

- (2022b): «La superación del Derecho de sucesiones codificado: reflexiones sobre la conveniencia de una reforma», en P. M.^a Estellés Peralta (dir.), *Dolencias del Derecho civil de sucesiones. 130 años después de la aprobación del Código Civil español*, Valencia: Tirant lo Blanch, 22-59.

FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan A. (2019): «¿El usufructo como legítima del cónyuge viudo?», en J. P. Murga y C. Hornero (coords.), *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*, Cizur Menor: Aranzadi, 437-462.

FERNÁNDEZ ECHEGARAY, Laura (2019): «La libertad de testar del causante como protección sucesoria del cónyuge viudo en el siglo XXI», en J. P. Murga y C. Hornero (coords.), *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*, Cizur Menor: Aranzadi, 491-518.

GALICIA AIZPURUA, Gorka H. (2019): «Institución hereditaria a favor del cónyuge y ulterior divorcio. Comentario a la STS de España Nº 539/2018, de 28 de septiembre (CENDOJ: ROY.STS 3263/2018)», *Revista Boliviana de Derecho*, 28, 498-513.

- (2019): «Las legítimas en la propuesta de reforma de la Asociación de profesores de Derecho civil», en C. Villó Travé (dir.), *Retos y oportunidades del Derecho de sucesiones*, Cizur Menor: Aranzadi, 47-74.
- (2012): «Legítimas y libertad de testar en el País Vasco», en T. F. Torres García (coord.), *Tratado de legítimas*, Barcelona: Atelier, 417-470.

GARCÍA GARCÍA, Juan A. (2020): «Alteración sobrevenida de las cualidades subjetivas del instituido heredero, o del nombrado como legatario, como posible causa de ineficacia del llamamiento sucesorio testamentario en el ámbito registral: Comentario a la doctrina “resistente” de la DGRN posterior a las Sentencias del TS de 26 y 28 de septiembre de 2018», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 51.

GARCÍA RUBIO, María Paz (2021): «Legítimas en el Derecho español. Diversidad, complejidad y retos que planean sobre la legítima del código civil», en V. Barba y L. Pérez Gallardo (coords.), *Los desafíos contemporáneos de la legítima hereditaria*, Santiago de Chile: Olejnik, 23-58.

GARRIDO DE PALMA, Víctor M. (2014): «Un Derecho civil justo», en P. M.^a Estellés Peralta (coord.), *El Derecho en tiempo de crisis*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 71-80.

GIMÉNEZ COSTA, Ana y Cristina VILLÓ TRAVÉ (2018): «Libertad de testar y protección del cónyuge viudo o conviviente supérstite», en A. Vaquer Aloy, M. P. Sánchez González y E. Bosch Capdevila (coords.), *La libertad de testar y sus límites*, Madrid: Marcial Pons, 221-266.

GOMÁ LANZÓN, Ignacio (2019): «¿Tienen sentido las legítimas en el siglo XXI?», en J. P. Murga y C. Hornero (coords.), *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*, Cizur Menor: Aranzadi, 61-76.

GÓMEZ CALLE, Esther (2007): *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento*, Navarra: Thomson Civitas.

GONZÁLEZ ACEBES, Begoña (2012): *La interpretación del testamento*, Valencia: Tirant lo Blanch.

- IGARTUA SALAVERRÍA, Juan (2021): «La motivación del veredicto tergiversada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Teoría y Derecho*, 31, 408-429.
- IMAZ ZUBIAUR, Leire (2012): «Algunas reflexiones en torno a la eficacia de las disposiciones testamentarias ante un cambio sobrevenido de las circunstancias. Incidencia de las crisis de pareja en la atribución sucesoria otorgada con anterioridad», *Revista de Derecho Privado*, 4, 47-79.
- LÓPEZ FRÍAS, María Jesús (2012): «La voluntad hipotética del testador en crisis matrimoniales sobrevenidas: estado legal y jurisprudencial», *Revista Doctrina Aranzadi Mercantil-Civil*, 5(5), 61-81.
- LÓPEZ LÓPEZ María Teresa, Viviana González Hincapié y Antonio Jesús Sánchez Fuentes (2015): *Personas mayores y solidaridad intergeneracional en la familia. El caso español*, Madrid: Cinca.
- LOPEZ MAZA, Sebastián (2013): «Comentario al artículo 945 del Código civil», en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código civil*, Valencia: Tirant lo Blanch, 6878-6906.
- LUNA SERRANO, Agustín (2014): «Unas breves reflexiones para una reforma del derecho sucesorio en el contexto de la realidad actual», en F. Lledó Yagüe, M. P. Ferrer Vanrell y J. A. Torres Lana (dir.), *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, Madrid: Dykinson, 5-10.
- MAGARIÑOS BLANCO, Víctor (2005): «La libertad de testar», *Revista de Derecho Privado*, 89, 3-30.
- MARÍN CONSARNAU, Diana (2018): «La residencia habitual en el reglamento (EU) 650/2012 como manifestación de la libertad de testar: problemas y pautas para su determinación», en A. Vaquer Aloy, M. P. Sánchez González y E. Bosch Capdevila (coords.), *La libertad de testar y sus límites*, Madrid: Marcial Pons, 445-474.
- MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz M.^a (2017): «Aspectos sustantivos del derecho hereditario», en J. Alventosa del Río y M. E. Cobas Cobiella (dirs.), *Derecho de sucesiones*, Valencia: Tirant lo Blanch, 149-725.
- MEDINA PABÓN, Juan Enrique (2021): *Derecho de familia*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María (2002): «Notas sobre la “voluntad del testador”», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 6, 189-190.
- ORTUÑO MUÑOZ, José Pascual (2013): «La mediación en el ámbito familiar», *Revista Jurídica de Castilla y León*, 29, 1-23.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando (1997): «Régimen jurídico civil de las uniones de hecho», en J. M. Martinell y M.^a T. Arecos Piñol (coord.), *Uniones de hecho, XI Jornades Jurídiques*, Lérida: Universitat de Lleida y Departamento de Derecho Privado, 83-94.
- PARRA LUCÁN, M.^a Ángeles (2019): «La actualización del derecho de sucesiones en la jurisprudencia de la Sala 1ª TS», *La Ley Derecho de Familia: Revista Jurídica sobre Familia y Menores*, 22, 10-25.
- (2019): «Las legítimas en la propuesta de Código Civil elaborada por la Asociación de profesores de Derecho civil», en J. P. Murga y C. Hornero (coords.), *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*, Cizur Menor: Aranzadi, 193-212.
- PÉREZ ESCOLAR, Marta (2003): *El cónyuge superviviente en la sucesión intestada*, Madrid: Dykinson.
- (2004): «Sucesión del cónyuge superviviente. Perspectiva histórica del Derecho romano a la época de las Recopilaciones», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 685, 2711-2777.
- (2007): «Sucesión intestada y legítima de cónyuge superviviente en el Código civil español. Revisión de fundamentos y planteamientos de futuro», *Anuario de Derecho Civil*, 4, 1642-1678.
- PERUGA PÉREZ, Enrique (2020): «La relevancia de la *affectio maritalis* en la ineficacia sobrevenida de las disposiciones testamentarias por crisis matrimonial o de convivencia: comentario crítico de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 14/2019, de 21 de febrero. Una propuesta de interpretación del artículo 422-13 del Código Civil de Cataluña», *Revista Catalana de Dret Privat*, 21, 153-193.
- PUYALTO FRANCO, María José (2018): «Libertad de testar y transmisión *mortis causa* de la empresa», en A. Vaquer Aloy, M. P. Sánchez González y E. Bosch Capdevila (coords.), *La libertad de testar y sus límites*, Madrid: Marcial Pons, 409-444.
- ROYO MARTÍNEZ, Miguel (1951): *Derecho sucesorio «mortis causa»*, Sevilla: Edelce.
- SALVADOR CODERCH, Pablo, Marc-Roger LLOVERAS I FERRER, y Joan Carles SEUBA TORREBLANCA (1994): «Amor et Caritas. La pareja de fet en el dret successori català», *Setenes Jornades de Dret*

Català a Tossa. El nou dret successor de Catalunya, Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias, 207-226.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz (2018): «Límites constitucionales a la libertad de testar», en A. Vaquer Aloy, M. P. Sánchez González y E. Bosch Capdevila (coords.), *La libertad de testar y sus límites*, Madrid: Marcial Pons, 7-38.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel (2020): *El usufructo universal viudal y el artículo 820.3 del CC*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.

– (2022): «¿Reforma de la legítima, en particular la del cónyuge viudo ante su mayor longevidad?», en P. M.^a Estellés Peralta (dir.), *Dolencias del Derecho civil de sucesiones. 130 años después de la aprobación del Código Civil español*, Valencia: Tirant lo Blanch, 193-268.

SERRANO DE NICOLÁS, Ángel (2018): «Libertad de testar y planificación testamentaria», en A. Vaquer Aloy, M.^a P. Sánchez González y E. Bosch Capdevila (coords.), *La libertad de testar y sus límites*, Madrid: Marcial Pons, 475-500.

TENA PIAZUELO, Isaac (2000): *La reconciliación de los cónyuges en situaciones de crisis matrimonial*. Madrid: Centro de Estudios Registrales.

TORRES GARCÍA, Teodora F. (2004): «Disposiciones testamentarias y vicisitudes del matrimonio», en T. F. Torres García (coord.), *Estudios de Derecho Civil homenaje al profesor Francisco Javier Serrano García*, Valladolid: Universidad de Valladolid, 9-34.

– (2006): «Legítima, legitimarios y libertad de testar (síntesis de un sistema)», en Asociación de Profesores de Derecho Civil (ed.), *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*. Murcia: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 173-230.

VAQUER ALOY, Antoni (2003): «Testamento, disposiciones a favor del cónyuge y crisis matrimonial», *Anuario de Derecho civil*, 56(1), 67-100.

– (2007): «Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima», *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 3, 1-25.

– (2017): «Las familias reconstituidas y la sucesión a título legal», *Revista de Derecho Civil*, 4(4), 211-235.

ZUBERO QUINTANILLA, Sara (2020): «La voluntad real del testador: ineficacia de disposiciones testamentarias por crisis posterior al otorgamiento del testamento», *Revista de Derecho Privado*, 104, 43-66.

ZURITA MARTÍN, Isabel (2018): «La protección de la libertad de testar de las personas vulnerables», en A. Vaquer Aloy, M.^a P. Sánchez González y E. Bosch Capdevila (coords.), *La libertad de testar y sus límites*, Madrid: Marcial Pons, 83-112.

Fecha de recepción: 26 de abril de 2022.

Fecha de aceptación: 28 de septiembre de 2022.

EL USO DE ALGORITMOS PREDICTIVOS EN EL DERECHO PENAL. A
PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DE LA CORTE DE JUSTICIA DEL DISTRITO
DE LA HAYA (PAÍSES BAJOS) SOBRE SyRI, DE 5 DE FEBRERO DE 2020*

*THE USE OF ALGORITHMS IN CRIMINAL LAW. ON THE JUDGMENT OF THE DISTRICT
COURT OF JUSTICE OF THE HAGUE (THE NETHERLANDS) ON SyRI, OF FEBRUARY 5, 2020*

María Sánchez Vilanova

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho penal
Universitat de València*

RESUMEN

El presente estudio analiza los riesgos del uso de algoritmos predictivos en el Derecho penal, a propósito de la reciente resolución de la Corte de Justicia del Distrito de la Haya (Países Bajos), de 5 de febrero de 2020, que se pronunció sobre el uso de estos algoritmos por parte del Gobierno holandés (concretamente, de la herramienta SyRI) para rastrear posibles fraudes al Estado cometidos por la ciudadanía, estimando que el funcionamiento oculto de este instrumento vulneraba el derecho a la privacidad consagrado por el TEDH. Esta decisión contrasta con la respuesta que los tribunales estadounidenses han ofrecido respecto del uso de herramientas actuariales para la determinación del riesgo de reincidencia en los procesos penales, que se han mostrado proclives a su introducción al entender que no se vulneraría con ellas el derecho al debido proceso. No obstante, como se concluirá, se entiende que, en España, el uso en el proceso penal de herramientas que se sustenten en algoritmos secretos es contrario al derecho a la tutela judicial efectiva.

PALABRAS CLAVE

Algoritmos, privacidad, discriminación, factores de riesgo, sentencia.

ABSTRACT

This paper reflects the risks of using predictive algorithms in criminal law, based on the recent resolution of the District Court of Justice of The Hague (Netherlands), of February 5, 2020, which stated on its use by the Dutch government (specifically, SyRI tool) to trace possible frauds to the State committed by its citizens, considering that the hidden operation of this instrument violates the right to privacy enshrined by the ECHR. This decision contrasts with the response that the US courts have offered regarding the use of these actuarial tools to determine recidivism risk in criminal proceedings, showing a proclivity for their introduction on the understanding that the right to due process would not be violated with them. However, as will be concluded, it is understood that, in Spain, and with the support of the aforementioned resolution, the use in the criminal process of tools that are based on secret algorithms is contrary to the right to effective judicial protection.

KEYWORDS

Algorithms, privacy, discrimination, risk factors, sentence.

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2022.059>

* Este artículo ha sido elaborado en el marco de los Proyectos de investigación «Derecho penal y comportamiento humano» (MICINN-RTI2018-097838-B-100) y «Ciberacoso sexual a menores: perfiles lingüísticos para el desarrollo de herramientas digitales forenses para prevención, detección y priorización en España» (PID2020-117964RB-I00), concedidos por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades de España, y «Sistema penal y exclusión social: un obstáculo para la reinserción de personas privadas de libertad» (GV/2021/047), concedido por la Conselleria de Innovación, Universidades, Ciencia y Sociedad Digital de la Generalitat Valenciana.

EL USO DE ALGORITMOS PREDICTIVOS EN EL DERECHO PENAL. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DE LA CORTE DE JUSTICIA DEL DISTRITO DE LA HAYA (PAÍSES BAJOS) SOBRE SyRI, DE 5 DE FEBRERO DE 2020

María Sánchez Vilanova

Profesora Ayudante Doctora de Derecho penal
Universitat de València

Sumario: 1. Planteamiento: determinando el futuro. 2. Alcance del uso de algoritmos predictivos: análisis de la sentencia de la Corte de Justicia del Distrito de la Haya de 5 de febrero de 2020. 2.1. Supuesto de hecho. 2.2. Resolución de la Corte. 2.2.1. Caracterización de SyRI: *deep learning*, *datamining* y *big data*. 2.2.2. Controversias sobre el modelo de riesgo: algoritmos secretos. 2.2.3. ¿Criminalización de la pobreza? 2.2.4. Valoración: caso *S. & Marper vs. United Kingdom*. 2.2.4.1. Necesidad general en una sociedad democrática. 2.2.4.1. Proporcionalidad y subsidiariedad. 3. Algoritmos predictivos y Derecho penal. 3.1. Apuntes previos: los instrumentos de valoración del riesgo en el proceso penal. 3.2. Constitucionalidad del uso de instrumentos de valoración del riesgo en el proceso penal estadounidense: caso *State vs. Loomis*. 4. Reflexiones críticas: Algoritmos secretos y discriminación en el proceso penal. 5. Valoración final. Notas. Bibliografía.

1. PLANTEAMIENTO: DETERMINANDO EL FUTURO

En los últimos años, el escenario de ciencia ficción sobre la predicción de la delincuencia que muchos auguraban es ya una realidad. Casi 20 años después del estreno del largometraje *Minority Report*¹, dirigido por Steven Spielberg, se va abriendo el camino a un mundo en el que la tasa de criminalidad se reduzca al máximo mediante la utilización de sistemas que predicen la ocurrencia de los delitos poco antes de su comisión. No hay que desconocer, en este sentido, y especialmente en Estados Unidos (en adelante, EE. UU.), que algunos departamentos policiales —por ejemplo, el de la ciudad de Chicago— han implantado este tipo de técnicas, utilizando un algoritmo que, con apoyo en la tecnología del *big data*, facilita la gestión de grandes volúmenes de datos², permite confeccionar una lista de «posibles delincuentes» y actuar en la génesis del problema criminal³.

En realidad, son muchos los usos de estos algoritmos⁴ en nuestra vida diaria: desde los resultados de búsqueda o los anuncios que nos aparecen en línea hasta la determinación de las posibilidades de recibir un préstamo hipotecario o el precio de un seguro de vida. Exede de los propósitos del presente trabajo realizar un análisis de las vicisitudes y características de esta sociedad «algorítmica» ni abordar sus múltiples derivaciones prácticas, que abarcan desde sus usos más comerciales hasta el Proyecto del Genoma Humano; el objetivo de este estudio es más modesto, a saber, reflexionar sobre la relevancia (en cualquier caso, indirecta) de la decisión de un tribunal neerlandés que estimó, en sentencia de 5 de febrero de 2020⁵, que el sistema de análisis utilizado por el gobierno holandés para rastrear posibles fraudes al Estado (conocido por sus siglas SyRI, acrónimo de *Systeem Risicoindicatie/System Risk Indication*), no respetaba la privacidad de la ciudadanía y vulneraba el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH).

Esta sentencia, que se configura como la primera resolución europea limitadora del uso por un gobierno estatal de algoritmos predictivos, es especialmente importante en relación con una de las aplicaciones más controvertidas de los algoritmos: las herramientas actuariales para la determinación del riesgo en el Derecho penal. Si bien somos conscientes de la diferencia de ámbito y ordenamiento, estimamos que esta resolución sobre el uso de las administraciones públicas de algoritmos para las inspecciones tributarias incide en un aspecto esencial ante cualquiera de los potenciales usos de estos: sus posibles efectos discriminatorios, específicamente dentro de un modelo actuarial de penalidad que en España ha sido adoptado de forma relativamente tardía⁶.

Lo cierto es que, en EE. UU., tras la generalización a finales de la década de los años 80 del riesgo como la tecnología estrella en la *New Penology*⁷, desde la reciente promulgación de la *First Step Act*⁸ (legislación que promueve la reforma y modernización del proceso penal), los algoritmos son usados cada vez para adoptar un mayor número de decisiones por las jurisdicciones de todo el país, incluido el Gobierno federal⁹; desde decretar la libertad condicional (*parole*)¹⁰ o la suspensión de la pena (*probation*), hasta la imposición de la pena de muerte en los delitos capitales¹¹ o —cuestión particularmente interesante en el presente estudio— contribuir a la determinación del riesgo de reincidencia de los delincuentes. Sin

llegar a tales extremos, en España, siguiendo la tendencia del sistema jurídico-penal anglosajón, su uso es cada vez más frecuente.

Ahora bien, antes de empezar con el estudio de la sentencia objeto del presente trabajo, conviene responder a una pregunta previa: ¿en qué consisten los nuevos métodos de estimación del riesgo? En puridad, estos métodos se sirven de diferentes herramientas, pues desde su primera configuración estadística ha ido evolucionando a métodos actuariales más puros¹². A grandes rasgos, las herramientas de valoración del riesgo son listas que incorporan factores de riesgo, los cuales, cuando se administran a una persona en concreto, ofrecen como resultado un porcentaje estimativo del riesgo de esta persona en un intervalo temporal determinado conforme a la aplicación de modelos estadísticos y matemáticos¹³. En concreto, los métodos actuariales obtienen esta información de forma automática, mediante un algoritmo que combina de determinada manera los valores numéricos que estas herramientas asignan a cada factor de riesgo. En cualquier caso, estos últimos desarrollos, como precisa Romeo Casabona¹⁴, más que un método distinto, tan solo conforman una nueva herramienta tecnológica que trata «de forma inteligente los algoritmos que sirven de base al procedimiento actuarial».

Por consiguiente, ante la previsible tecnologización progresiva del proceso penal, estas nuevas formas actuariales en la medición del riesgo, que en fases más desarrolladas recurren al uso de la inteligencia artificial¹⁵, podrían llegar a comprometer importantes derechos fundamentales, requiriendo ello la adopción de las garantías penales necesarias al respecto. De hecho, como advierte Miró Llinars¹⁶, este moderno enfoque actuarial aportaría «un sustento metodológico inmejorable» para las vertientes partidarias del endurecimiento del Derecho penal proclives a la subordinación de los principios limitadores del sistema punitivo al control de la delincuencia, y para el consiguiente expansionismo penal¹⁷.

Así pues, se parte del análisis de la sentencia holandesa sobre SyRI de febrero del año 2020¹⁸ para efectuar una aproximación a las limitaciones, específicamente en atención a sus posibles efectos discriminatorios, de la aplicación de herramientas actuariales en el terreno penal, si bien en términos generales y sin profundizar específicamente en una concreta aplicabilidad, pues se reitera que el interés respecto de este pronunciamiento se circunscribe en el presente trabajo a su contraposición con la respuesta que, si bien diferente ámbito, utilidad y territorio, los tribunales estadounidenses han ofrecido en aquellos casos en los que estos instrumentos han sido introducidos propiamente en el terreno judicial para la valoración del riesgo de reincidencia, como, por ejemplo, en el famoso caso *State vs. Loomis*, en el que se permitió el uso de algoritmos secretos en el proceso penal; una respuesta cuestionable a la luz del citado tratamiento de la Corte de Justicia del Distrito de la Haya y, asimismo, de un gran número de especialistas en la materia, los cuales se muestran críticos con estos nuevos métodos, especialmente respecto de su uso en exclusiva, tanto con base en la escasa utilidad predictiva de estos pronósticos¹⁹ como en las preocupaciones éticas que el uso de estos algoritmos suscita²⁰.

En síntesis, como se concluirá, si bien las valoraciones del riesgo de reincidencia son necesarias en muchas etapas del proceso penal²¹, y, especialmente en EE. UU., cada vez

más autores abogan por el uso de herramientas actuariales, pues, según diferentes metaanálisis²², demostrarían una mayor capacidad predictiva que los juicios realizados por especialistas²³, los resultados de estos estudios no son concluyentes, sin olvidar que el marco ético de estos instrumentos no se ha abordado todavía. Por lo tanto, aunque se refuta el rechazo sistemático de estas herramientas, tampoco se apuesta por su adopción acrítica, especialmente porque el uso de estos algoritmos no es neutral. Por el contrario, se defiende un estudio previo y en profundidad de estos nuevos instrumentos del que se deriven las garantías necesarias para facilitar su uso por parte de los tribunales de justicia. Al final, el exponencial desarrollo de las herramientas computacionales²⁴ comporta no meramente cambios cuantitativos, sino también cambios estructurales cuyas implicaciones requieren un riguroso análisis²⁵, desarrollando la regulación adecuada para evitar extralimitaciones en su uso²⁶.

2. ALCANCE DEL USO SEW ALGORITMOS PREDICTIVOS: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE LA CORTE DE JUSTICIA DEL DISTRITO DE LA HAYA (PAÍSES BAJOS), DE 5 DE FEBRERO DE 2020

2.1. SUPUESTO DE HECHO

El Ministerio de Asuntos Sociales y Empleo del Gobierno neerlandés utilizaba, desde el año 2014, la herramienta de valoración del riesgo de fraude fiscal SyRI, que recopilaba datos sobre ingresos, pensiones, deudas o el tipo de domicilio de los contribuyentes, entre muchas otras variables, para calcular, con base en algoritmos, las probabilidades que tenía cada ciudadano de defraudar a la Administración. El *modus operandi* era el siguiente: si alguna agencia gubernamental sospechaba de fraude sobre impuestos o beneficios en un determinado vecindario, podía recurrir a SyRI y así obtener un «informe de riesgos», en el que se indicaban las personas físicas o jurídicas que eran consideradas sospechosas y, por tanto, objeto de investigación²⁷.

Ante esta situación, varios grupos de interés de la sociedad civil, incluida la Sección Holandesa de la Comisión Internacional de Juristas (Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten —NJCM—), o la Confederación de Sindicatos de los Países Bajos (Federatie Nederlandse Vakbeweging —FNV—), además de dos particulares, iniciaron el proceso contra el Estado de los Países Bajos alegando que la aplicación de SyRI por parte del Gobierno suponía una flagrante violación de los derechos humanos. Como expresamente destacaban, el derecho a la privacidad es un derecho fundamental protegido por el derecho internacional —arts. 8 del CEDH y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP)—, vinculantes de conformidad con los arts. 93 y 94 de la Constitución holandesa (6.20), pues las intromisiones gubernamentales en el ejercicio de este derecho solo están permitidas cuando sea necesario en interés de la seguridad nacional, la seguridad pública o el bienestar económico del país (art. 8.2 CEDH).

Concretamente, el derecho a la vida privada, como afirma el TEDH, engloba «el derecho a la autonomía personal, el desarrollo personal y la autodeterminación y el derecho a establecer relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior», constituyendo los principios de dignidad y libertad humana «la esencia misma de la Convención» (6.23)²⁸. Y, como se desprende de su misma jurisprudencia, el derecho a la protección de datos personales deviene fundamental para el respeto de la vida privada²⁹, que en el contexto del procesamiento de datos se articula como el «derecho a la igualdad de trato en casos iguales y al derecho a la protección contra la discriminación, los estereotipos y la estigmatización» (6.24).

Con base en esta doctrina consolidada, se puso en entredicho el cumplimiento de la herramienta SyRI de una serie de principios que tanto la Carta y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) como el Reglamento Europeo de Protección de Datos (General Data Protection Regulation —GDPR-EU—) regulaban: el principio de transparencia³⁰, el principio de limitación de propósito³¹, el principio de minimización de datos³², el principio de precisión³³ y el principio de integridad y confidencialidad³⁴ y el principio de responsabilidad³⁵. Y, como seguidamente se abordará, la Corte interpretó el art. 8, apartado 2, del CEDH sobre la base de estos principios (6.41), analizando si la legislación SyRI cumplía con los requisitos establecidos en el articulado citado.

2.2. RESOLUCIÓN DE LA CORTE

2.2.1. Caracterización del SyRI: *deep learning*, *datamining* y *big data*

Uno de los primeros aspectos que la Corte de Justicia del Distrito de la Haya se detiene a analizar es la caracterización de la herramienta SyRI como un sistema de recopilación de datos personales para fines de investigación. En concreto, se trata de un sistema de seguimiento digital con el que los/as ciudadanos/as se clasifican en perfiles de riesgo y en cuyo contexto el Estado utiliza el «aprendizaje profundo» (*deep learning*: de forma simplificada, en relación con la temática de presente estudio, constituye una forma de automatización del análisis predictivo³⁶) y la minería de datos (*data mining*: proceso automatizado que detecta información de conjuntos grandes de datos, hallando patrones y facilitando la toma de decisiones³⁷) mediante la tecnología *big data*. No obstante, la Corte se hace eco de la controversia existente en torno a la definición exacta del término *big data*, y considera irrelevante para su evaluación adicional si el procesamiento de datos en SyRI debería ser calificado como tal (6.52).

En cualquier caso, en atención al objeto de la investigación que se presenta, lo verdaderamente relevante en este punto es la «Opinión consultiva independiente sobre los efectos de la digitalización en las relaciones constitucionales» que presentó la División Asesora del Consejo de Estado al gabinete³⁸, a la que el Tribunal se refiere en numerosas ocasiones en la caracterización de SyRI, donde se advirtió que el término «autoaprendizaje» que subyace al uso de estos instrumentos es confuso y engañoso, pues un algoritmo, literalmente, «no conoce ni comprende la realidad (6.46)»; una frase, sin lugar a duda, verdaderamente esclarecedora que, ante su uso en los procesos penales, debería tenerse más presente.

2.2.2. Controversias sobre el modelo de riesgo: algoritmos secretos

Al margen de disputas marginales, lo cierto es que el aspecto principal de debate en el presente caso fue la pertinencia del uso de algoritmos secretos. Como la Corte puso de relieve, el Estado no reveló el modelo de riesgo y los indicadores que componían el modelo de riesgo de la herramienta utilizada, pues no proporcionó información objetivamente verificable que permitiera a la ciudadanía evaluar la naturaleza de SyRI; esto es, no mostraba cómo funcionaba el modelo de decisión de este instrumento y qué indicadores podían usarse (6.49). En realidad, el modelo de riesgo que se está utilizando actualmente en esta herramienta y los indicadores de riesgo que lo componen son «secretos», pues el sistema no proporciona información sobre el funcionamiento del mismo, de modo que no es posible conocer el tipo de algoritmos utilizados en SyRI. En igual sentido, tampoco proporcionó información sobre el método de análisis de riesgos aplicado por la Inspección de Asuntos Sociales y Empleo.

Con carácter general, el Estado neerlandés únicamente explicó que este modelo de riesgo se basa en «*i*) indicadores de riesgo, *ii*) enlaces y *iii*) el denominado punto de corte». Y, en función del objetivo de la investigación, según se detalla, a cada indicador de riesgo se le otorgan determinados puntos, con base, entre muchos otros aspectos, en la probabilidad de ocurrencia del indicador de riesgo en cuestión, de modo que «cuanto más improbable sea que ocurra el indicador de riesgo específico, mayor será el puntaje», constituyendo el punto de corte predeterminado un valor umbral (6.89). Asimismo, aunque el Estado defiende la validación de estos modelos de riesgo por la Inspección de Asuntos Sociales y Empleo, lo cierto es que SyRI no permite conocer la validación del modelo de riesgo y la verificación de los indicadores de riesgo (6.89).

En el mismo sentido, se destaca otro aspecto importante, como es que «el modelo de riesgo, los indicadores y los datos que se han procesado concretamente no son públicos ni son conocidos por los interesados», ya que la legislación de SyRI no establece la obligación de informar a las personas de que sus datos han sido procesados por su sistema informático ni existe tampoco la obligación legal de informar a los interesados de que se ha presentado un informe de riesgos al respecto, cuando, como la Corte entiende, el mismo «tiene un efecto significativo en la vida privada de la persona a quien pertenece» (6.65). De hecho, aunque el inicio de un proyecto SyRI se publica en la *Gaceta del Gobierno*, puede conservarse un informe de riesgos en el registro durante dos años sin que el interesado lo sepa (6.60), con los problemas que de ello se derivan.

Por ende, no podría ser verificado el método de generación del conocido popularmente como «árbol de decisión» del sistema —esto es, el modelo de predicción— ni los pasos que lo componen, generando así indefensión respecto de las personas sobre las cuales se presenta el citado informe de riesgos. Igualmente, el requisito de transparencia del procesamiento tampoco se cumple cuando se procesan datos de un sujeto que no dieron como resultado un informe de riesgos, aunque los mismos deban destruirse, en todo caso, cuatro semanas máximo después del análisis (6.90).

2.2.3. ¿Criminalización de la pobreza?

Dicho esto, el uso de SyRI en este contexto comporta otro importante problema: los posibles efectos discriminatorios «no intencionales o de otro tipo», como denunció el relator especial de la ONU sobre pobreza extrema y derechos humanos, que afirmó, literalmente, que el uso de SyRI tiene «un efecto discriminatorio y estigmatizador». Concretamente, Philip Alston, remitió un *amicus curiae*³⁹ a la Corte, objetando que SyRI señalaba a los/as ciudadanos/as con menores rentas, así como a grupos de población de origen inmigrante, concluyendo que esta herramienta representaba una amenaza potencial para los derechos humanos, en particular, «para los más pobres de la sociedad»⁴⁰.

No en vano, como las partes demandantes alegaron y la Corte declaró probado, SyRI se utiliza, especialmente, para investigar a los vecindarios que se conocen como «áreas problemáticas». Y, obviamente, con ello aumentan las posibilidades de descubrir irregularidades en estas concretas áreas en comparación con otros vecindarios, contribuyendo a reforzar los estereotipos y la imagen negativa de estos. Aunque lo cierto es que, como posteriormente se detallará, no se estimó que ello implicase, *per se*, el incumplimiento del art. 8.2 CEDH, reconoció, considerando los datos utilizados, que podía crear enlaces basados en sesgos, como un menor nivel socioeconómico. De hecho, no hay que desconocer que este sistema contempla datos exclusivamente en disposición del Estado para generar el llamado «árbol de decisión».

2.2.4. Valoración: caso *S. & Marper vs. United Kingdom*

En atención a lo expuesto en líneas anteriores, no entiende la Corte que pueda ser posible fundamentar la ilegalidad del uso de esta herramienta, como así lo entendieron las partes demandantes⁴¹, con base en la jurisprudencia del TEDH en asuntos relacionados con la interceptación masiva no dirigida (vigilancia masiva) o la interceptación selectiva de datos en un contexto penal o de seguridad nacional, como, por ejemplo, sucedió en el caso *Sunday Times vs. United Kingdom*⁴², pues esta sentencia, como expresamente afirmó, «no puede considerarse como una guía individual para la evaluación del tribunal» (6.67).

Por el contrario, apuesta, con razón, por otro asunto: el caso *S. & Marper vs. United Kingdom*⁴³, que analizó la legalidad de la Ley Británica de Protección de Datos (1998), y la Base de datos de ADN nacional de Reino Unido, en relación con la retención de huellas digitales, muestras celulares y perfiles de ADN. Pese a reconocer que el contexto fáctico de este caso no es comparable al procedimiento enjuiciado, las consideraciones realizadas por el TEDH en esta controversia sobre protección de datos fueron de carácter más general que las vertidas en el proceso que las partes demandantes alegaron, lo que permite su aplicación aplicadas a la evaluación de la legalidad de la legislación SyRI (6.68).

Concretamente, en el citado caso, el TEDH se pronunció sobre la demanda de dos ciudadanos ingleses (que fueron detenidos, respectivamente, por intento de robo y acoso a su expareja), porque el Estado conservó en su poder sus huellas dactilares y muestras de ADN, una vez fueron absueltos o sus cargos retirados, como ocurrió precisamente con el

segundo de ellos. Siguiendo a González Fuster⁴⁴, este pronunciamiento subrayó especialmente la necesidad de limitar el tratamiento de estos datos, en aras de garantizar «un justo equilibrio entre los intereses públicos y privados en juego», trazando las directrices respecto de la conciliación de las relaciones entre el derecho a la vida privada y los principios de protección de datos personales. El TEDH remarca, en esta línea, que «la legislación nacional debe proporcionar una protección adecuada contra la arbitrariedad e indicar con suficiente claridad el alcance de la discreción conferida a las autoridades competentes y la forma de su ejercicio para cumplir los requisitos de accesibilidad y previsibilidad», especificando, asimismo, que «el nivel de precisión requerido de la legislación interna depende en gran medida del contenido del instrumento en cuestión, el campo para el que está diseñado y el número y el estado de las personas a las que se dirige» (6.69).

Con base en lo anterior, la valoración de la adecuación legal de la interferencia está relacionada, según la Corte, con su necesidad en una sociedad democrática (6.71), por lo que concluye que la legislación SyRI «contiene salvaguardas insuficientes para la conclusión de que es necesaria en una sociedad democrática a la luz de los propósitos de la legislación, como también requiere el art. 8 párrafo 2 CEDH. Como resultado, en su forma actual, esta legislación no pasa la prueba del art. 8 párrafo 2 CEDH y, por lo tanto, es ilegal» (6.72). Asimismo, destacó otro aspecto relevante, como es que, aunque el citado procesamiento de datos consta de dos fases, puesto que, tras la detección por este algoritmo de las personas en concreto, se lleva a cabo la «investigación humana» respecto de cada uno de estos, acerca de si cometió o no un caso de fraude, el Tribunal lo considera insuficiente, precisamente porque «la forma en que se lleva a cabo la selección definitiva del riesgo no es pública» (6.94).

Pues bien, al análisis detallado de estos presupuestos se dedican los epígrafes que siguen.

2.2.4.1. Necesidad general en una sociedad democrática

Como fundamento de su decisión, la Corte de Justicia del Distrito de la Haya parte del análisis de la necesidad de esta herramienta, en interés del bienestar económico del país, en una sociedad democrática. Entiende, en primer lugar, que SyRI tiene un propósito legítimo (6.74), si bien lo que se trata de determinar, en cualquier caso, es la existencia, según la Corte, de una «necesidad social apremiante» que legitime el uso de dicho sistema.

Por otro lado, las partes denunciadas, como líneas antes se destacó, pusieron de relieve la grave interferencia en la vida privada de la ciudadanía que este sistema comportaba, destacando en igual sentido que el Estado no había demostrado la necesidad de la implementación de un instrumento tan invasivo para mantener el sistema de seguridad social, no siendo tampoco efectivos los proyectos en los que se ha implantado el sistema para combatir el fraude (6.75). No obstante, el Tribunal rechaza estos argumentos, al entender que «la legislación SyRI en sí misma busca cumplir un propósito suficientemente convincente para justificar una interferencia con la vida privada», aludiendo a la importancia del fraude en el área de la seguridad social y el bienestar que tiene incluso efectos indirectos en la integridad del sistema económico y la confianza en las instituciones financieras.

Así pues, argumenta que «el daño directo e indirecto del fraude en esta área justifica la conclusión del legislador de que existe una necesidad social apremiante de tomar las medidas previstas por la legislación SyRI en interés del bienestar económico de los Países Bajos» (6.76). En definitiva, concluye la Corte que, en atención a sus fines, se cumple con el requisito de necesidad general del art. 8 del CEDH (6.78). Ahora bien, como seguidamente se analizará, esto no implica que el funcionamiento del instrumento de elección y los procedimientos y garantías asociados creados para su aplicación por el legislador respeten suficientemente la privacidad a la luz de la regulación europea (6.79).

2.2.4.2. Proporcionalidad y subsidiariedad

Tras abordar el requisito de su necesidad, la Corte evaluó, seguidamente, si el instrumento elegido por el Gobierno neerlandés cumplía con los requisitos de proporcionalidad y subsidiariedad de conformidad con el art. 8.2 del CEDH, a la luz de los objetivos perseguidos, valorando el «equilibrio justo» entre los propósitos de la legislación SyRI, esto es, evitar fraudes, y la invasión de la vida privada que causa este sistema (6.80), como se puso de manifiesto asimismo en el *amicus curiae* del Relator Especial de Naciones Unidas anteriormente visto⁴⁵. Y, como concluyó, efectivamente la aplicación de SyRI no alcanzaba el citado equilibrio justo (6.83).

Para justificar su decisión, recuerda la especial responsabilidad del Estado con el uso de toda nueva tecnología, sobre la que advirtió el TEDH en el asunto *S. & Marper vs. United Kingdom* (6.84), pues la recopilación y análisis de datos puede «interferir ampliamente con la vida privada de aquellos a quienes pertenecen los datos», por lo que el legislador tiene una «responsabilidad especial cuando aplica un instrumento como SyRI» (6.85). En atención al principio de transparencia, limitación de propósito y de minimización de datos, sostiene que la legislación SyRI no es lo suficientemente transparente y verificable (6.86). Concretamente, respecto del principio de transparencia (principio fundamental para la protección de datos), se arguye que este sistema no proporciona información sobre los datos objetivos que permitan fundamentar que existe un mayor riesgo, pues tan solo se aporta, a modo ilustrativo, una serie de indicadores que pueden revelar un mayor riesgo, sin explicar, de todos modos, en qué información objetivamente verificable se basan estos ejemplos (6.87-6.88).

Tras el análisis efectuado, se concluye que SyRI «contiene garantías insuficientes para proteger el derecho al respeto de la vida privada en relación con los indicadores de riesgo y el modelo de riesgo utilizados», y que por ello no respeta las exigencias del art. 8.2 del CEDH (6.95), pues no proporciona información sobre el funcionamiento y la validación de los indicadores de riesgo y el modelo de riesgo, con lo que los sujetos no tienen «la certeza suficiente de que su privacidad está protegida cuando se usa SyRI» (6.100).

3. ALGORITMOS PREDICTIVOS Y DERECHO PENAL

3.1. APUNTES PREVIOS: LOS INSTRUMENTOS DE VALORACIÓN DEL RIESGO EN EL PROCESO PENAL

Desde la mitad de la década de los años ochenta del pasado siglo XX, los procedimientos actuariales de valoración del riesgo en el ámbito penitenciario⁴⁶ se han multiplicado, generalizándose su uso en la práctica forense⁴⁷. Como en la introducción se puso de relieve, concretamente las herramientas estructuradas de valoración del riesgo, en contraste con los instrumentos clásicos, estructuran todo el proceso de estimación del riesgo, haciendo depender la probabilidad de que un evento suceda en el futuro de la combinación de diferentes factores que en el pasado ocasionaron su aparición. En concreto, seleccionan muestras de sujetos y observan sus circunstancias y comportamientos para determinar los factores que han estado asociados, en el concreto grupo, a la ocurrencia del fenómeno a predecir, de forma que, cuando se valora el riesgo de reincidencia de un determinado sujeto, se repasa la lista cerrada de factores de riesgo y se asigna a cada uno de ellos un valor numérico en función de si se presenta o no en el individuo en cuestión⁴⁸. Estas cifras se combinan posteriormente a través de un algoritmo estadístico que arroja una determinada puntuación del sujeto, la cual se compara con la escala de evaluación que dicho instrumento contiene, de tal modo que, en función del nivel de la escala en la que se sitúe la calificación del mismo, se le otorga un porcentaje de probabilidad de reincidencia. No obstante, como claramente se advierte, no se está ante una predicción individual para los individuos en concreto, sino que lo que se interpreta son unos valores obtenidos respecto a conjuntos de personas que presentan una serie de factores similares a los de este individuo⁴⁹; y si se tiene en cuenta la variabilidad interindividual inherente a cualquier grupo, los déficits de estas predicciones son más que evidentes⁵⁰, más aún cuando únicamente se toman en consideración factores estáticos.

Estos nuevos métodos, en los que se ha depositado una enorme esperanza, especialmente en el ámbito anglosajón, están empezando a utilizarse no solo en la fase del *pre-trial* para la adopción de medidas cautelares⁵¹, sino también en la fase de determinación de la pena⁵². Conocidas como *evidence-based sentencing* o *smart sentencing*, las valoraciones de riesgo son incorporadas como una de las variables a considerar para establecer aspectos como el tipo o duración de la pena, con el fin de reducir la reincidencia, fin legítimo del Derecho penal con base al cual se justifican. Concretamente, se destaca que estas herramientas permiten superar la «subjetividad» de los juicios intuitivos y personales que realizan los jueces, pues permiten una aproximación rigurosa al riesgo. Ahora bien, aunque estos instrumentos están adquiriendo cada vez mayor popularidad, y han sido incluso incorporados en una de las últimas revisiones del Model Penal Code⁵³, su uso en el proceso ha generado un importante debate doctrinal.

En cualquier caso, lo cierto es que, especialmente en EE. UU., cada vez más autores apuestan por su introducción⁵⁴ debido principalmente a su mayor capacidad predictiva, conforme se ha concluido en diferentes metaanálisis que agrupan los resultados de múltiples estudios que han comparado la precisión de los métodos clínicos y los actuariales en

la predicción de resultados que, no obstante, van desde el diagnóstico de una enfermedad hasta el riesgo de violencia y otros comportamientos delictivos⁵⁵. No en vano, como en el previamente citado metaanálisis se advierte, la precisión de estas predicciones varía según el tipo de predicción, el entorno en el que se recopilan los datos del predictor, el mismo tipo de fórmula estadística utilizada o la cantidad de información disponible. Y, aunque esta investigación concluyó que los métodos actuariales eran «claramente superiores al enfoque clínico», reconoció que esa superioridad era modesta⁵⁶.

De todos modos, cada vez más estudios efectúan comparativas específicas en el terreno judicial entre los métodos clínicos y los actuariales con base en la constatada débil relación entre las predicciones de los jueces y el riesgo real de los casos. A modo meramente ilustrativo, pueden destacarse dos investigaciones publicadas en el año 2017: la del grupo de investigación encabezado por Kleinberg⁵⁷, en la que se concluyó que reemplazar las decisiones judiciales por decisiones algorítmicas podría reducir los delitos previos al juicio en un 25 %, y la de Jung⁵⁸, que, en la misma línea, demostró la superioridad de las predicciones algorítmicas complejas sobre las decisiones de los jueces.

Al margen de lo apuntado, como incluso los partidarios de estas herramientas actuariales reconocen⁵⁹, lo decisivo sería la constatación de la superioridad de los instrumentos puramente actuariales sobre los instrumentos mixtos. Como Skeem y Monahan⁶⁰ ponen de relieve, entre las evaluaciones clínicas no estructuradas y las evaluaciones completamente actuariales encontramos formas de evaluación parcialmente estructuradas que, en el ámbito penal, pueden ser las más idóneas, ya que en la mayoría de metaanálisis específicos realizados no se han encontrados diferencias significativas en cuanto a la predicción entre los juicios profesionales estructurados y los actuariales⁶¹.

Como se infiere de lo expuesto, la discusión sobre cuál es el método de predicción más fiable y con menores tasas de error continúa, y si bien existe acuerdo en que actualmente el método intuitivo está desacreditado (tanto por la falta de fiabilidad y transparencia⁶² como su poca validez predictiva⁶³ o su escaso soporte empírico⁶⁴)⁶⁵ en relación con los demás sistemas, la cuestión es controvertida⁶⁶.

Por razones obvias, no es posible abordar un estudio en profundidad de todas las limitaciones técnicas que se han señalado sobre estos instrumentos de predicción del riesgo —desde la sensibilidad y especificidad al valor predictivo—, si bien, con base en una investigación que aborda de forma minuciosa las limitaciones de estos instrumentos en su aplicación específica en el terreno penal y, particularmente, respecto de su uso en las medidas de seguridad⁶⁷, puede concluirse que todos los métodos de predicción del riesgo de reincidencia, también los más desarrollados, tienen una capacidad predictiva verdaderamente baja cuando son utilizados para predecir la probabilidad de comisión de futuros delitos por parte de individuos concretos, sobre todo porque el valor predictivo positivo⁶⁸, que es el que se necesita para imponer medidas de seguridad, en muchas ocasiones es inferior al mero azar (esto es, inferior al 0,5), sin descontar los amplios márgenes de error. En este sentido, no debería olvidarse que, en la sentencia de la Haya anteriormente analizada, el ministro de Protección Legal de los Países Bajos destacó como aspecto a considerar res-

pecto del uso de SyRI la elevada cifra tanto de los falsos positivos como de falsos negativos del instrumento⁶⁹.

Tal vez por ello, en los últimos años se recurre con mayor frecuencia a estos métodos de juicio clínico estructurado⁷⁰, pues confieren mayor libertad al evaluador para valorar el grado determinado de peligrosidad del individuo, aunque con un grado de fiabilidad y transparencia superior al método clínico puro. Esto es así porque, de forma similar a los instrumentos actuariales, contienen una lista de factores de riesgo a valorar, junto con la regulación de la forma de recogida de la información, sin olvidar que estos instrumentos no registran únicamente información sobre datos estáticos e inmodificables, sino también ítems dinámicos. De hecho, numerosos estudios ponen de relieve que los factores de riesgo dinámicos predicen mejor la reincidencia delictiva de adultos que los estáticos⁷¹, superando a los instrumentos estructurados de evaluación del riesgo y al juicio clínico.

3.2. CONSTITUCIONALIDAD DEL USO DE INSTRUMENTOS DE VALORACIÓN DEL RIESGO EN EL PROCESO PENAL ESTADOUNIDENSE: CASO *STATE VS. LOOMIS*

Todas estas cuestiones pueden ser analizadas, precisamente, al hilo de un caso resuelto por el Tribunal Supremo de Wisconsin (en adelante, TSW) en el año 2016, en el que se examinó la constitucionalidad del uso de valoraciones del riesgo de violencia para determinar la clase y la extensión de la pena en atención al derecho al debido proceso (*due process of law*): el caso *State vs. Loomis*⁷².

El TSW se pronunció respecto del caso de Eric Loomis, acusado de cinco delitos al ser arrestado mientras conducía un vehículo utilizado en un tiroteo previo: dos cargos por posesión de armas de fuego, intento de evasión frente a un agente de tráfico, puesta en peligro de la seguridad pública, y conducción de un vehículo ajeno sin autorización. Loomis, que negó su participación en el tiroteo, reconoció haber conducido el vehículo con posterioridad a los hechos, llegando por ello a un acuerdo con la Fiscalía para aceptar los dos últimos cargos, si bien rechazó el resto de acusaciones.

Ahora bien, lo importante en relación con el objeto del presente estudio es que, al concretar la pena, el tribunal de instancia consideró, entre otros factores, el resultado de la evaluación del acusado mediante una herramienta estructurada de valoración del riesgo de reincidencia (COMPAS), que determinaba que Loomis presentaba un alto riesgo de reincidencia en general, así como de reincidencia violenta, para condenarlo a seis años de prisión, más otros cinco de supervisión postpenitenciaria. Asimismo, excluyó expresamente la suspensión de la condena conforme con tales predicciones. Pero, aunque Loomis solicitó la revisión de la cuantía de la pena basándose, entre otras razones, en la vulneración de su derecho a un debido proceso por la fundamentación de esta condena en el resultado ofrecido por COMPAS, el tribunal desatendió su solicitud, al entender que el resultado proporcionado por esta herramienta únicamente fue considerado por el tribunal de instancia para corroborar las conclusiones a las que llegó con base en el resto de información disponible.

Romeo Casabona⁷³ o Martínez Garay⁷⁴ son algunos de los autores que, sin desconocer la profusa literatura estadounidense⁷⁵, han analizado detenidamente este pronunciamiento en España, primero de una corte suprema estatal que permite el uso de cálculos matemáticos con un algoritmo secreto para determinar una condena criminal⁷⁶ y que, como esta última autora señala, demuestra el dilema que pone en evidencia la utilización de estos métodos entre la incorporación de información rigurosa, según el tribunal, para fijar la condena, y el correcto funcionamiento del sistema judicial, que, para una correcta resolución del caso, debe partir del respeto a los derechos fundamentales del acusado, de modo que, ante su lesión, debería prescindir de las posibles ventajas de estos métodos. No obstante, lo cierto es que la citada sentencia no establece ni tal rechazo ni fija los criterios necesarios para que estas valoraciones puedan ser introducidas con respeto a los derechos fundamentales de los acusados⁷⁷.

Con todo, aunque el TSW rechazó todos los motivos del recurso y se mostró partidario de la introducción de estos instrumentos, resulta especialmente significativo el análisis que el citado tribunal efectúa sobre los problemas que la literatura científica ha destacado en relación con el uso de estas herramientas de valoración del riesgo, afirmando que estos instrumentos no pueden ser utilizados, en exclusiva, para determinar la severidad de la sentencia o para decidir el encarcelamiento de las personas. Concretamente, reconoció que la herramienta estructurada que valoró el riesgo de reincidencia y las necesidades criminógenas del sujeto, COMPAS, que estimaba que Loomis presentaba un riesgo alto tanto de reincidencia en general como de reincidencia violenta, no desvelaba cómo funcionaba el algoritmo que calcula tales niveles de riesgo. Sin embargo, el TSW rechazó el recurso al aportar la empresa propietaria de COMPAS información respecto de la herramienta, considerando que extremos tales como el funcionamiento del algoritmo, es decir, la forma de medición, ponderación y combinación de las diferentes variables contempladas en el instrumento, quedaba dentro del secreto de empresa, imprescindible en el negocio. Así pues, se acogió al precedente establecido en el caso *Gardner vs. Florida*⁷⁸ para afirmar que los acusados no tienen un derecho al conocimiento detallado de la información contenida en su informe de investigación («derecho a la explicación»), sino tan solo un «derecho a la información»⁷⁹.

Por ello, aunque Loomis no pudo conocer el preciso funcionamiento del algoritmo, sí tuvo acceso tanto a los resultados como a la información con la que estos se calcularon, que refiere a los datos objetivos sobre su historial, de modo que el TSW entendió que no se había vulnerado su derecho, como acusado, a ser condenado sobre la base de información fiable y exacta solamente por no tuvo acceso a la explicación concreta sobre el tratamiento informático de los citados algoritmos⁸⁰. Desafortunadamente, como apunta Romeo Casabona⁸¹, aunque se solicitó la revisión del caso al Tribunal Supremo de EE. UU., este denegó su admisión⁸², por lo que se impidió la valoración por parte de la Corte Suprema del país de la legitimidad del uso de estas herramientas actuariales como soporte de una condena penal y la posible violación del derecho al debido proceso que el uso de un instrumento de evaluación de riesgos cuyo algoritmo se desconoce podría comportar.

4. REFLEXIONES CRÍTICAS: ALGORITMOS SECRETOS Y DISCRIMINACIÓN EN EL PROCESO PENAL

La decisión del TSW en el caso *State vs. Loomis* antes vista ha sido fuertemente cuestionada⁸³, pues supone la aceptación de que las sentencias puedan basarse, en parte, en valoraciones de riesgo realizadas mediante el uso de herramienta desarrolladas por empresas privadas que no revelan el funcionamiento de los algoritmos en los que basan sus resultados. En esta línea, Martínez Garay⁸⁴ entiende que los tribunales no deberían admitir valoraciones de riesgo con base en algoritmos secretos, pues, conforme con la Constitución española (en adelante, CE), el alcance de la tutela judicial efectiva (art. 24.2 CE) se extiende al poder de cuestionar no solo los resultados, sino también el diseño y funcionamiento de estas herramientas. De hecho, en una investigación encabezada por Eckhouse⁸⁵ se objetó precisamente este extremo, al entender que tanto jueces como acusados tendrían el derecho de examinar estos algoritmos y evaluar su equidad, como también opina Carlson⁸⁶, autora que sostiene que el uso de este tipo de herramientas en la justicia penal debería sujetarse «a los mismos requisitos de transparencia que otras agencias gubernamentales» y no proteger en exclusiva los intereses comerciales de las empresas privadas, pues estos deberían ser objeto de verificación y discusión⁸⁷. Con respecto a este último punto, conviene recordar que, al margen de las herramientas comercializadas por empresas privadas, también existen instrumentos públicos o de acceso gratuito, y que no existe en ningún caso evidencia científica de que el rendimiento de las herramientas privadas sea mejor que el de las públicas⁸⁸.

Pues bien, precisamente con la reciente sentencia de la Corte de Justicia del Distrito de la Haya de 5 de febrero de 2020, la negativa a la introducción de los algoritmos secretos en la justicia se refuerza, ya que, sin desconocer nuevamente su diferente ámbito administrativo y territorial, a diferencia de la resolución del TSW, el tribunal neerlandés entiende que la herramienta de predicción actuarial en concreto utilizada (SyRI) contenía garantías insuficientes para proteger el derecho a la privacidad, dado que no proporcionaba información sobre el funcionamiento y la validación de los indicadores y el modelo de riesgo. En este sentido, no hay que desconocer que, con carácter general, y en atención a la insuficiente protección existente en la actualidad, en el terreno administrativo y, específicamente, en materia de protección de datos, encontramos propuestas como la de Boix Palop⁸⁹, que aboga por la consideración por parte de nuestro Derecho como reglamentos de los algoritmos y programas utilizados por la Administración para adoptar decisiones administrativas (o que sean apoyo de estas), derivándose de dicha consideración todas las garantías tradicionales que nuestro ordenamiento establece para las normas reglamentarias, previsión que comporta, entre otros aspectos, la necesidad de que estos algoritmos estén debidamente publicados⁹⁰, pues cualquier ciudadano/a tiene que poder revisar los códigos fuentes de estos instrumentos en su integridad⁹¹. Y esta exigencia, como se concluirá, es de capital importancia para detectar posibles errores o discriminaciones, entre muchos otros aspectos técnicos que estos programas pueden comportar. Una exigencia que, cuando se trata de su uso para fundamentar resoluciones en el proceso penal, resulta si cabe más pertinente.

Efectivamente, el reconocimiento de que los sistemas automatizados no están libres de sesgos ha sido ampliamente analizado, especialmente en atención a la discriminación

racista y sexista⁹². No obstante, en la sentencia del TSW en el caso *State vs. Loomis*, pese a reconocer y citarse en la misma sentencia diferentes estudios que cuestionaban los efectos discriminatorios del instrumento utilizado (al que no se tiene acceso) respecto a las minorías, se aceptó su introducción. Se trata de una decisión incomprensible, dado que, como previamente se ha apuntado, existen también herramientas de valoración del riesgo públicas, por las que han optado otras jurisdicciones, que permiten el acceso a la citada información. No hay que desconocer que las empresas privadas suelen entorpecer los esfuerzos para examinar los algoritmos que emplean, evitando con ello la reducción de los sesgos que, más que manipulados intencionalmente, en la mayoría de ocasiones reproducen los prejuicios inconscientes de la sociedad actual. Como algunos autores destacan, los resultados discriminatorios son, casi siempre, «una propiedad emergente no intencional del uso del algoritmo en lugar de una elección consciente por parte de sus programadores»⁹³. Y, precisamente en atención al caso resuelto por el TSW, se ha destacado que la herramienta COMPAS tendría como falsos positivos el doble de acusados negros que de blancos⁹⁴.

Más preocupante aún es que, como se concluirá, los algoritmos, incluso los neutros, pueden incrementar la discriminación. Como sostienen Hannah-Moffat y Struthers Montford⁹⁵, se ha demostrado que, en la «confección» de la «población criminal» la discriminación racial, junto con la socioeconómica, es determinante, y que estos instrumentos pueden potenciar estos sesgos⁹⁶. De forma meramente ilustrativa, para ser conscientes del alcance de lo enunciado, conviene recordar un anuncio de Naciones Unidas⁹⁷ que ponía de relieve que, mediante el uso de la función de autocompletar de Google, que utiliza búsquedas previas de otros usuarios para ayudar a predecir lo que estás buscando, se reflejaba el propio sesgo sexista de la sociedad; se trata de un claro ejemplo de cómo un algoritmo neutral produce resultados sexistas, simplemente porque «responde a los aportes de personas sexistas»⁹⁸.

No en balde, como en el punto central del presente estudio hemos tenido ocasión de examinar al abordar la respuesta de la Corte de Justicia del Distrito de la Haya en el caso SyRI, el relator especial de la ONU sobre pobreza extrema y derechos humanos no tuvo reparos en afirmar que el uso de SyRI tenía «un efecto discriminatorio y estigmatizador». El problema se acentúa si pensamos, como advierte Martínez Garay⁹⁹, que con carácter general se afirma que la información que proporcionan las herramientas estructuradas de valoración del riesgo es objetiva —y, por lo tanto, más fiable que las valoraciones personales que efectúan los jueces— presenta múltiples prejuicios inconscientes. Ello omite que, en cualquier caso, los algoritmos, al final, solamente reflejan los datos que incorporan estas técnicas, de modo que, si estas reúnen sesgos, el instrumento los reproducirá y, como se acaba de apuntar, hasta puede aumentarlos. De hecho, en EE. UU. se denuncia, de forma constante, que la valoración estructurada de este riesgo incrementa la sobrerrepresentación de las minorías en el sistema penitenciario.

Para terminar, conviene apuntar, con carácter general, que cada vez más autores reclaman la necesidad de una regulación pública que evite tales desigualdades¹⁰⁰. Además, como destaca Boix Palop¹⁰¹, las exigencias a los poderes públicos deberían ser más estrictas que las requeridas en las relaciones privadas, dado que los/as ciudadanos/as están sujetos al

cumplimiento de sus decisiones, por lo que la normativa reguladora de los concretos usos de estos algoritmos en la adopción de decisiones debería ser más garantista que la derivada de las normas de protección de datos (utilizadas, como vimos, por la Corte de Justicia del Distrito de la Haya en el caso SyRI) que, como sostiene el autor antecitado, únicamente se refiere a una de las cuestiones implicadas en el uso de la inteligencia artificial.

5. VALORACIÓN FINAL

El recurso por parte del sistema penal a las nuevas herramientas de valoración del riesgo se inserta en una dinámica en la que, en línea con la corriente expansiva del Derecho penal y la creciente cientifización de la vigilancia, estos nuevos medios tecnológicos, que se basan en algoritmos predictivos, son implementados en cada vez más sectores de la vida social, con los problemas, especialmente éticos, que de su uso se derivan, pues ni su funcionamiento ni la responsabilidad en su empleo se ha analizado de forma detenida por parte de los operados jurídicos.

Como hemos tenido ocasión de comprobar, en febrero del año 2020 la Corte de Justicia del Distrito de la Haya se pronunció por primera vez sobre el uso por parte del Gobierno neerlandés de una de estas herramientas, que usaban algoritmos predictivos para rastrear posibles fraudes al Estado, entendiéndose que su apuesta por un algoritmo oculto no respetaba la privacidad de la ciudadanía y que, por tanto, vulneraba el art. 8.2 del CEDH¹⁰². Esta resolución se contrapone con la cuestionable respuesta que, desde EE. UU., se ofreció respecto de su uso concretamente en el proceso penal¹⁰³ en la resolución del TSW en el caso *State vs. Loomis*, pues se aceptó la introducción de una herramienta actuarial pese a no disponer información exacta al ciudadano en cuestión de su funcionamiento.

Sin lugar a dudas, uno de los usos más controvertidos de los algoritmos son las herramientas actuariales para la determinación del riesgo de reincidencia en el Derecho penal, especialmente en atención al respeto de los principios y garantías que deben informar el proceso penal. La polémica que envuelve a este concepto es incesante, posiblemente porque la predicción del comportamiento futuro, al igual que el mismo concepto de ciencia, no responde a certezas, sino a grados de probabilidad. Con respecto a su uso concreto en la adopción de medidas de seguridad, autores como Romeo Casabona¹⁰⁴ destacan que, a pesar de las limitaciones de los métodos clásicos¹⁰⁵, estas nuevas herramientas se configuran como una fuente «despersonalizada» e incompatible con los principios que imperan en nuestro ordenamiento jurídico. Por el contrario, sus defensores argumentan que, finalmente, estos instrumentos solamente muestran los sesgos grupales en los que también los jueces se basan al tomar sus decisiones, pues se sustentan en suposiciones sobre el tipo de persona que es el delincuente¹⁰⁶. En cualquier caso, si bien los defensores de estos métodos señalan sus ventajas cuando se trata de grandes casos, reconocen las limitaciones de los mismos respecto de su uso en el proceso penal, pues ofrecen muy poca información sobre los individuos reales evaluados¹⁰⁷. Sin olvidar, en igual sentido, que estas estimaciones de pro-

babilidad específicas lo son dentro de un corto período de tiempo (por ejemplo, uno o dos años), con las dificultades que ello comporta para su implementación en el proceso penal.

Esto no significa que deba renunciarse a toda pretensión de objetividad; es más, se apuesta por la introducción de los procedimientos actuariales como uno de los criterios a valorar de forma complementaria por los jueces, junto con los informes individuales realizados por profesionales especializados, como psiquiatras o criminólogos, que evalúan la personalidad y el entorno social del delincuente¹⁰⁸. No obstante, en la actualidad no parece conveniente, en línea con lo que sostienen Martínez Garay o Romeo Casabona¹⁰⁹, la introducción con carácter general de procedimientos de evaluación del riesgo en exclusiva para determinar estos pronósticos, rechazando especialmente aquellos que se sirven de algoritmos actuariales o automatizados ocultos¹¹⁰. En contraste, debería reflexionarse sobre la equidad y riesgos en la introducción de estas nuevas herramientas en el sistema de justicia penal, confeccionando el marco legal adecuado para la introducción de unos modelos que, de todos modos, requieren del juicio humano en su interpretación¹¹¹. El problema que quedaría por resolver, como ya ha podido comprobarse en EE. UU., es la influencia que estas herramientas estructuradas de valoración del riesgo, pese a ser complementarias, podrían tener en los jueces; especialmente cuando determinan puntajes altos de reincidencia y centran su la atención en estos instrumentos más que en otros factores¹¹².

De hecho, al margen de las múltiples objeciones técnicas de estos instrumentos, inclusive aquellos autores que en EE. UU. defienden su uso en el proceso penal con base en la peligrosa idea de su rentabilidad para con la protección de la sociedad¹¹³, entienden que estas herramientas deberían someterse a aquellos controles necesarios para garantizar el respeto de los derechos fundamentales de la ciudadanía. En este sentido, sería conveniente, como Romeo Casabona¹¹⁴ pone de relieve, que para su uso por parte del sistema judicial estas herramientas fueran sometidas a la supervisión y homologación por agencias independientes colaboradoras con la Administración de Justicia. A tal efecto, autores como Carlson¹¹⁵ proponen que, en lugar de confiar en el sector comercial privado, los gobiernos deberían desarrollar sus propios instrumentos actuariales y algorítmicos¹¹⁶.

Al final, la elección del algoritmo más adecuado para una concreta aplicación depende de muchos factores: desde el número de elementos que se ordenan hasta la medida en que estos están clasificados. Y, para ello, como en la sentencia neerlandesa analizada en este estudio, se afirma, se requiere el conocimiento de su concreto funcionamiento por parte de la ciudadanía junto con la validación de los indicadores y el modelo de riesgo. Esto es más importante, si cabe, en el proceso penal, de modo que, en España, los tribunales no deberían admitir valoraciones de riesgo hechas con algoritmos secretos si quieren respetarse las garantías del proceso penal vinculadas a nuestro Estado de Derecho, pues, como previamente se ha destacado, con su introducción se atentaría al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.2 CE). Asimismo, no cabe desconocer la colisión con el derecho a la intimidad, consagrado en el art. 18 de la CE, que autores como Miró Llinares¹¹⁷ analizan en profundidad respecto del tratamiento automatizado de datos personales por los sistemas judiciales.

En definitiva, en la pretensión de la consecución de un conocimiento neutral y objetivo, libre de los sesgos subjetivos del especialista, se desconoce que los algoritmos predictivos nunca son neutrales, pues incorporan, como se ha tenido ocasión de comprobar, una importante carga de valor, con el riesgo de perpetuar tratamientos discriminatorios. Estos aspectos deberán ser tenidos en cuenta a la hora de elaborar el marco normativo que garantice la compatibilidad del uso de estos nuevos instrumentos con los derechos y libertades reconocidos a la ciudadanía. Ello requiere, asimismo, que estas herramientas partan de una regulación ética, pues, como declaró la Corte de Justicia del Distrito de la Haya respecto de la herramienta SyRI, su recurso puede estar justificado en el Derecho penal en atención al fin legítimo pretendido, como es en este caso la reducción de la reincidencia.

La sociedad no puede poner obstáculos al avance tecnológico, pues estas herramientas están demostrando su utilidad cada vez en más sectores para dar respuesta a problemas complejos en los que intervienen múltiples variables, entre ellos la Administración de Justicia¹⁸. Ahora bien, deviene imprescindible reflexionar sobre los diferentes usos de estas herramientas junto con sus potenciales problemas derivados, lo que exige un estándar normativo que tenga en cuenta no únicamente los intereses de la comunidad, sino también los derechos y libertades de los particulares afectados, vinculados al mantenimiento de un Estado social y democrático de Derecho.

NOTAS

1. Para más información, especialmente jurídica, consúltese Martínez Garay (2014: 579-606).
2. Sagiroglu y Sinanc (2013: 42-47).
3. Cabe destacar, en este sentido, un interesante documental que analiza, de forma cercana, estos sistemas de vigilancia predictiva, los cuales no solamente han llegado a implementarse en ciudades estadounidenses, sino también en metrópolis europeas, entre ellas Londres o Munich. Al respecto, Hielscher y Heeder (2017).
4. Se estima imprescindible aclarar el significado de un concepto que, pese a su frecuente uso, en ocasiones se desconoce de forma precisa. Los algoritmos pueden ser definidos, de forma sencilla, como una secuencia de pasos de cálculo que transforman entradas (*input*) en salidas (*output*). Este procedimiento computacional toma un valor o conjunto de valores como entrada, y produce un valor o conjunto de valores como salida. Así pues, los algoritmos no serían más que «una herramienta para resolver un problema computacional bien especificado»; el conjunto de sencillas instrucciones a seguir para resolver un problema concreto, analizando conjuntos de datos para identificar tendencias y crear predicciones. Cormen, Leiserson, Rivest y Stein (2009: 10).
5. C/09/550982/HA ZA 18-388. Disponible en: <<https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2020:1878>>.
6. Brandariz García (2016: 27).
7. Castro Liñares (2019: 79). Para un estudio en profundidad, *vid.* Feeley y Simon (1992: 449).
8. H.R.5682 - FIRST STEP Act 115th Congress (2017-2018). Disponible en: <<https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/5682>>.

9. Christin, Rosenblat y Boyd (2015); y Goel, Shroff, Skeem y Slobogin (2018).
10. No en vano, como indica Castro Liñares, los instrumentos de valoración y gestión del riesgo surgieron con la implementación de esta institución. Castro Liñares (2019: 63).
11. Martínez Garay (2018: 488)
12. Romeo Casabona (2018: 42-54)
13. Esto se explica porque parten de la base de que la conducta humana es comprensible a través de la causalidad, de cuyo curso pueden extraerse predicciones sobre la conducta humana en el futuro.
14. Romeo Casabona (2018: 47).
15. Miró Llinares (2018). En este trabajo se analizan, de forma minuciosa, las implicaciones del uso de sistemas de inteligencia artificial en la justicia penal, abordando en qué consisten exactamente los mismos y sus usos en relación con la justicia criminal. Asimismo, es de particular interés en el presente estudio su examen de COMPAS, herramienta automatizada de valoración del riesgo que, como habrá ocasión de comprobar en el tercer epígrafe, está siendo utilizada por los tribunales estadounidenses. Efectúa, asimismo, un interesante análisis de los problemas generados por el progresivo uso de estas herramientas automatizadas Nieva Fenoll (2018: 23).
16. Miró Llinares (2018: 41 ss.).
17. Simon (1998: 455).
18. Para una interesante lectura de esta sentencia, que pone al descubierto las deficiencias que conforme a la misma se estarían produciendo en el sector público valenciano, consúltese Cotino Hueso (2020). Por otro lado, para un análisis focalizado en sus implicaciones en relación con la privacidad, y los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad, Lazcoz Moratinos y Castillo Parrilla (2020).
19. Así lo estima, por ejemplo, Andrés-Pueyo (2013: 483 ss.).
20. Angwin, Larson, Mattu y Kirchner (2016); Barabas, Dinakar, Ito, Virza y Zittrain (2018); y Martin (2019: 835-850).
21. Un repaso a las notas que caracterizan la introducción de estas herramientas en el proceso penal, en Brandariz García (2016: 93-110).
22. Ægisdóttir, White, Spengler, Maugherman, Anderson, Cook, Nichols, Lampro-poulos, Walker, Cohen y Rush (2006: 341-382).
23. Goel, Shroff, Skeem y Slobogin (2019: 2); y Ægisdóttir, White, Spengler, Maugherman, Anderson, Cook, Nichols, Lampro-poulos, Walker, Cohen y Rush (2006: 341-382).
24. Tegmark (2017: 61-71).
25. No obstante, algunos autores, como Castro Liñares (2019: 91-92), específicamente respecto de su aplicación en el terreno penal, entienden que comportarían una «revolución formal» más que un cambio en sentido material.
26. Un resumen de los avances en el marco regulatorio actual de los usos de la inteligencia artificial en: Boix Palop (2020: 226 ss.). Interesa destacar, en relación con las iniciativas estatales, la prohibición en el Derecho público alemán —si bien en su Ley de procedimiento administrativo (§35VwVfG)— del

recurso a algoritmos para la adopción de decisiones que afecten a los derechos de los/as ciudadanos/as con contenido discrecional.

27. Concretamente, fueron cinco las ciudades que solicitaron el uso de esta tecnología: Róterdam, Eindhoven, Haarlem y Capelle aan den IJssel. Se puede ver de forma ilustrativa el funcionamiento de este sistema, con base en el caso de Haarlem. Disponible en: <<https://algorithmwatch.org/en/story/high-risk-citizens/>>.

28. Al respecto, consultar, entre otras: ECtHR 27 octubre 1995, no. 20190/92 (*C.R. vs. the United Kingdom*), para. 42 y ECtHR 29 abril 2002, no. 2346/02 (*Pretty vs. the United Kingdom*), para. 65.

29. ECtHR 4 diciembre 2008, nos. 30562/04 y 30566/04 (*S. and Marper vs. the United Kingdom*), para. 66.

30. El principio de transparencia exige «la accesibilidad de la información y el fácil entendimiento de esta, comunicación y lenguaje claro, y provisión de información al interesado sobre la identidad del controlador y los propósitos del procesamiento de datos. Además, requiere el suministro de información adicional de manera activa para garantizar un procesamiento de datos sólido y transparente, siendo las personas físicas conscientes de los riesgos, reglas, salvaguardas y derechos en relación con el procesamiento de datos personales y también de cómo pueden ejercer sus derechos con respecto al procesamiento» (6.31).

31. El principio de limitación de propósito alude a que «los datos personales deben ser recopilados para fines específicos, explícitos y legítimos y no procesarse de forma posterior de un modo incompatible con dichos fines» (6.32).

32. El principio de minimización de datos requiere que «los datos personales sean adecuados, relevantes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que se procesan». Además, el tiempo de conservación de estos datos personales no debe exceder del tiempo necesario para el propósito para el que se procesan los mismos (6.33).

33. De acuerdo con el principio de precisión «han de tomarse todas las medidas razonables para garantizar que los datos personales que sean inexactos, con base en los fines para los que se procesan, sean borrados o modificados sin demora» (6.34).

34. El principio de integridad y confidencialidad exige el «procesamiento de los datos personales mediante técnicas que garanticen su seguridad» (6.34).

35. Refiere a la obligación de cumplimiento con los principios anteriores (6.34).

36. Skansi (2018).

37. Han, Pei y Kamber (2011).

38. *Parliamentary Papers II* 2017/18, 26643, 557.

39. Alston (2019). Disponible en: <<https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Poverty/Amicusfinalversionsigned.pdf>>.

40. *Ibidem*: 12.

41. Las partes demandantes argumentaron su postura conforme con las declaraciones del TEDH en el citado caso, entendiendo que la base legal de este sistema debería ser lo suficientemente clara como para permitir que un individuo regule su conducta en consecuencia.

42. STEDH, n.º 6538/74, 26.04.1979. En este famoso proceso, conocido como «caso de la talidomida», el TEDH confirmó que la prohibición de la publicación de un artículo del periódico *Sunday Times*, a petición de la sociedad farmacéutica británica Dsitillers, violaba el art. 10 del CEDH, pues la interferencia no correspondía a intereses públicos. Concretamente, en este artículo se cuestionaban los acuerdos que se estaban negociando entre los padres y la farmacéutica respecto de las malformaciones neonatales sufridas por la ingesta durante el embarazo de un medicamento con efectos sedantes que contenía talidomida. Esto es, el Tribunal estimó que dicha interferencia no cumplía con el estándar de necesidad en una sociedad democrática, dado que la misma «no correspondía con una necesidad social lo suficientemente urgente para pesar más que el interés público de libertad de expresión dentro del significado de la Convención».

43. STEDH, n.º 30562/04 y 30566/04, 04.12.2008.

44. González Fuster (2009: 620).

45. Alston (2019: 10).

46. Para un conciso análisis de estas herramientas, Castro Liñares (2019: 105-253).

47. Martínez Garay (2018: 488).

48. Dix (1975: 327-344).

49. Los problemas de estos instrumentos en su aplicación al terreno judicial han sido puestos de manifiesto desde hace décadas por Vives Antón (1974: 410 ss.).

50. De hecho, como subraya Martínez Garay (2014:16-17), en Alemania la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia del BGH consideran que este tipo de predicciones no pueden ser nunca suficientes para decidir sobre la peligrosidad del sujeto, siendo necesario un estudio completo e individualizado del individuo en cuestión. No en balde, como destacó el Parlamento Europeo en el año 2017, si bien respecto de la utilización de modelos de actuación policial predictiva es radicalmente distinto, la realización de predicciones probabilísticas sobre lugares o acontecimientos, de la perfilación individual o predicción que se efectúa sobre individuos particulares (Miró Llinares, 2018: 128).

51. Solar Cayón (2020a:130).

52. Martínez Garay (2018:488).

53. Tras su última revisión, se establece que las *Sentencing Commissions* «deben» desarrollar instrumentos de valoración de riesgos y de necesidades criminógenas, y que cuando estos demuestren ser suficientemente fiables, «pueden» incorporarlos en las *sentencing guidelines* (Martínez Garay, 2018: 489).

54. Goel, Shroff, Skeem y Slobogin (2018: 2); y Hogan-Doran (2017: 1-39).

55. Ægisdóttir, White, Spengler, Maugherman, Anderson, Cook, Nichols, Lampro-poulos, Walker, Cohen y Rush (2006: 341-382).

56. Goel, Shroff, Skeem y Slobogin (2018: 2 ss.).

57. Kleinberg, Lakkaraju, Leskovec, Ludwig y Mullainathan (2017).

58. Jung, Concannon, Shroff, Goel y Goldstein (2017).

59. Goel, Shroff, Skeem y Slobogin (2018: 3).

60. Skeem y Monahan (2011: 38-42).

61. Campbell, French y Gendreau (2009: 329-353).
62. Andrés Pueyo y Redondo Illescas (2007: 167).
63. Singh, Grann y Fazel (2011: 501).
64. Por ello, Slobogin (2006: 296) entiende que solamente deberían admitirse los métodos actuariales o de juicio clínico estructurado con base en los protocolos que se siguen. De hecho, según este autor, solamente si el propio acusado consiente en presentar un juicio clínico para acreditar una baja peligrosidad se podría permitir a la acusación su uso para probar lo contrario. Objetan también las limitaciones de los métodos no estructurados Harcourt (2005); y Skeem y Monahan (2011: 39).
65. Interesa destacar en este punto la crítica de Monahan (1995: 32) a los cuatro puntos ciegos de estos instrumentos clínicos: la falta de especificidad al definir el criterio utilizado, la falta de base estadística, la dependencia de correlaciones falsas o una inadecuada valoración de los factores situacionales ambientales.
66. Skeem y Monahan (2011: 39 ss.). De hecho, Martínez Garay (2014: 18) se hace eco de cómo Fazel, Sing, Doll y Grann (2012: 5) concluyeron en su metaanálisis que los instrumentos actuariales no predecían mejor este riesgo que los métodos de juicio clínico estructurado, en contraste con lo que habían afirmado algunos estudios anteriores.
67. Martínez Garay (2014: 1 ss.).
68. El cual nos dice con qué probabilidad, cuando consideramos peligroso a un sujeto, su comportamiento posterior confirmará la predicción.
69. Documentos parlamentarios II, 2019/20, 26643, 641.
70. Asimismo, conviene apuntar, siguiendo a Martínez Garay (2014: 17), que métodos que, en principio, son usados para realizar juicios clínicos estructurados, como es el PCL-R, pueden ser utilizados de forma actuarial, asignando a los ítems puntuaciones numéricas (0/1/2) y usando la puntuación global obtenida por el sujeto para estimar directamente su peligrosidad. Concretamente, el PCL-R proporciona una puntuación general de psicopatía y puntuaciones en dos factores específicos (Interpersonal/Afectivo y Desviación social), los cuales se dividen a la vez en cuatro facetas (Interpersonal, Afectiva, Estilo de vida, Antisocial).
71. Andrews y Bonta (2006); Gendreau, Little y Goggin (1996: 575-607); Grove, Zald, Lebow, Snitz y Nelson (2000: 19-30); Hanson y Morton-Bourgon (2004); y McNeil, Sandberg y Binder (1998: 655-669).
72. Caso *Loomis vs. Wisconsin*, Decisión de 26 de junio de 2017. 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016).
73. Romeo Casabona (2018).
74. Martínez Garay (2018: 489 ss.).
75. Dietrich, Mendoza y Brennan (2016). Disponible en: <https://go.volarisgroup.com/rs/430-MBX-989/images/ProPublica_Commentary_Final_070616.pdf>.
76. La primera fue el caso *Malenchik vs. State of Indiana*, 928 N.E.2d 564 (Ind. 2010).
77. Martínez Garay (2018: 494).
78. 430 U.S. 349 (1977).
79. Un análisis detallado de estas cuestiones en Romeo Casabona (2018: 49-51).

80. De hecho, como se explica expresamente en la sentencia, la Guía del Usuario del COMPAS de 2015 de Northpointe, Inc. (*Practitioner's Guide to COMPAS Core*) contiene una explicación de la base de la que se extraen las puntuaciones de los sujetos; concretamente, se basan tanto en información estática (historial criminal) como en diferentes variables dinámicas, entre ellas, por ejemplo, el abuso de sustancias.

81. Romeo Casabona (2018: 51).

82. Caso *Loomis vs. Wisconsin*, Decisión de 26 de junio de 2017. 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016).

83. Además de los autores antes citados, se muestran igualmente críticos con esta resolución, cuestionando su compatibilidad con el derecho al debido proceso o la presunción de inocencia, entre muchos otros: Freeman (2016: 106); De Miguel Beriaín (2018: 48); y Lightbourne (2017: 334-337).

84. Martínez Garay (2018: 499).

85. Eckhouse, Lum, Conti-Cook y Ciccolini (2019: 185).

86. Carlson (2017: 329).

87. Hildebrandt (2018: 34).

88. Martínez Garay (2018: 499).

89. Boix Palop (2020: 223 ss.). No obstante, como este autor destaca, desafortunadamente no encontramos ningún tipo de normativa europea que exija la publicación del código de estos algoritmos, de modo que la Administración española está empezando a utilizar herramientas basadas en algoritmos predictivos cuyo funcionamiento no es accesible por la ciudadanía, como ocurre, por ejemplo, con el Sistema de Seguimiento Integral de los casos de Violencia de Género (el famoso algoritmo VioGén).

90. Concretamente, Boix Palop se hace eco de trabajos, como el de Valero Torrijo, que exige, en palabras del mismo «un derecho por parte de los ciudadanos a obtener toda aquella información que permita la identificación de los medios y aplicaciones utilizadas, del órgano bajo cuyo control permanezca el funcionamiento de la aplicación o el sistema de información; debiendo incluir, asimismo, en su objeto no solo el conocimiento del resultado de la aplicación o sistema informático que le afecte específicamente a su círculo de intereses sino, además y sobre todo, el origen de los datos empleados y la naturaleza y el alcance del tratamiento realizado, es decir, cómo el funcionamiento de aquellos puede dar lugar a un determinado resultado». Y, este último aspecto, esto es, el origen de los datos y su alcance, resulta especialmente importante en el terreno forense, debido a las implicaciones jurídico penales que estos pronósticos conllevan. Boix Palop (2020: 260).

91. Yeung y Lodge (2019: 1-17).

92. Hannah-Moffat (2018: 453 ss); Ferguson (2017); Pasquale (2015: 23 ss); Barocas y Selbst (2016); y Sweeney (2013: 44-54).

93. Barocas y Selbst (2016).

94. Angwin, Larson, Mattu y Kirchner (2016).

95. Hannah-Moffat y Struthers Montford (2019).

96. Especialmente interesante, específicamente respecto de la justicia juvenil, *vid.* Goddard y Myers (2017: 151-167).

97. UN WOMEN, *UN Women Ad Series Reveals Widespread Sexism*, (Oct. 21, 2013). Disponible en: <<https://www.unwomen.org/en/news/stories/2013/10/women-should-ads>>.
98. Chander (2016: 1036).
99. Martínez Garay (2018: 496).
100. Coglianese y Lehr (2017).
101. Boix Palop (2020: 248).
102. Con carácter general, Ranchordás y Schuurmans (2020) ponen al descubierto los riesgos del creciente fenómeno de la privatización en las administraciones públicas, específicamente respecto de la subcontratación y el uso de estas herramientas automatizadas. Asimismo, en nuestro país destaca el estudio en el ámbito laboral de Todolí Signes (2020), donde reflexiona sobre los retos legales que plantea el uso de algoritmos en la selección de sujetos a investigar en las inspecciones de trabajo.
103. Se reitera que no se desconoce, en cualquier caso, el carácter disímil de estas, tanto respecto del actor de uso (Administración Tributaria *vs.* Administración de Justicia), como su procedencia (Países Bajos *vs.* EE. UU.), que determina distintos principios informadores.
104. Romeo Casabona (2018: 54).
105. Respecto de las diferencias entre los métodos clínicos y actuariales, entre los que, como previamente se ha destacado, no puede efectuarse una división tajante, *vid.* Brandariz (2016: 95-98).
106. Goel, Shroff, Skeem y Slobogin (2018: 15).
107. Darjee, Russell, Forrest, Milton, Savoie, Baron, Kirkland y Stobie (2016).
108. Andrés-Pueyo y Redondo (2007: 157-173).
109. Romeo Casabona (2018: 55).
110. En este punto, se estima interesante señalar la advertencia de McKay (2020: 35), que, pese a mostrarse partidaria del uso complementario de estos instrumentos, advierte de los riesgos existentes si estas herramientas se convirtiesen en árbitro único, pues, como señala la autora: «At least an imperfect decision by a judge may be tested on appeal, whereas an imperfect algorithm may be forever concealed».
111. Eckhouse, Lum, Conti-Cook y Ciccolini (2019).
112. Carlson (2017) analiza un caso en el que el puntaje que ofreció COMPAS fue tan alto que el juez de sentencia anuló el acuerdo de culpabilidad y sentenció al delincuente a dos años, reconociendo el mismo que, sin esta evaluación de riesgos, solo le habría impuesto una sentencia de un año.
113. Slobogin (2018: 6).
114. Romeo Casabona (2018: 55).
115. Carlson (2017).
116. Para una aproximación a estos algoritmos públicos o de acceso abierto, *vid.* Wexler (2017). Disponible en: <<https://washingtonmonthly.com/magazine/junejulyaugust-2017/code-of-silence/>>; y Martin (2019: 847).
117. Miró Llinares (2018: 114-118).

118. De todos modos, como Solar Cayón (2020b: 26) reconoce respecto del uso de la inteligencia artificial en la Administración de Justicia, es la aplicación de estas herramientas para la toma de decisiones judiciales la que más controversias presenta, pues, pese a los importantes avances: «nos hallamos lejos aún del punto en el que los sistemas inteligentes puedan identificar y, mucho menos aún, realizar, argumentos jurídicos de cierta complejidad».

BIBLIOGRAFÍA

- ÆGISDÓTTIR, Stefania, Michael WHITE, Paul SPENGLER, Alan MAUGHERMAN, Linda ANDERSON, Robert COOK, Cassandra NICHOLS, Georgios LAMPRO-POULOS, Blain WALKER, Genna COHEN y Jeffrey RUSH (2006): «The meta-analysis of clinical judgment project: Fifty-six years of accumulated research on clinical versus statistical prediction», *The Counseling Psychologist*, 34(3), 341-382.
- ALSTON, Philip (2019): «Amicus brief in the case of NJCM c.s./De Staat der Nederlanden (SyRI): Implications of the use of digital technologies in welfare states» [en línea], <<https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Poverty/Amicusfinalversionsigned.pdf>>. [Consulta: 29/04/2022.]
- AMERICAN LAW INSTITUTE (2007): «Model Penal Code: Sentencing. Proposed Final Draft. §6B.09: Evidence-Based Sentencing; Offender Treatment Needs and Risk of Reoffending» [en línea], <https://robinainstitute.umn.edu/sites/robinainstitute.umn.edu/files/2022-02/mpcs_proposed_final_draft.pdf>. [Consulta: 27/10/2022.]
- ANDRÉS PUEYO, Antonio (2013): «Peligrosidad criminal: análisis crítico de un concepto polisémico», en E. Demetrio Crespo y M. Maroto Calatayud (coords.), *Neurociencias y Derecho Penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Madrid: Edisofer, 483-503.
- ANDRÉS PUEYO, Antonio y Santiago REDONDO ILLESCAS (2007): «Predicción de la violencia. Entre la peligrosidad y la valoración del riesgo de violencia», *Papeles del Psicólogo*, 28(3), 157-173.
- ANDREWS, Donald A. y James BONTA (2006): *The psychology of criminal conduct*, Cincinnati: Anderson.
- ANGWIN, Julia, James LARSON, Surya MATTU y Lauren KIRCHNER (2016): «Machine Bias. There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks» [en línea], <<https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>>. [Consulta: 29/04/2022.]
- BARABAS, Chelsea, Karthik DINAKAR, Joichi ITO, Madars VIRZA, y Jonathan ZITTRAIN (2020): «Interventions over Predictions: Reframing the Ethical Debate for Actuarial Risk Assessment», *Proceedings of Machine Learning Research*, 81, 62-76.
- BAROCAS, Solon y Andrew SELBST (2016): «Big Data's Disparate Impact», *California Law Review*, 104, 671-372.
- BOIX PALOP, Andrés (2020): «Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la administración para la adopción de decisiones», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 1, 223-269.
- BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel (2016): *El Modelo Gerencial-Actuarial de Penalidad. Eficiencia, riesgo y sistema penal*, Madrid: Dykinson.
- CAMPBELL, Mary Ann, Sheila FRENCH y Paul GENDREAU (2009): «The prediction of violence in adult offenders: a meta-analytic comparison of instruments and methods of assessment», *Criminal Justice & Behavior*, 36(6), 567-590.
- CARLSON, Alyssa (2017): «The Need for Transparency in the Age of Predictive Sentencing Algorithms», *Iowa Law Review*, 103, 303-329.
- CASTRO LIÑARES, David (2019): *Los instrumentos de valoración y gestión de riesgos en el modelo de penalidad español*, Madrid: Reus.

- CHANDER, Anupam (2016): «The Racist Algorithm?», *UC Davis Legal Studies Research*, 498, 1023-1044.
- CHRISTIN, Angèle, Alex ROSENBLAT y Danah BOYD (2015): «Courts and Predictive Algorithms» [en línea], <https://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/Angle%20Christin.pdf>. [Consulta: 27/10/2022.]
- COGLIANESE, Cary y David LEHR (2017): «Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the Machine Learning Era», *Faculty Scholarship at Penn Law*, 1734, 1147-1223.
- CORMEN, Thomas, Charles LEISERSON, Ronald RIVEST y Clifford STEIN, (2009): *Introduction to Algorithms*, Cambridge (Massachusetts): The MIT Press.
- COTINO HUESO, Lorenzo (2020): «Holanda “SyRI, ¿a quién sanciono?” Garantías frente al uso de inteligencia artificial y decisiones automatizadas en el sector público y la sentencia holandesa de febrero de 2020», *La Ley privacidad*, 4, 1-20.
- DARJEE, Rajan; Katharine RUSSELL, Lauren FORREST, Erica MILTON, Valerie SAVOIE, Emily BARON, Jamie KIRKLAND y Stewart STOBIE (2016): «Risk of Sexual Violence Protocol (RSVP): A real world study of the reliability, validity and utility of a structured professional judgement instrument in the assessment and management of sexual offenders in South East Scotland» [en línea], <https://www.researchgate.net/publication/294718597_Risk_of_Sexual_Violence_Protocol_RSVP_A_real_world_study_of_the_reliability_validity_and_utility_of_a_structured_professional_judgement_instrument_in_the_assessment_and_management_of_sexual_offenders_>. [Consulta: 27/10/2022.]
- DE MIGUEL BERIAÍN, Iñigo (2018): «Does the use of risk assessments in sentences respect the right to due process? A critical analysis of the Wisconsin v. Loomis ruling», *Law, Probability and Risk*, 17(1), 45-53.
- DIX, George (1975): «Determining the continued dangerousness of psychologically abnormal sex offenders», *Journal of Psychiatry and the Law*, 3, 327-344.
- ECKHOUSE, Laurel, Kristian LUM, Cynthia CONTI-COOK y Julie CICCOLINI (2019): «Layers of Bias: A Unified Approach for Understanding Problems with Risk Assessment», *Criminal Justice and Behavior*, 46(2), 185-209.
- FAZEL, Seena, Jay SINGH, Helen DOLL y Martin GRANN (2012): «Use of risk assessment instruments to predict violence and antisocial behaviour in 73 samples involving 24 827 people: systematic review and meta-analysis», *BMJ*, 345-469.
- FERGUSON, Andrew Guthrie (2017): *The Rise of Big Data Policing: Surveillance, Race, and the Future of Law Enforcement*, New York: New York University Press.
- FREEMAN, Katherine (2016): «Algorithmic Injustice: how the Wisconsin Supreme Court failed to protect due process rights in State v. Loomis», *North Carolina Journal of Law & Technology*, 18, 75-106.
- GARCÍA RIVAS, Nicolás (2013): «La libertad vigilada y el Derecho Penal de la seguridad», en E. Demetrio Crespo y M. Maroto Calatayud (coords.), *Neurociencias y Derecho Penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Madrid: Edisofer, 601-628.
- GENDREAU, Paul, Tracy LITTLE y Claire GOGGIN (1996): «A metaanalysis of the predictors of adult offender recidivism: What works!», *Criminology*, 34, 575-607.
- GODDARD, Tim y Randolph MYERS (2017): «Against evidence-based oppression: Marginalized youth and the politics of risk-based assessment and intervention», *Theoretical Criminology*, 21(2), 151-167.
- GOEL, Sharad, Ravi SHROFF, Jennifer SKEEM y Christopher SLOBOGIN (2018): «The Accuracy, Equity, and Jurisprudence of Criminal Risk Assessment» [en línea], <<https://ssrn.com/abstract=3306723>>. [Consulta: 29/04/2022.]
- GONZÁLEZ FUSTER, Gloria (2009): «TEDH – Sentencia de 04.12.2008, S. y Marper c. Reino Unido, 30562/04 y 30566/04 – Artículo 8 CEDH – vida privada – injerencia en una sociedad democrática – los límites del tratamiento de datos biométricos de personas no condenadas», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 33, 619-633.

- GROVE, William, David ZALD, Boyd LEBOW, Beth SNITZ y Chad NELSON (2000): «Clinical versus mechanical prediction: A meta-analysis», *Psychological Assessment*, 12, 19-30.
- HAN, Jiawei, Micheline PEI y Jian KAMBER (2011): *Data mining: concepts and techniques*, Massachusetts: Elsevier.
- HANNAH-MOFFAT, Kelly (2018): «Algorithmic risk governance: Big data analytics, race and information activism in criminal justice debates», *Theoretical Criminology*, 23(4), 453-470.
- HANNAH-MOFFAT, Kelly y Kelly STRUTHERS MONTFORD (2019): «Unpacking Sentencing Algorithms Risk, Racial Accountability and Data Harms», en J. W. de Keijser, J. V. Roberts y J. Ryberg, *Predictive Sentencing Normative and Empirical Perspectives*, Londres: Hart Publishing, 87-103.
- HANSON, Karl y Kelly MORTON-BOURGON (2004): «Predictors of sexual reidivism: An updated meta-analysis» [en línea], < <https://www.publicsafety.gc.ca/cnt/rsrscs/pblctns/2004-02-prdctrs-sxl-rcdvsm-pdtd/index-en.aspx>>. [Consulta 27/10/2022.]
- HARCOURT, Bernard (2005): «Against Prediction: Sentencing, Policing, and Punishing in an Actuarial Age», *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper*, 94, 1-43.
- HILDEBRANDT, Mireille (2018): «Law as computation in the era of artificial legal intelligence: Speaking law to the power of statistics», *University of Toronto Law Journal*, 68(1), 12-35.
- HOGAN-DORAN, Dominique (2017): «Computer says “no”: Automation, algorithms and artificial intelligence in Government decision-making», *Judicial Review*, 13, 1-39.
- JUNG, Jongbin, Connor CONCANNON, Ravi SHROFF, Sharad GOEL y Daniel GOLDSTEIN (2017): «Simple rules for complex decisions», *Stanford University Working Paper*, Feb-17, 1-9.
- KEINBERG, Jon, Himabindu LAKKARAJU, Jure LESKOVEC, Jens LUDWIG y Sendhil MULLAI-NATHAN (2017): «Human Decisions and Machine Predictions», *NBER Working Paper*, 23180, 1-76.
- LAZCOZ MORATINOS, Guillermo y José Antonio CASTILLO PARRILLA (2020): «Valoración algorítmica ante los derechos humanos y el Reglamento General de Protección de Datos: El caso SyRI», *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 1(1), 207-225.
- LIGHTBOURNE, John (2017): «Damned lies & criminal sentencing using evidence-based tools», *Duke Law & Technology Review*, 15, 327-343.
- LOINAZ, Ismael (2017): *Manual de evaluación del riesgo de violencia. Metodología y ámbitos de aplicación*, Madrid: Pirámide.
- FEELEY, Malcolm y Jonathan SIMON (1992): «The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and Its Implications», *Criminology*, 30(4), 449-474.
- MARTIN, Kristen (2019): «Ethical Implications and Accountability of Algorithms», *Journal of Business Ethics*, 160, 835-850.
- MARTÍNEZ GARAY, Lucía (2014a): «La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad», *InDret*, 2, 1-77.
- (2014b): «Minority Report: pre-crimen y pre-castigo, prevención y predicción», en T. Vives Antón, J. C. Carbonell Mateu, J. L. González Cussac, A. Alonso Rimo y M. Roig Torres (coords.), *Crímenes y Castigos. Miradas al Derecho Penal a través del arte y la cultura*, Valencia: Tirant lo Blanch, 579-606.
- (2018): «Peligrosidad, algoritmos y due process: el caso *State vs. Loomis*», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 20, 485-502.
- MCKAY, Carolyn (2020): «Predicting risk in criminal procedure: actuarial tools, algorithms, AI and judicial decision-making», *Current Issues in Criminal Justice*, 32(1), 22-39.
- MCNEIL, Dale, David SANDBERG y Renée BINDER (1998): «The relationship between confidence and accuracy in clinical assessment of psychiatric patients’ potential for violence», *Law and Human Behavior*, 22, 655-669.
- MIRÓ LLINARES, Fernando (2018): «Inteligencia artificial y justicia penal: más allá de los resultados lesivos causados por robots», *RDPC*, 20, 87-130.
- MONAHAN, John (1995): *The clinical prediction of violent behavior*, Northvale: Jason Aronson Inc.
- NIEVA FENOLL, Jordi (2018): *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Madrid: Marcial Pons.

- OLVER, Mark, Keira STOCKDALE y Stephen WORMITH (2009): «Risk assessment with young offenders: A meta-analysis of three assessment measures», *Criminal Justice and Behavior*, 36(4), 329-353.
- PASQUALE, Frank (2015): *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Massachusetts: Harvard University Press.
- RANCHORDÁS, Sofia y Imre SCHUURMANS (2020): «Outsourcing the Welfare State: The Role of Private Actors in Welfare Fraud Investigations», *European Journal of Comparative Law and Governance*, 7, 5-42.
- ROMEO CASABONA, Carlos María (2018): «Riesgo, procedimientos actuariales basados en inteligencia artificial y medidas de seguridad», *REDS*, 13, 39-55.
- SAGIROGLU, Seref y Duygu SINANC (2013): «Big data: A review» [en línea], <<https://ieeexplore.ieee.org/stamp/stamp.jsp?tp=&arnumber=6567202>>. [Consulta 01/11/2022.]
- SINGH, Jay, Martin GRANN y Seena FAZEL (2011): «A comparative study of violence risk assessment tools: A systematic review and metaregression analysis of 68 studies involving 25.980 participants», *Clinical Psychology Review*, 31, 499-513.
- SKANSI, Sandro (2018): *Introduction to Deep Learning from Logical Calculus to Artificial Intelligence*, Londres: Springer.
- SKEEM, Jennifer y John MONAHAN (2011): «Current directions in violence risk assessment», *Current Directions in Psychological Science*, 20(1), 38-42.
- SLOBOGIN, Christopher (2006): «Dangerousness and Expertise Redux», *Emory Law Journal*, 275, 1-51.
- (2018): «A Defense of Modern Risk-Based Sentencing», *Vanderbilt Law Research*, 18(52), 1-23.
- SOLAR CAYÓN, José Ignacio (2020a): *Dimensiones éticas y jurídicas de la inteligencia artificial en el marco del Estado de Derecho*, Madrid: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá.
- (2020b): «La inteligencia artificial jurídica: nuevas herramientas y perspectivas metodológicas para el jurista», *Revus: Journal for Constitutional Theory & Philosophy of Law*, 41, 1-27.
- SWEENEY, Latania (2013): «Discrimination in Online Ad Delivery», *Communications of the ACM*, 56(5), 44-54.
- TEGMARK, Max (2017): *Life 3.0. Being human in the age of Artificial Intelligence*, Londres: Penguin Books.
- TODOLÍ SIGNES, Adrián (2020): «Retos legais do uso do big data na selección de suxeitos a investigar pola Inspección de Traballo e da Seguridade Social», *REGAP: Revista galega de administración pública*, 1(59), 9-102.
- UN Women (2013): «UN Women Ad Series Reveals Widespread Sexism» [en línea], <<https://www.unwomen.org/en/news/stories/2013/10/women-should-ads>>. [Consulta: 29/04/2022.]
- U.S. Congress (2018) «H.R.5682 - FIRST STEP Act 115th Congress (2017-2018)» [en línea], <<https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/5682>>. [Consulta: 29/04/2022.]
- URRUELA MORA, Asier (2015): «¿Hacia un cambio de paradigma? la configuración de un derecho penal de la peligrosidad mediante la progresiva introducción de medidas de seguridad aplicables a sujetos imputables en las recientes reformas penales españolas», *CDPC*, 115, 119-160.
- (2018): «Riesgo, procedimientos actuariales basados en inteligencia artificial y medidas de seguridad», *Revista Penal*, 42, 165-179.
- VIVES ANTÓN, Tomás S. (1974): «Métodos de determinación de la peligrosidad», en J. M. Canivell (dir.), *Peligrosidad social y medidas de seguridad*, Valencia: Universidad de Valencia, 389-417.
- WEXLER, Rebecca (2017): «Code of Silence. How private companies hide flaws in the software that governments use to decide who goes to prison and who gets out» [en línea], <<https://washington-monthly.com/magazine/junejulyaugust-2017/code-of-silence/>>. [Consulta: 29/04/2022.]
- YEUNG, Karen y Martin LODGE (2019): «Algorithmic regulation. An Introduction», en K. Yeung y M. Lodge, *Algorithmic Regulation*, Oxford: Oxford University Press, 1-17.

JURISPRUDENCIA

Caso *Loomis vs. Wisconsin*, Decisión de 26 de junio de 2017. 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016).
Caso *Malenchik v. State of Indiana*, 928 N.E.2d 564 (Ind. 2010).
STEDH, caso *S. y Marper vs. Reino Unido*, n.º 30562/04 y 30566/04, 4 de diciembre de 2008.
STEDH, caso *Sunday Times*, n.º 6538/74, 26 de abril de 1979.
STEDH, caso *C.R. vs. Reino Unido*, n.º 20190/92, 27 de octubre de 1995.
STEDH, caso *Pretty vs. Reino Unido*, n.º 2346/02, 29 de abril de 2002.
C/09/550982 / HA ZA 18-388, [en línea], <<https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=EC LI:NL:RBDHA:2020:1878>>[Consulta: 29/04/2022.]

VIDEOGRAFÍA

Hielscher, Matthias y Monika Heeder (2017): *Pre-Crime* [Documental], Alemania: Gravitas Ventures.

LEGISLACIÓN

Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal [en línea], <BOE núm. 77, de 31-03-2015>.
Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal [en línea], <BOE núm. 152, de 23-06-2010>.

Fecha de recepción: 28 de abril de 2022.

Fecha de aceptación: 28 de septiembre de 2022.

TUTELA PENAL DE LA INTIMIDAD DEL TESTIGO FRENTE
AL DELITO DE FALSO TESTIMONIO

*CRIMINAL PROTECTION OF THE WITNESS'S PRIVACY
AGAINST THE OFFENCE OF FALSE TESTIMONY*

Ángela Matallín Evangelio

*Profesora Titular de Derecho penal
Universitat de València*

RESUMEN

La importancia de la prueba testifical en la condena o absolución del procesado está fuera de duda. Del sentido del testimonio, a favor o en contra del reo, depende en muchas ocasiones el resultado final del proceso. El problema surge cuando dicho testimonio se asocia con alguna limitación ilegítima de los derechos fundamentales del testigo. En este escenario procesal, el juez debería intervenir evitando posibles abusos a través del filtro de impertinencia en sentido amplio. Si el juez no procede en el sentido indicado y permite que se le formule una pregunta que vulnera la intimidad o dignidad del testigo, sometiéndolo a preguntas invasivas, su eventual reacción faltando a la verdad no debiera irrogar al testigo perjuicio alguno, menos aún de naturaleza penal. La propuesta que se defiende es la siguiente: si la respuesta del testigo puede considerarse objetivamente como un medio de tutela del derecho fundamental, actuará como límite frente a la posibilidad de sancionarle por delito de falso testimonio.

PALABRAS CLAVE

Límites de la verdad procesal; derechos fundamentales del testigo en el proceso penal; el delito de falso testimonio.

ABSTRACT

The importance of the testimonial evidence in the conviction or acquittal of the defendant is beyond doubt. The outcome of the trial often depends on the meaning of the testimony, for or against the defendant. The problem arises when the testimony is associated with some illegitimate limitation of the witness's fundamental rights. In this procedural scenario, the judge should intervene to avoid possible abuses through the filter of impertinence in the broad sense. If the judge does not proceed in the sense indicated and allows a question to be asked that violates the witness's privacy or dignity, subjecting him to invasive questions, his possible reaction by not telling the truth should not cause any harm to the witness, even less so of a criminal nature. The proposal advocated is as follows: if the witness's answer can objectively be considered as a means of protecting the fundamental right, it will act as a limit to the possibility of punishing the witness for the crime of false testimony.

KEY WORDS

Limits of procedural truth, fundamental rights of witnesses in criminal proceedings, the offence of perjury.

DOI: <https://doi.org/10.36151/td.2022.060>

TUTELA PENAL DE LA INTIMIDAD DEL TESTIGO FRENTE AL DELITO DE FALSO TESTIMONIO

Ángela Matallín Evangelio

Profesora Titular de Derecho penal
Universitat de València

Sumario: 1. La averiguación de la verdad en el proceso penal: los derechos fundamentales como reglas básicas de procedimiento. 2. Algunos mecanismos de tutela procesal del testigo: el filtro de impertinencia en sentido amplio. 2.1. Conocimiento de datos personales del testigo relevantes y relacionados con la causa. 2.2. Conocimiento de datos de carácter íntimo que por su relación con la causa puedan contribuir al esclarecimiento de los hechos. 2.3. Conocimiento de datos íntimos que carezcan de relación con el objeto procesal. 3. La intimidad del testigo frente al delito de falso testimonio. 3.1. El concepto de testimonio. 3.2. La mentira en las generales de la ley. 3.3. La pregunta vulneradora de la intimidad del testigo: un problema de límites. 4. Conclusiones. Notas. Bibliografía.

1. LA AVERIGUACIÓN DE LA VERDAD EN EL PROCESO PENAL: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO REGLAS BÁSICAS DE PROCEDIMIENTO¹

La averiguación de la verdad en el proceso penal² se encuentra limitada por las exigencias del modelo de Estado proclamado en la Constitución, entre ellas el necesario respeto de los derechos fundamentales. Cualquier injerencia en los mencionados derechos por parte de los partícipes en el proceso penal —también del Ministerio Fiscal o de la defensa— deberá respetar su contenido esencial, sin que de ninguna extralimitación de los poderes públicos pueda derivarse perjuicio alguno para el justiciable, como, por ejemplo, la eventual comisión de un delito de falso testimonio o de desobediencia, en su caso, por llegar a mentir ante una pregunta invasiva de su intimidad o por incumplimiento de la orden judicial de responder ante la misma³.

El testigo interrogado —en el juicio oral⁴— está sujeto al deber de colaborar y decir verdad, pero dicho deber se encuentra limitado por el necesario respeto de sus derechos fundamentales⁵ —que los tiene, aunque la mayor parte de la construcción dogmática y jurisprudencial gire alrededor de los derechos del delincuente— como garantía derivada del Estado democrático de Derecho⁶.

Entre dichos límites se encuentra el rechazo de la pregunta impertinente que pueda afectar a la dignidad o intimidad del testigo. Este límite, que podemos denominar genéricamente *filtro de impertinencia en sentido amplio*⁷, se suma a otros orientados a la misma finalidad de tutela de los derechos del testigo, como por ejemplo la posibilidad de declaración fuera de la presencia del acusado o de forma anónima⁸, también establecidos como mecanismos tutelares frente a posibles abusos.

Sin embargo, cuando el citado *filtro* falla, y, so pretexto de valorar la credibilidad del testigo, o por cualquier otra causa, se produce una injerencia que superando el control judicial pretenda obligar al testigo a emitir una respuesta íntima, podrán entrar en juego otros instrumentos de tutela, como, por ejemplo, llegado el caso, la posible atipicidad de su conducta, si se pretendiera una imputación delictiva por delito de falso testimonio. Pues si el juzgador, en su función de dirigir el interrogatorio, no la rechaza, el testigo *podría* optar por mentir para salvaguardar sus derechos fundamentales.

El interés público en la investigación y persecución de los delitos o, si se prefiere, en la obtención de la *verdad* no es, por tanto, ilimitado⁹, y solo la verdad obtenida con el respeto a las *reglas básicas constituidas por los derechos fundamentales puede estimarse jurídicamente válida*¹⁰, ya que «lo que se trata de conocer en un proceso judicial no es lo verdadero en sí, sino lo justo y, por tanto, lo verdadero solo en cuanto sea parte de lo justo»¹¹.

«Tanto las normas de libertad como las normas limitadoras se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios en el que, en último término, resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras y el interés público que, en ciertos supuestos, aconseja su restricción. Por el contrario, tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en la medida en que estas últimas derivan del respeto a la ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el art. 10.1 de la Constitución como fundamento del orden político y de la paz social¹². A tales efectos, reviste especial importancia el interés constitucional en la averiguación y castigo de los delitos graves, cuya defensa corresponde al Ministerio Público¹³, interés cuya realización a través de la prueba también es limitado»¹⁴.

El descubrimiento de la verdad y la realización del interés público, por un lado, y el respeto de los derechos fundamentales, por otro, limitan, pues, el discurso, y solo justifican aquellas intromisiones compatibles con el mantenimiento y la defensa del contenido esencial de los derechos fundamentales del delincuente¹⁵ —lo que resulta indudable— y también de los testigos¹⁶. Sin ese respeto, los conocimientos adquiridos no pueden ser admisibles¹⁷ y mucho menos servir de soporte a posibles imputaciones delictivas, por ejemplo, por *presunto* delito de falso testimonio o de desobediencia.

En efecto, la protección de los derechos fundamentales debe primar sobre la averiguación de la verdad procesal en determinados supuestos en los que la injerencia sobre los derechos del testigo, desvinculada del objeto procesal, o vinculada, pero desproporcionada, cuestionen su legitimidad¹⁸.

En esos supuestos, dicho primado debería eliminar cualquier posible imputación delictiva derivada de la respuesta falsaria del testigo¹⁹ cuando la misma resulte orientada por una finalidad tutelar de sus derechos, lo que podría ocurrir, en su caso, cuando la *invasión de los derechos fundamentales del testigo resulte desproporcionada*, atendiendo a la gravedad del delito que trata de descubrirse, *o cuando la pregunta formulada resulte impertinente (inútil) por desconexión con el objeto procesal*.

En consecuencia, además de la posible atipicidad de la conducta del testigo, que se produciría cuando la pregunta invasiva carezca de relación con el objeto del proceso, también podría resultar factible la aplicación de una causa de inexigibilidad en ciertos supuestos en los que la declaración falsa se realice para superar la intromisión ilegítima en la intimidad del testigo por falta de proporcionalidad de la injerencia, aun estando la pregunta relacionada con el *thema decidendi*, lo que podría ocurrir, por ejemplo, por formularse en un procedimiento por delito leve²⁰.

Ello es así porque el juzgador no puede entender la ley penal de cualquier modo. Ni siquiera cumple su cometido de modo constitucionalmente legítimo a través de cualquier clase de entendimiento no arbitrario de las normas procesales y penales. Por el contrario, debe de partir del uso común del lenguaje y del sentido común para aplicar la ley penal de conformidad con la idea de que con ello está en juego el núcleo duro de los derechos fundamentales del ciudadano²¹. Esta máxima determina la imposibilidad de criminalizar el ejercicio de un derecho fundamental o un acto orientado a su tutela, circunstancia que se produciría si se sancionara al testigo por delito de falso testimonio²² en el supuesto de que acabara mintiendo para salvaguardar su derecho fundamental, siempre, claro está, que el primado del mismo resultara legítimo (ponderados los males, la gravedad del delito investigado...)²³.

2. ALGUNOS MECANISMOS DE TUTELA PROCESAL DEL TESTIGO: EL FILTRO DE IMPERTINENCIA EN SENTIDO AMPLIO

La prueba testifical es una prueba de naturaleza personal en la que el testigo²⁴ da cuenta de *hechos* de los que ha tenido conocimiento *personal* directo (incluso en el testimonio de referencia el testigo da cuenta de lo que ha escuchado directamente)²⁵.

La declaración que debe prestar el testigo, aquella sobre la que pesa su obligación de ser veraz, se refiere únicamente a los *hechos*, datos o circunstancias que ha presenciado, oído o percibido sensorialmente de cualquier otra forma, *relacionados y relevantes en la comprobación o averiguación del delito y del delincuente*²⁶, sin que dicha obligación de veracidad²⁷ resulte extensible a otros *hechos o circunstancias* que, desvinculados del objeto del proce-

so²⁸, pertenezcan, por ejemplo, al ámbito de su propia intimidad. Tampoco alcanzaría a los hechos vinculados y necesarios para el esclarecimiento de la verdad procesal si dicho conocimiento resulta desproporcionado frente al interés público en la averiguación del delito, tal y como se desprende del valor de la Constitución y de la fuerza expansiva de los derechos fundamentales²⁹.

Estos datos afectantes a la intimidad del testigo —ajenos al proceso, o vinculados pero cuyo conocimiento resulte ilegítimo³⁰— se relacionan de forma diferente con la obligación de testificar³¹, y, por ende, con la obligación de ser veraz³², bien por no realizar el elemento típico *testimonio*³³, cuando nos encontremos ante una pregunta invasiva de la intimidad del testigo desvinculada del objeto procesal o innecesaria para el esclarecimiento de los hechos (pregunta impertinente en sentido estricto), bien porque integrando dicho testimonio y resultando relevante no supere el juicio de ponderación implicado en el principio de que toda injerencia en derechos fundamentales resulte proporcionada además de legal (pregunta desproporcionada).

El testimonio típico es, por lo tanto, un testimonio relevante sobre los hechos objeto de enjuiciamiento, que son los que constituyen el sustrato de la prueba testifical. Sin embargo, y siendo esto cierto, también lo es que para la averiguación de estos hechos³⁴ puede ser necesario el conocimiento de algún dato o circunstancia íntima del testigo sobre el que podrá formularse la correspondiente pregunta³⁵, que deberá contestarse con verdad, si dicho conocimiento resulta legal y proporcionado al sacrificio que se asocia. En otro caso, esto es, si el conocimiento del dato íntimo relacionado con la causa no supera el juicio de proporcionalidad que legitima la injerencia en el derecho fundamental del testigo, este podría optar por faltar a la verdad para salvaguardar su intimidad —o por no contestar— sin que en tales casos consideremos que tal conducta pueda asociar ninguna consecuencia negativa³⁶.

En consecuencia, y de conformidad con lo dicho, resulta fundamental clarificar el régimen jurídico de los datos y circunstancias personales/íntimas del testigo que en el marco del proceso penal puedan ser objeto de requerimiento, pues su distinta naturaleza y significado determinarán sus efectos ante una posible respuesta inveraz del testigo.

Veamos, pues, cada una de las distintas situaciones que pueden producirse en el marco de la prueba testifical.

2.1. CONOCIMIENTO DE DATOS PERSONALES DEL TESTIGO RELEVANTES Y RELACIONADOS CON LA CAUSA

El conocimiento de datos personales del testigo resultará perfectamente legítimo, siempre que no exista afección de otros derechos fundamentales³⁷.

El derecho fundamental a la protección de datos personales, proclamado en el artículo 18.4 CE, tiene carácter autónomo frente a los restantes derechos del individuo, fundamentales o no, y es, al mismo tiempo, un instituto de garantía de los mismos.

El contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir

cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, permitiendo, asimismo, al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso³⁸.

Por lo que respecta a los límites del derecho fundamental a la protección de datos personales, dado que, igual que ocurre con la intimidad, no existe en la Constitución previsión expresa de las vías de limitación del derecho, este podrá ceder ante la defensa de un interés constitucional legítimo cuando exista habilitación legal para ello, siempre que la injerencia resulte adecuada, necesaria y proporcionada para la defensa del interés que justifica la intromisión³⁹.

Comoquiera que la defensa y seguridad del Estado, así como la averiguación de los delitos, constituyen fines legítimos para la limitación de los derechos fundamentales, la legitimidad de la injerencia en el derecho a la protección de datos personales dependerá de la existencia de previsión legal para su práctica y de su proporcionalidad, ya que este, como el resto de derechos fundamentales, no tiene carácter absoluto, pudiendo limitarse legítimamente con el cumplimiento de las garantías constitucionales establecidas al efecto. Exigencias de previsión legal y proporcionalidad sobre las que no existe duda, tal y como se establece en el artículo 1 y siguientes de la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales, siempre y cuando el conocimiento de los mismos no afecte a otro derecho fundamental cuya limitación pueda resultar ilegítima —por ilegal o desproporcionada—.

En consecuencia, los datos personales del testigo podrán ser objeto de comunicación judicial sin necesidad de consentimiento del afectado cuando resulte necesario a los fines del proceso⁴⁰.

2.2. CONOCIMIENTO DE DATOS DE CARÁCTER ÍNTIMO QUE POR SU RELACIÓN CON LA CAUSA PUEDAN CONTRIBUIR AL ESCLARECIMIENTO DE LOS HECHOS

El derecho fundamental a la intimidad personal, proclamado en el artículo 18.1 CE, garantiza «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de la vida humana»⁴¹, lo que conduce al concepto de acto íntimo como presupuesto de protección, cuyo contenido puede determinar personalmente el sujeto⁴², pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio⁴³.

El derecho a la intimidad personal no se extiende a los objetos y datos ajenos a la esfera reservada del individuo. En este sentido, se consideran elementos que forman parte del ámbito propio y reservado de lo íntimo (datos íntimos), amparados por el derecho fundamental a la intimidad personal, por ejemplo, y entre otros, las agendas y los documentos incluidos en ellas⁴⁴, la filiación, y, muy en particular, la identificación del origen del adop-

tado⁴⁵, los datos relacionados con la salud física y psíquica de las personas⁴⁶, los datos del ordenador⁴⁷, los datos relacionados con la libertad sexual⁴⁸, etcétera.

El problema que rodea la delimitación del contenido de este derecho es su propia indeterminación. En este sentido resultan ilustrativas las afirmaciones de López Díaz⁴⁹, quien, tras ofrecer un amplio elenco de definiciones doctrinales del derecho a la intimidad, refleja su desánimo señalando las grandes dificultades que encierra el intento de especificación de lo que es la vida privada o la intimidad y, en consecuencia, del derecho que ampara su respeto. A su juicio, «si se acude a ideas muy generales la definición queda muy poco indicativa de aquello a lo que se refiere y se llega a una imprecisión que confunde el concepto definido con cosas que están fuera de él. Eso es también lo que ocurre cuando se hace una enumeración de los posibles supuestos integrantes del contenido del derecho mismo, ya que al hacer una enumeración de tipo procedimiento (técnica que ha sido tan empleada respecto al derecho a la intimidad) nunca se podrán prever todos los casos posibles, que variarán con las circunstancias, sin que tampoco se consiga una claridad absoluta»⁵⁰.

Ante tal realidad, y por lo valioso de sus aportaciones, optamos por acoger la doctrina ofrecida por el intérprete máximo de la Constitución, ya que con ello evitamos innecesarios esfuerzos que de antemano parecen abocados al fracaso.

Al mismo tiempo, respetamos la opción constitucional que, sin definir el derecho a la intimidad, utiliza la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, dejando la fijación de su contenido en manos de su intérprete por excelencia⁵¹.

Así pues, será la doctrina del Tribunal Constitucional la que permitirá el esclarecimiento del derecho a la intimidad, doctrina complementada, en su caso, con los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) relevantes en la materia (artículo 10 C.E.⁵²).

Sobre el papel que desempeña el Convenio Europeo de Derechos Humanos en el orden jurídico español, resultan especialmente ilustrativas las palabras de Morenilla Rodríguez⁵³. En su opinión, el CEDH desempeña un doble papel en el Derecho interno como tratado internacional y como tratado sobre derechos humanos. «Como tratado internacional, válidamente celebrado y publicado oficialmente en España, sus disposiciones normativas forman parte del ordenamiento interno, conforme al artículo 96.1 de la Constitución, *sin que sus disposiciones puedan ser derogadas, modificadas o suspendidas en forma distinta de la prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional* (art. 96 C.E.). Como tratado internacional sobre derechos humanos tiene, conforme al artículo 10.2 de la Constitución, una posición más preeminente entre las fuentes de Derecho, ya que sus normas —y la jurisprudencia del Tribunal Europeo que lo interpreta— tienen una eficacia concreta en la interpretación del propio texto constitucional en materia de derechos humanos». Sobre este particular, precisa Linde Paniagua⁵⁴ que la autovinculación de la Constitución española a la interpretación practicada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a los efectos de verificar el sentido de los derechos y libertades que la Constitución reconoce, debe entenderse como vinculación a un estándar mínimo susceptible de verse incrementado por la legislación española y la jurisprudencia de nuestros tribunales.

En consecuencia, partiendo de la configuración constitucional del Derecho a la intimidad, podemos distinguir en el mismo una doble dimensión objetiva y subjetiva.

La *dimensión objetiva del derecho* aborda el problema de la identificación de los ámbitos materiales sobre los que se puede reclamar la pretensión general de reserva⁵⁵, asegurando unos espacios de libertad que culturalmente se consideran como garantía de respeto de la vida privada y familiar. Esta perspectiva asegura a cada ciudadano ese «ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de la vida humana», que otorga una «facultad negativa o de exclusión que impone a terceros el deber de abstención de intromisiones» o, lo que es lo mismo, que reconoce al titular del derecho el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido.

De acuerdo con lo expuesto, adquiere importancia capital delimitar cuál sea la denominada «esfera íntima», es decir, concretar cuáles son los ámbitos, datos o informaciones que constitucionalmente merecen la consideración de íntimos. A este respecto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en un primer momento, adoptó una concepción restringida que con el tiempo ha ido ampliando por distintas vías⁵⁶. Por ejemplo, extendiendo la protección constitucional a nuevos ámbitos o espacios del cuerpo que en principio no podían considerarse íntimos. Tal es el caso de la toma de muestras de cabello o de sangre, pues a su través se accede a ciertos conocimientos que con carácter general o particularmente para el titular puede considerar reservados.

En estos casos, la realidad física del sujeto, su misma entidad corpórea, puede ser fuente de datos que faciliten la investigación penal e incluso puedan ser tenidos en cuenta a efectos probatorios⁵⁷. Es entonces cuando el mismo, sin perder su cualidad de sujeto del proceso, adquiere al tiempo la de instrumento de la actividad probatoria, ya que de su propia corporeidad pretenden extraerse datos o elementos decisivos en la actividad investigadora y de comprobación de los delitos⁵⁸. Tales actuaciones no suelen dejar indemne la intimidad de la persona, sino que, por el contrario, su práctica determina, por lo común, importantes limitaciones en el citado derecho, cuya gravedad varía en función de la medida de que se trate y del modo en que la misma se realice, debiendo ser objeto de riguroso control para evitar afecciones innecesarias de derechos fundamentales.

Estas afecciones vienen propiciadas por los avances tecnológicos, que favorecen el acceso a los más íntimos recodos del individuo⁵⁹, sin necesidad de mayores intromisiones corporales que las derivadas, por ejemplo, del simple corte de un pelo.

Por otro lado, y paralelamente, se va consolidando una *dimensión subjetiva de la intimidad* que relaciona el derecho con lo que cada uno considera que debe permanecer reservado. Esta concepción del derecho fundamental comporta que la conducta y voluntad del propio sujeto desempeña un papel decisivo en la delimitación del ámbito material propio reservado y protegido, pues con su propia conducta cada ciudadano acota el ámbito de intimidad que reserva al conocimiento ajeno, tanto en sentido negativo o de exclusión de terceros, como en sentido positivo.

En efecto, junto a la genérica potestad para disponer de la vida privada, el contenido del derecho a la intimidad es tributario de la libertad del titular de delimitar los contornos que han de servir para definirla. «Es vicario de la autodeterminación personal para configurar un proyecto de vida. Por esta razón, la última jurisprudencia del Tribunal Constitucional subraya que la norma fundamental no garantiza una intimidad determinada, sino el derecho a poseerla. Es decir, lo que realmente salvaguarda el derecho a la intimidad es el derecho de la persona a poseer vida privada, de forma tal que disponga de un poder para controlar la publicidad de la información que sobre ella o su familia se haga. Y ha de ser un poder de decisión que debe ser ejercido con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al margen de conocimiento público. Por tanto [...], las señas de identidad del derecho a la intimidad se asientan más en la libre disponibilidad sobre lo privado que en el contenido del ámbito de lo privado»⁶⁰.

En este mismo sentido, resultan muy ilustrativas las afirmaciones contenidas en la Sentencia del Tribunal Constitucional 173/2011, de 7 de noviembre, cuando señala que «lo que el art. 18.1 garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuales sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio (SSTC 127/2003, de 30 de junio, FJ 7; y 89/2006, de 27 de marzo, FJ 5)»⁶¹.

De cualquier forma, esta concepción subjetiva del derecho a la intimidad no significa en ningún caso que tenga carácter absoluto.

Por el contrario, al igual que el resto de los derechos fundamentales, el mismo no tiene carácter ilimitado, pudiendo ceder ante el correspondiente interés constitucional relevante, como pueda ser la persecución del delito, siempre que concurren ciertos requisitos de legitimidad⁶², a saber:

- i) Existencia de un fin constitucionalmente legítimo, considerando como tal el interés público propio de la investigación de un delito.
- ii) Que la medida limitativa del derecho esté prevista en la ley (principio de legalidad).
- iii) Que, como regla general, la limitación se acuerde mediante resolución judicial motivada, si bien debido a la falta de reserva constitucional a favor del juez, la ley puede autorizar excepcionalmente a la policía judicial para determinadas prácticas.
- iv) Estricta observancia del principio de proporcionalidad de la medida, a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

En consecuencia y de acuerdo con lo dicho, la legitimidad de la injerencia en la intimidad, derivada de la formulación de una pregunta invasiva al testigo relacionada con los hechos enjuiciados, dependerá de su legalidad y proporcionalidad.

La *cobertura legal para su práctica*, contenida con carácter general en los correspondientes preceptos de la LECrim reguladores de la prueba testifical, enlaza con las *exigencias de pertinencia en sentido amplio*⁶³ que debe asociar la formulación de las pruebas y, por ende, de las preguntas admisibles⁶⁴. Es decir, en el caso que estamos analizando en este epígrafe,

referido al conocimiento de datos de carácter íntimo que, por su relación con la causa, puedan contribuir al esclarecimiento de los hechos, dichas exigencias —de pertinencia— se concretarán básicamente en el planteamiento de las preguntas que sean necesarias para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto objeto del proceso⁶⁵, *siempre y cuando dicha pregunta pertinente*⁶⁶ *no determine o acabe en una injerencia ilegítima del derecho fundamental*⁶⁷, lo que acontecería, por ejemplo, cuando el conocimiento del dato íntimo sobre el que se requiere una respuesta al testigo no resultara proporcionado en sentido estricto⁶⁸ para la realización del interés público en la averiguación de la verdad procesal.

En consecuencia, la pregunta pertinente por su relación con el *thema decidendi*, necesaria para producir la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto objeto del proceso⁶⁹, debe resultar, además, conforme con las exigencias constitucionales que legitiman su admisión, entre las que se encuentran, lógicamente, que la injerencia que determina la pregunta en los derechos fundamentales del testigo resulte proporcionada a los fines públicos⁷⁰ que la justifican⁷¹. Proporcionalidad que no existirá, por ejemplo, si la intromisión en la intimidad del testigo no viene determinada por la investigación de un delito grave⁷², ya que dicho indicador legitima con carácter general la afección de los derechos fundamentales en el procedimiento penal⁷³. En estos supuestos de desproporción deberá primar la salvaguarda de los derechos, debiendo rechazarse la intromisión⁷⁴, declarando la pregunta impertinente por invasiva de la intimidad (*filtro de impertinencia en sentido amplio*⁷⁵).

De esta forma, el citado filtro asegura la tutela de los derechos fundamentales del testigo⁷⁶, directamente, mediante la oportuna declaración de impertinencia, que evitará la necesidad de respuesta por parte del testigo, o indirectamente, cuando, a falta de la misma⁷⁷, se dirija al testigo la pregunta relacionada con el objeto procesal, pero invasiva por desproporcionada⁷⁸, supuesto este en el que pudiera ocurrir que el testigo optara por faltar a la verdad o, incluso, por no contestar, lo que, dada la finalidad tutelar de su conducta, orientada por la defensa sus derechos fundamentales, y el significado de los mismos como reglas básicas a las que deben ajustarse todos los procedimientos de la democracia⁷⁹, lógicamente, no debería asociar ningún efecto negativo para el testigo⁸⁰.

2.3. CONOCIMIENTO DE DATOS ÍNTIMOS QUE CAREZCAN DE RELACIÓN CON EL OBJETO PROCESAL

En la medida en que no podrán contribuir al esclarecimiento de los hechos objeto del proceso, deberían permanecer ajenos al interrogatorio del testigo⁸¹. En la mayoría de las ocasiones, ello se conseguirá a través del filtro de impertinencia, con el que el juzgador controlará el debate evitando las *preguntas inútiles*, esto es, las desconectadas del objeto procesal y las irrelevantes, también si determinan intromisiones ilegítimas por vulneración de derechos fundamentales como la intimidad (perjudiciales).

El artículo 709 de la LECrim dispone que el presidente del tribunal no permitirá que el testigo conteste a preguntas o repreguntas capciosas⁸², sugestivas⁸³ o impertinentes⁸⁴. Se

trata de una norma destinada a evitar abusos en la práctica de la prueba testifical que, es claro, debe orientarse a la búsqueda de la verdad, pero que no admite pretender tergiversar su resultado a través de esa clase de interrogatorio.

«Las preguntas deben indagar sobre hechos y no sobre las razones del comportamiento del testigo. El interrogatorio de los testigos se encamina a obtener la verdad, pero dicho camino se debe transitar rectamente. El derecho a la prueba no permite abusos, habiendo declarado reiteradamente el Tribunal Constitucional como este Tribunal Supremo que la práctica de prueba en el proceso penal no tiene un carácter absoluto e ilimitado, quedando excluido lo que sea impertinente⁸⁵, así como lo que sea inútil o pernicioso. El juez o el presidente del tribunal deben velar por el buen orden del proceso, por el respeto debido a quienes en ellos intervienen, y por evitar el empleo de métodos que tergiversen los resultados de la prueba. La protección de las víctimas y de los testigos es, en consecuencia, una obligación del juez o tribunal, como ha establecido reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala. Por ello es doctrina de esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que entre las funciones del presidente se encuentra la ponderación de los derechos constitucionales de la víctima y en concreto el derecho a la intimidad reconocido en el art. 18 de la Constitución española, y a ello ha de añadirse en el momento actual, que no solo el derecho fundamental debe ser tutelado en su interrogatorio, sino también el derecho a la dignidad de la persona, que constituye el fundamento del orden político y de la paz social conforme al art.10 de nuestra Constitución»⁸⁶.

El problema principal del filtro de impertinencia, a pesar de su proclama incuestionable, deriva, no obstante, de la excesiva amplitud que suele producirse en la admisión de las pruebas y de las preguntas asociadas al interrogatorio del testigo⁸⁷, porque, con carácter general, deben entenderse como inicialmente pertinentes aquellas preguntas correctamente propuestas que sean congruentes con los puntos debatidos⁸⁸ y puedan tener influencia en la causa⁸⁹, lo que en la realidad puede determinar situaciones de general aceptación de las mismas que convertirán en prácticamente inoperante el mecanismo tuitivo de rechazo de las que no lo son.

En este sentido, de manera clara, la STS 638/2000, de 14 de abril, señala que rechazar una pregunta por impertinente «no deja de ser la excepción a la regla general contraria del artículo 708 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que en principio faculta para hacer al testigo las preguntas que las partes tengan por convenientes y consideren oportunas»⁹⁰. En definitiva, continúa la citada resolución, «el ejercicio de las facultades del presidente de un tribunal impidiendo se conteste una pregunta dirigida a un testigo debe ejercerse con especial mesura y cuidado limitándose a los supuestos en que sea verdaderamente necesario, sin mutilar o dificultar con innecesario rigor el desarrollo defensivo libremente elegido por la parte, sobre todo cuando la contestación a la pregunta que se quiere formular por considerarla básica en su estrategia de defensa no afecta ningún otro interés en juego que pueda perturbarse o afectarse con la contestación pedida al testigo»⁹¹. Mejor es en tales casos permitir la pregunta y valorar después la relevancia o irrelevancia jurídica del dato objeto de la pregunta, que impedir su contestación como impertinente cuando ese dato tiene relación directa con un presupuesto fáctico relevante desde la perspectiva jurídica, quizá equivocada, de la parte que legítima-

mente la sostiene ejerciendo libremente su derecho a la defensa, que no significa obligación de optar por la interpretación mejor dentro de las que son jurídicamente posibles»⁹².

En consecuencia, reconocida la excepcionalidad del filtro de impertinencia —según expresa el Tribunal Supremo—, en caso de que este no se aplicara correctamente y, por ello, se dirigiera al testigo una pregunta impertinente, no relacionada con el objeto judicial⁹³ que, además, resultara invasiva de su intimidad o dignidad⁹⁴, nos encontraríamos ante una intromisión ilegítima en el derecho fundamental⁹⁵ carente de soporte legal, ya que no se ajustaría a las disposiciones de la LECrim⁹⁶, y desproporcionada⁹⁷, sin que el resultado de dicho interrogatorio *podiera ni debiera fundamentar ninguna consecuencia negativa para el testigo*.

La exigencia de proporcionalidad de cualquier medida indagatoria, a través de un medio de prueba, testifical, pericial o de otro tipo, goza de amplio reconocimiento judicial⁹⁸, pudiendo llegar a afirmarse con carácter general «el principio de prohibición de prueba/pregunta»⁹⁹ cuando recaiga sobre datos protegidos por el derecho a la intimidad del testigo y cuya finalidad no sea la de acreditar hechos del proceso, sino simplemente la aportación de máximas de experiencia técnica sobre la credibilidad del testimonio»¹⁰⁰.

La ausencia de consecuencias negativas para el testigo ante ese tipo de preguntas invasivas debe postularse con independencia de cuál sea su opción personal en el caso concreto. Esto es, tanto si el testigo optara por no contestar, protestando personalmente por la invasión desproporcionada de sus derechos fundamentales, si es que no hubiera protesta de parte —o incluso habiéndola, para refuerzo de su postura—, como si optara por contestar sin decir verdad para salvaguardar tales derechos, pues en ninguno de los supuestos señalados consideramos que resulte admisible pretender una eventual imputación delictiva ni por desobediencia ni por falso testimonio.

En efecto, en el caso de que ante la pregunta ajena al objeto procesal e invasiva de su intimidad el testigo eligiera salvaguardar su derecho fundamental faltando a la verdad, debemos rechazar la pretensión de una eventual condena por falso testimonio, ya que tal declaración no constituiría *el testimonio típico sobre hechos relevantes relacionados con la causa*¹⁰¹ objeto de la prueba testifical ni, por tanto, el soporte mendaz del delito de falso testimonio, teniendo en cuenta, además, que también podría pretenderse que entrara en juego, en su caso, una posible causa de justificación, o de inexigibilidad, lo que podría alegarse igualmente ante una eventual imputación por delito de desobediencia si el testigo optase por omitir la respuesta¹⁰².

3. LA INTIMIDAD DEL TESTIGO FRENTE AL DELITO DE FALSO TESTIMONIO

3.1. EL CONCEPTO DE TESTIMONIO

El testimonio típico del delito del artículo 458 del Código Penal se refiere a *hechos, circunstancias o datos convenientes para la comprobación del delito y del delincuente*¹⁰³, esto es,

aquel que se relaciona con aspectos esenciales del proceso, ya que solo estos pueden ofrecer datos *convenientes*, en el sentido de útiles, oportunos y provechosos para el fallo¹⁰⁴.

Dicho concepto proyecta su significado, asimismo, sobre la modalidad atenuada de falso testimonio del art. 460 CP, referido a la conducta del testigo¹⁰⁵ que, *sin faltar sustancialmente a la verdad, la alterar con reticencias, inexactitudes o silenciando hechos o datos*. Alteración de la verdad que también deberá recaer sobre circunstancias *útiles, oportunas y convenientes* para la comprobación de alguno de los elementos del delito y del delincuente, pues únicamente estas circunstancias integrarán el concepto de testimonio sobre el que se construye la tipicidad del delito descrito en ambos preceptos, el 458 y el 460 CP.

En este punto, conviene tener claro que una cosa es la verdad y otra el objeto sobre el que se proyecta. Dicho objeto incide sobre *aspectos esenciales para la resolución del proceso*, en la medida en que la falsedad sobre cuestiones irrelevantes carece de ofensividad significativa sobre el bien jurídico protegido, sin que, en consecuencia, sea susceptible de integrar el testimonio típico del art. 458 ni tampoco la conducta descrita en el artículo 460 CP¹⁰⁶.

Frente a este entendimiento de la tipicidad, siempre relacionada con hechos o datos trascendentes del proceso¹⁰⁷, algunos autores consideran típica la mentira no esencial o, incluso, aquella que recae sobre extremos ajenos al proceso, siempre que puedan incidir en la valoración de la prueba, como las relaciones de parentesco o de amistad con las partes¹⁰⁸.

A mi juicio, el entendimiento de los términos legales¹⁰⁹ según el uso común del lenguaje y el sentido común¹¹⁰ limita el concepto de testimonio típico por el su significado en la ley procesal, ya que nos encontramos ante un concepto normativo valorado por la LECrim¹¹¹.

El significado gramatical del término *testimonio*¹¹², sobre el que se construye la tipicidad de las diversas modalidades delictivas de los artículos 458 y 460 CP, es demasiado amplio, determinando desde dicha amplitud la criminalización de cualquier declaración no veraz del llamado a declarar como testigo, lo que vulneraría las exigencias de seguridad implicadas en el principio de legalidad. En consecuencia, dicho concepto debe limitarse por el significado del *testimonio pertinente procesal*, que es aquel que circunscribe la tipicidad del *falso testimonio penal* a la falsedad o alteración de la verdad sobre hechos relacionados con la causa, que resulten relevantes a efectos del enjuiciamiento —incluyendo los recaentes sobre elementos accidentales del delito, como las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, que evidentemente forman parte del objeto procesal—, en los términos establecidos por el juego combinado de los preceptos reguladores de la prueba testifical y de su aplicación jurisprudencial¹¹³.

También debemos precisar que el testimonio —típico— debe proyectarse sobre *hechos*, sin reflejar opiniones o simples juicios de valor¹¹⁴, pues la declaración prestada por los testigos, *objeto del posible delito de falso testimonio*, tiene por objeto acreditar o desacreditar las diversas tesis mantenidas en un proceso por las partes litigantes¹¹⁵, *sin que pueda referirse a cuestiones desvinculadas del objeto de debate*¹¹⁶.

3.2. LA MENTIRA EN LAS GENERALES DE LA LEY

La posibilidad de cometer falso testimonio cuando la mentira se produzca con relación a las preguntas que se formulan al testigo con carácter previo a su declaración, esto es, en las denominadas «generales de la Ley», contenidas en el art. 436 LECrim¹¹⁷, resulta muy controvertida. A nuestro juicio, y con carácter general, esa falta de verdad no formará parte del testimonio típico por sustraerse de su significado en los términos señalados con anterioridad. La mentira en alguna de estas preguntas tendrá la consecuencia procesal que determine la LECrim si produce error en la apreciación de la prueba, por ejemplo, por atribuir mayor credibilidad a la declaración del testigo que haya faltado a la verdad, pero, por sí misma e individualmente considerada, no creemos que pueda determinar la comisión del delito de falso testimonio¹¹⁸.

A mi entender, la credibilidad/fiabilidad del testigo es una cosa, concretamente un juicio de inferencia que provoca la convicción del juez sobre la valoración de la prueba¹¹⁹, y el elemento testimonial de los delitos tipificados en los arts. 458 y 460 CP otra distinta, sin que podamos realizar una interpretación extensiva del concepto de testimonio típico en perjuicio del reo para criminalizar la mentira en las generales de la Ley¹²⁰.

Lo cierto es que consideramos que la afirmación genérica de que puede cometerse el delito de falso testimonio por deslealtad en las generales de la Ley es admisible como *posibilidad*, pero debe matizarse, ya que la misma dependerá de que la falsedad sobre las mismas se acompañe de otra falsedad de carácter esencial para la averiguación de la verdad procesal, esto es, de la circunstancia de que se acompañe de otra mentira vertida en el momento y con el contenido adecuado para ofender el bien jurídico protegido en el delito de falso testimonio. En este sentido, podemos citar, por ejemplo, la STS 602/2006, de 25 de mayo, que reconoce la existencia de falso testimonio, pero no por faltar exclusivamente a la verdad en las generales de la Ley, sino por faltar a la verdad en ellas y también en la/s correspondiente/s pregunta/s del abogado defensor, afirmando que desconocía al denunciante, presentándose como testigo absolutamente imparcial cuando no lo era. Por ello, no creemos que pueda afirmarse sin más y con carácter general que la mentira en las generales de la Ley, por sí sola y en todo caso, permite la condena por falso testimonio. Por el contrario, habrá que estar al caso concreto para en función del contenido de la mentira, de su reiteración en el interrogatorio formulado al testigo en el juicio oral, así como de su relevancia en el enjuiciamiento y de su trascendencia en la ofensa del bien jurídico protegido, decidir concretamente si ostenta la entidad suficiente para condenar por falso testimonio.

En tales supuestos, esto es, de condenarse por mentir en las generales de la Ley y en el interrogatorio con relación a una pregunta relevante y esencial para el enjuiciamiento del delito, dicha condena derivará no de la mentira en las generales de la Ley¹²¹, sino de la mentira esencial en el testimonio sobre hechos relacionados con la causa objeto de enjuiciamiento.

A mi juicio, esta es la postura correcta, rechazar en principio la posibilidad de considerar falso testimonio la mentira vertida por el testigo en las generales de la Ley, ya que,

al versar sobre las circunstancias personales del testigo, no recaerá por lo general sobre aspectos esenciales a efectos del enjuiciamiento¹²² (*v. gr.* miente sobre su edad, su profesión...), ni tampoco integrará el concepto de testimonio típico en los términos que venimos señalando¹²³. Dichas preguntas, que se formulan para determinar la vinculación del testigo con las partes y otros datos personales, resultan trascendente a efectos de fijar su credibilidad¹²⁴, por lo que afectarán a esta, determinando la mayor o menor fiabilidad del testigo¹²⁵, pero con carácter general no determinarán la posible realización del delito de falso testimonio¹²⁶.

Como excepción, sin embargo, en algunos supuestos, cuando la mentira en las generales de la Ley presenta una imagen por completo distinta de la real, y la misma se conecta con otra mentira que sí afecta a cuestiones esenciales del proceso —por ejemplo, afirmando una absoluta imparcialidad por desconocimiento con las partes, que se complementa con otra mentira sobre el objeto del proceso—, entonces sí habrá delito de falso testimonio, pero no por mentir en las generales de la Ley, sino por la mentira esencial en los hechos objeto de su testimonio, es decir, aunque esta mentira esencial traiga su causa o se encuentre precedida, a efectos de «darle soporte de fiabilidad», por la mentira previa formulada al amparo del artículo 436 LECrim. Sería una mentira en las generales de la Ley que complementa a otra esencial sobre el objeto del proceso, que es la que constituyendo el testimonio del testigo integra la tipicidad del art. 458¹²⁷ o del art. 460 CP¹²⁸.

En definitiva, a mi juicio, para que la mentira en las generales de la Ley integre el delito de falso testimonio deberá complementarse con la mentira típica, esto es, con la mentira sobre hechos esenciales del enjuiciamiento, vertida en el juicio oral (*mentira trascendente*). De otra forma, si la mentira en las generales de la Ley no se asocia con alguna mentira relevante sobre el objeto del proceso, no habrá falso testimonio¹²⁹.

Esta postura es conforme con el principio de ofensividad y con el tenor literal de los preceptos reguladores del falso testimonio, tanto del tipo básico del art. 458 como del atenuado del 460 CP, pues solo a la mentira o la alteración de la verdad esencial para el enjuiciamiento se refieren las distintas modalidades del delito.

Y ello con independencia de que a consecuencia de la mentira en las generales de la Ley se ofrezca una imagen falsa de la fiabilidad del testigo. En tal caso, si atribuyendo credibilidad a esa persona se falla sobre la base de su testimonio habrá que estar a su contenido: si mintió en él, habrá falso testimonio¹³⁰, pero si, pese a aparentar fiabilidad, por ejemplo, presentándose como un desconocido de las partes, dice la verdad en los hechos objeto de enjuiciamiento¹³¹, no podremos afirmar que haya falso testimonio.

El delito de falso testimonio no es un delito de perjurio, sino un delito contra la Administración de Justicia¹³², solo necesitado de pena cuando exista ofensa relevante del bien jurídico protegido¹³³.

3.3. LA PREGUNTA VULNERADORA DE LA INTIMIDAD DEL TESTIGO: UN PROBLEMA DE LÍMITES

La reacción penal frente a la mentira —o frente a reticencias, inexactitudes o silencio de ciertos hechos o datos— solo será admisible cuando lesione concretos bienes jurídicos, individuales o colectivos cuya salvaguarda es indispensable para una sana y pacífica convivencia, lo que ocurrirá cuando tales conductas se producen en sede judicial¹³⁴, y cuando las mismas se refieran a aspectos necesarios para el enjuiciamiento y no a cuestiones intrascententes¹³⁵, pues de otra forma no existirá testimonio típico, en el sentido de ofensa relevante en los términos exigidos por el principio de intervención mínima. Tampoco resultará admisible sancionar la falta de veracidad cuando, existiendo ofensividad mínima por recaer la testifical sobre cuestiones relevantes para el objeto del proceso, la misma responda a una conducta del testigo orientada a la salvaguarda de su derecho fundamental a la intimidad frente a la pregunta invasiva ilegítima por desproporcionada, ya que en ningún caso, lógicamente, resulta admisible la punición —en esta ni en ninguna otra figura delictiva— de conductas que supongan el ejercicio de acciones tuitivas de derechos fundamentales.

Esta realidad¹³⁶ aparece claramente reflejada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 196/2006, de 3 de julio¹³⁷, cuando señala que «la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y su carácter de elementos esenciales del ordenamiento jurídico imponen a los poderes públicos la obligación de tener presente su contenido constitucional, impidiendo reacciones que supongan su sacrificio innecesario o desproporcionado o tengan un efecto disuasor o desalentador de su ejercicio. Por ello, si la Administración o el órgano judicial prescinden de la circunstancia de que está en juego un derecho fundamental *y se incluyen entre los supuestos sancionables conductas que inequívocamente han de ser calificadas como pertenecientes al ámbito objetivo de ejercicio del mismo*¹³⁸, se vulnera este derecho, pues aunque la subsunción de los hechos en la norma fuera posible conforme a su tenor literal, los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de una infracción (desde la temprana STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 22, hasta las más recientes SSTC 2/2001, de 15 de enero, FJ 2; 185/2003, de 27 de octubre, FJ 5; y 110/2006, de 3 de abril, FJ 4)»¹³⁹.

En consecuencia, de conformidad con el significado de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento, y en la línea marcada por la doctrina del Tribunal Constitucional, consideramos que la pretensión punitiva por delito de falso testimonio quedaría excluida en todo caso cuando el testigo faltara a la verdad sobre preguntas no relacionadas con aspectos fundamentales del proceso o cuando, estando relacionada y siendo necesaria para el enjuiciamiento, la pregunta asocie una injerencia ilegítima en alguno de sus derechos fundamentales —como la intimidad— por no superar el juicio de proporcionalidad que legitima su posible limitación (filtro de impertinencia en sentido amplio)¹⁴⁰.

En estos supuestos, afirmada la impertinencia en sentido amplio de la pregunta formulada al testigo por falta de relación relevante con el objeto procesal (atipicidad) o porque, habiéndola, suponga una pregunta invasiva en los derechos fundamentales del testigo (desproporción), las consecuencias para el sujeto serán distintas. En el primer caso, considera-

mos que no podremos afirmar la existencia de testimonio típico de los arts. 458 y 460 CP, mientras que en el segundo la conducta podría resultar justificada, o ser inexigible, en su caso.

El ejercicio legítimo de un derecho fundamental o la conducta orientada a su legítima protección no debería asociar ninguna sanción penal ni de ningún otro tipo para el sujeto¹⁴¹. Por el contrario, si el testigo miente, o, incluso, si desobedece, no llegando a contestar la pregunta impertinente *en sentido amplio*¹⁴², esto es, desconectada del objeto procesal, o conectada, pero que no supera el canon de proporcionalidad que legitima la injerencia en su intimidad, entendemos que su falta de respuesta o su mentira¹⁴³ tutelar del derecho fundamental no habría de ser punible¹⁴⁴. Ello es así por la necesidad de respeto de la función constitucional de los derechos fundamentales como reglas básicas del procedimiento, vinculante para los poderes públicos¹⁴⁵, sin que pueda considerarse punible ninguna acción tuitiva orientada por una finalidad defensiva del testigo¹⁴⁶.

Esta conclusión se deduce de los considerandos de distintas resoluciones del Tribunal Constitucional —y de otros tribunales— cuando señalan que el sometimiento del testigo «a pruebas que indaguen sobre sus condiciones socio-personales en las que se desenvuelve su vida —o pruebas psicológicas o de valoración de su capacidad mental— plantea problemas de límites a la actividad indagatoria y, por tanto, de admisibilidad del medio de prueba muy vinculados al derecho a su intimidad»¹⁴⁷. De tal forma que «la ordenación de tal diligencia ha de venir condicionada a la identificación de sólidas razones probatorias que patenticen la proporcionalidad y razonabilidad de la medida que se acuerde, pues puede comprometerse el derecho a la intimidad de la persona examinada»¹⁴⁸.

«Es evidente que toda persona que tenga que declarar ante un órgano judicial como testigo puede verse en la encrucijada de estar obligado a declarar, y de que alguna de las preguntas que se le dirijan pueda afectar a su intimidad. La legislación española contiene cautelas orientadas a conciliar el derecho a preservar la vida íntima con la obligación de declarar»¹⁴⁹, eliminando aquellos medios de prueba impertinentes por innecesarios o inútiles¹⁵⁰, de forma que, si la negativa a responder del testigo se basa en que puede verse afectada su intimidad, lo que procede es que el órgano judicial haga un juicio de ponderación entre los bienes en conflicto y decida si debe primar la indemnidad de la intimidad del testigo o la integridad probatoria del proceso¹⁵¹.

Por ello, y con carácter general, entiendo que resultaría inadmisibile la pretensión de que un testigo contestara, por ejemplo, a preguntas sobre sus manifestaciones afectivas con determinada persona (*v. gr.* besos al novio, o sobre su consumo de determinadas drogas blandas¹⁵²), por afectar a su intimidad. Tampoco resultaría aceptable en la generalidad de supuestos preguntas pertenecientes a la esfera íntima del testigo referentes al modo, forma o manera de desarrollo de sus relaciones sexuales¹⁵³, o referidas a su estado mental¹⁵⁴, a su forma de vida o a su comportamiento¹⁵⁵, preguntas que, precisamente por la afectación que implican en el derecho fundamental a la intimidad, solo podrán acordarse judicialmente cuando su ordenación resulte *muy justificada*, superando sin fisuras el necesario juicio de proporcionalidad que legitima la injerencia en el derecho fundamental¹⁵⁶.

En consecuencia, considero que debe reconocerse una zona de impunidad asociada a la tutela de los derechos fundamentales frente a injerencias no legítimas, lo que, a mi juicio, impedirá la posible imputación y el castigo por delito de falso testimonio¹⁵⁷ si el testigo mintiera como mecanismo tutelar de su derecho fundamental a la intimidad frente a una pregunta invasiva ajena al objeto procesal y/o desproporcionada (esto es, que no supere el filtro de impertinencia en sentido amplio, en los términos que venimos defendiendo¹⁵⁸), pues, como señala Vives Antón, «no es solo que esa verdad resulte sospechosa, sino que ni siquiera puede ser tomada en consideración»¹⁵⁹, afirmación que, considero, justifica la postura que mantenemos sobre lo inadmisibles que sería en el marco del texto fundamental, y desde el reconocimiento del valor de los derechos fundamentales como reglas básicas de procedimiento, pretender la punición de la conducta del testigo que mintiera ante la pregunta impertinente por vulneración de derechos fundamentales. Esta afirmación es racional y consecuente con el reconocimiento de la fuerza expansiva de tales derechos, y con la paralela proclama del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de que la justicia no solo debe serlo, sino parecerlo¹⁶⁰, sin que *parezca justo* en absoluto una pretendida imputación delictiva derivada de la conducta del testigo que represente una reacción tutelar frente a una posible vulneración de derechos fundamentales por parte de los poderes públicos; imputación frente a la que podrá pretenderse la no punición por falta de realización típica¹⁶¹, o por entrar en juego, en su caso, una causa de justificación o de inculabilidad¹⁶².

4. CONCLUSIONES

«Los derechos fundamentales constituyen reglas básicas de todos los procedimientos de la democracia, de modo que ninguno de ellos puede calificarse de constitucionalmente legítimo si no los respeta en su desarrollo o si los menoscaba o vulnera en sus conclusiones» (STC 81/1998, de 2 de abril, FJ 2). Este principio general ha de afirmarse de forma particularmente rotunda en el proceso penal, pues en él se pretende la actuación del poder del Estado en su forma más extrema, lo que determina una profunda injerencia en el núcleo duro de los derechos fundamentales del delincuente y también de los terceros intervinientes en el mismo.

Entre tales derechos, la intimidad del testigo, igual que el resto de los derechos fundamentales, dado su carácter no absoluto, pueden limitarse legítimamente en el interrogatorio, siempre que la injerencia ostente soporte legal y resulte proporcionada a los fines públicos que la justifican. Si esto es así, la afirmación que se impone a continuación es que, ante una pregunta impertinente en sentido amplio —por desconectada del objeto procesal o por desproporcionada en los términos aquí defendidos—, si el testigo optara por faltar a alterar la verdad en su respuesta con una finalidad de salvaguarda de su intimidad, dicha conducta no debería asociar ninguna consecuencia negativa para el mismo. Por el contrario, consideramos que, en tales supuestos, su declaración o bien no merecerá el calificativo de testimonio, a los efectos de realizar la tipicidad de las figuras descritas en los artículos

458 o 460 CP, o bien no debería ser punible por concurrencia, en su caso, de una causa de justificación o de inexigibilidad.

A falta de tratamiento específico, esta conclusión encuentra soporte justificativo en la doctrina del Tribunal Constitucional y en algunas resoluciones del Tribunal Supremo, en una línea defensiva y garantista de los derechos fundamentales del testigo, que destaca y requiere la función tutelar de los tribunales frente a las preguntas invasivas de tales derechos, como la intimidad, lo que, esperamos, trascienda en el futuro, llegando a la formación de un cuerpo de doctrina y de jurisprudencia favorable a la tutela material de los derechos fundamentales del testigo y no solo del delincuente o de la víctima.

NOTAS

1. Vives Antón (1995: 305).

2. El objeto del trabajo se limita al análisis de alguno de los mecanismos de tutela de los testigos en el proceso penal. Concretamente, al que denominamos filtro de impertinencia en sentido amplio (*vid., infra*), frente a una posible imputación por falso testimonio cuando el testigo faltare a la verdad ante una pregunta invasiva de su derecho fundamental a la intimidad, esto es, sin extender el estudio a otros instrumentos tutelares, como, por ejemplo, los establecidos en la LO 19/1994 de 23 de diciembre, de Protección a testigos y peritos en causas criminales, ni tampoco al examen de la prueba testifical fuera del orden jurisdiccional penal.

3. Conviene matizar que el delito de desobediencia no va a ser objeto de tratamiento específico en este trabajo, siendo analizado tan solo como materia tangencial en alguna de nuestras afirmaciones, en la medida en que representa una de las opciones que podrá utilizar el testigo ante una pregunta invasiva de su intimidad.

4. La posibilidad de cometer el delito de falso testimonio en la fase de instrucción no es admitida por una parte de la doctrina. Entre otros, *vid.*, Orts Berenguer (2019: 727); Corcoy Bidasolo y Mir Puig (2011: 991); Palomo del Arco (2015: 519); Queralt Jiménez (2015: 1269); y Santana Vega (2015: 1529). Para este sector doctrinal, solo si el testigo que presta declaración en la fase sumarial no llega a declarar en el plenario podría tener relevancia su declaración a efectos del delito de falso testimonio (Carrasco Andriano, 2013: 978-979).

A favor de esta postura, *vid.*, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo 457/2007, de 29 de mayo; 318/2006, de 6 de marzo; 1187/2005, de 21 de octubre; 265/2005, de 1 de marzo; o 121/2019, de 4 de noviembre; así como las Sentencias de las Audiencias Provinciales de A Coruña, de 8 de marzo de 1999; o de Tarragona, de 16 de octubre de 2000.

En contra, considerando admisible el delito de falso testimonio cuando la falsedad se produce en la fase de instrucción, *vid.*, entre otros, Faraldo Cabana (2017: 159). En el mismo sentido, Martínez-Buján Pérez (2001: 182); Quintero Olivares (2022: 1866); Magro Servet (2006: 95); Domínguez Izquierdo (2002: 366-369); García Vitoria (2009: 95); y Urbano Castrillo (2003: 2).

5. Los derechos fundamentales del testigo se reconocen expresamente en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección de peritos y testigos en causas criminales, cuando señala su objetivo de hacer «posible el necesario equilibrio entre el derecho a un proceso con todas las garantías y la tutela de derechos fundamentales inherentes a los testigos y peritos y a sus familiares».

También en la jurisprudencia se hace alusión a tales derechos en algunas resoluciones. Así, por ejemplo, y sin ánimo exhaustivo, *vid.* Sentencia del Tribunal Supremo 468/2020, de 23 septiembre, cuando señala que los testigos tienen «derecho a que se les tutele en la forma de su declaración para que, respetando los derechos fundamentales del proceso penal, se le conceda su derecho a declarar en condiciones respetuosas con su lógico temor a declarar ante el acusado»; o STS 381/2014, de 21 de mayo, cuando señala que «es necesario aplicar un estándar especialmente riguroso pues quien comparece como testigo en el juicio oral cumpliendo el mandato del art. 118 CE no puede hacerlo bajo un régimen de inseguridad y de incertidumbre que acabe siendo examinado sobre aspectos íntimos de su persona y vida. Por ello puede afirmarse un principio general de prohibición de prueba cuando recaiga sobre datos protegidos por el derecho a la intimidad del testigo» (FJ 2). En la misma línea, *vid.* STS 383/2021, de 5 de mayo (FJ 1); o 467/2022, de 7 de abril (FJ 3).

6. Sobre este particular, reflejamos, por su claridad expositiva la doctrina proclamada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 81/1998, de 2 de abril, cuando señala que «los derechos fundamentales sustantivos adquieren una dimensión procedimental: son reglas básicas de todos los procedimientos de la democracia, de modo que ninguno de ellos puede calificarse de constitucionalmente legítimo si no los respeta en su desarrollo o si los menoscaba o vulnera en sus conclusiones» (FJ 2).

7. En este punto debemos realizar una precisión terminológica sobre nuestro entendimiento de la expresión *pertinencia en sentido amplio*, que comprenderá, por un lado, la *pertinencia en sentido estricto*, referida a la relación y relevancia de la pregunta con el objeto procesal, y, por otro, su adecuación o admisibilidad, entendida como conformidad de la misma —de su contenido— con el texto fundamental y con la prohibición de cualquier actuación invasiva sobre derechos fundamentales (*proporcionalidad*).

8. En este sentido, *vid.*, la LO 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección de peritos y testigos en causas criminales. En concreto, en el artículo 2 se establece que «el juez instructor acordará motivadamente, de oficio o a instancia de parte, cuando lo estime necesario en atención al grado de riesgo o peligro, las medidas necesarias para preservar la identidad de los testigos y peritos, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, sin perjuicio de la acción de contradicción que asiste a la defensa del procesado, pudiendo adoptar las siguientes decisiones:

- a) Que no consten en las diligencias que se practiquen su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los mismos, pudiéndose utilizar para esta un número o cualquier otra clave.
- b) Que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal.
- c) Que se fije como domicilio, a efectos de citaciones y notificaciones, la sede del órgano judicial interviniente, el cual las hará llegar reservadamente a su destinatario».

9. Por todas, *vid.* STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8.

10. La configuración de los derechos fundamentales como reglas básicas de todos los procedimientos de la democracia goza de expreso reconocimiento constitucional en la Sentencia 81/1998, de 2 de abril, que concluye, de acuerdo con ella, que la valoración procesal de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales implica una ignorancia de las «garantías» propias del proceso (art. 24.2 de la Constitución). En consecuencia, en virtud de su contradicción con ese derecho fundamental y, en definitiva, con la idea de «proceso justo» debe considerarse prohibida por la Constitución (FJ 2). En este mismo sentido, STC 49/1999, de 5 de abril, señala que «es la necesidad de tutelar los derechos fundamentales la que, en ocasiones, obliga a negar eficacia probatoria a determinados resultados, cuando los medios empleados para obtenerlos resultan constitucionalmente ilegítimos», añadiendo que «parece claro que esa necesidad de tutela es mayor cuando el medio probatorio utilizado vulnera directamente el derecho

fundamental [...] que cuando se trata de pruebas lícitas en sí mismas, aunque derivadas del conocimiento adquirido de otra ilícita [...]. Y además, que utilizar dichas pruebas en un proceso penal contra quienes fueron víctimas de la vulneración del derecho fundamental ha de estimarse, en principio, contrario a su derecho a un proceso justo» (FJ 12).

11. Vives Antón (1995: 306).

12. STC 159/1986, de 12 de diciembre, FJ 6.

13. *Vid.*, entre otros, los Autos Tribunal Constitucional 71/2022, de 27 abril (FJ 3), 26/2022, de 27 enero, FJ 3, o 94/2021, de 5 octubre, FJ 5.

14. Entre otras, *vid.*, STC 207/1996, de 16 de diciembre (FJ 4); 49/1999, de 5 de abril (FJ 7); 196/2006, de 3 de julio (FJ 5); o 206/2007, de 24 de septiembre (FJ 5). *Vid.*, asimismo, con relación específica a los derechos fundamentales del testigo, STS núm. 285/2011 de 20 abril cuando señala que «las preguntas deben indagar sobre hechos y no sobre las razones del comportamiento del testigo. El interrogatorio de los testigos se encamina a obtener la verdad, pero dicho camino se debe transitar rectamente. El derecho a la prueba no permite abusos, habiendo declarado reiteradamente el Tribunal Constitucional como este Tribunal Supremo que la práctica de prueba en el proceso penal no tiene un carácter absoluto e ilimitado, quedando excluido lo que sea impertinente, así como lo que sea inútil o pernicioso. El juez o el presidente del tribunal deben velar por el buen orden del proceso, por el respeto debido a quienes en ellos intervienen, y por evitar el empleo de métodos que tergiversen los resultados de la prueba. La protección de las víctimas y de los testigos es, en consecuencia, una obligación del juez o tribunal, como ha establecido reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala. Por ello es doctrina de esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que entre las funciones del presidente del Tribunal se encuentra la ponderación de los derechos constitucionales [...] y en concreto el derecho a la intimidad reconocido en el art. 18 de la Constitución Española, y a ello ha de añadirse en el momento actual, que no solo el derecho fundamental debe ser tutelado en su interrogatorio, sino también el derecho a la dignidad de la persona, que constituye el fundamento del orden político y de la paz social conforme al art. 10 de nuestra Constitución» (FJ 5). En el mismo sentido, entre otras, *vid.*, SSTS núm. 779/2012 de 22 octubre, 673/2007, de 19 julio (FJ 11); 849/2013, de 12 noviembre (FJ 28); y 484/2018, de 18 octubre (FJ 7).

15. *Vid.*, entre otras muchas, las Sentencias del Tribunal Constitucional 207/1996, de 16 de diciembre (FJ 4); 49/1999, de 5 de abril (FJ 7); 196/2006, de 3 de julio (FJ 5); o 206/2007, de 24 de septiembre (FJ 5).

16. En este punto, resultan especialmente ilustrativas las afirmaciones contenidas en la STS 381/2014, de 21 de mayo, que señala: «Es necesario aplicar un estándar especialmente riguroso pues quien comparece como testigo en el juicio oral cumpliendo el mandato del art. 118 CE. no puede hacerlo bajo un régimen de inseguridad y de incertidumbre que acabe siendo examinado sobre aspectos íntimos de su persona y vida. Por ello puede afirmarse un principio general de prohibición de prueba cuando recaiga sobre datos protegidos por el derecho a la intimidad del testigo y cuya finalidad no sea la de acreditar hechos del proceso sino simplemente la aportación de máximas de experiencia técnica sobre la credibilidad del testimonio. En definitiva, cuando la defensa solicita una prueba sobre el modo de vida social de una persona llamada como testigo, debe identificar, o el tribunal debe exigirlo, de forma rotunda las razones que en términos de proporcionalidad pueden justificar la limitación del derecho a la intimidad de aquella, sin que pueda bastar la simple invocación de la necesidad de un juicio técnico sobre la credibilidad» (FJ 2). En parecidos términos, puede verse la STS 836/2000, de 19 mayo (FJ 2). Tampoco el Tribunal Constitucional olvida la necesidad de tutelar la intimidad del testigo señalando que «toda persona que tenga que declarar ante un órgano judicial como testigo puede verse en la encrucijada de estar obligado a declarar y de que alguna de las preguntas que se le dirijan puedan afectar a su intimidad, por lo que la legislación

española contiene cautelas orientadas a conciliar el derecho a preservar su vida íntima con la obligación de declarar» (STC 64/2019, de 9 de mayo).

17. Cfr. Vives Antón (1995: 305).

18. Así se deduce claramente, y entre otras muchas resoluciones, de los considerandos de la STS 383/2021, de 5 mayo, cuando proclama que «entre los límites iusfundamentales a la admisión de prueba, destacan los que se derivan del derecho a la intimidad de terceros (...).Y si bien dicho espacio puede ceder o limitarse ante intereses constitucionalmente relevantes, la decisión limitativa ha de presentar siempre una justificación objetiva y razonable que patentice su proporcionalidad tanto en un sentido amplio como estricto. Ni el interés público en la investigación de un delito ni el derecho a la prueba de las partes del proceso penal, incluso de la persona acusada, justifican por sí y sin ninguna otra consideración ponderativa una intervención que recaiga sobre la esfera íntima de un tercero. Ninguna persona puede verse despojada a la ligera de sus derechos por la sola razón de que sea llamada al proceso ya sea como testigo o en cualquier otra condición» (FJ 1). En la misma línea defensiva de los derechos fundamentales de los testigos, y, especialmente, de su intimidad, *vid.*, el Auto del Tribunal Supremo 467/2022, de 7 abril (FJ 3), y STS 672/2022, de 1 de julio (FJ 1).

19. O de su falta de respuesta.

20. Por exceder de los límites de este estudio, restringimos el análisis de la posible configuración de la mentira del testigo como causa de justificación, o de inexigibilidad, en su caso, al mero enunciado de tal problemática, dejando su examen para su desarrollo específico en otro trabajo ulterior.

21. Vives Antón (2011: 3).

22. O de desobediencia, en su caso, si optara por no contestar.

23. Cfr. Maqueda Abreu (1991: 41), cuando señala que se trata de realizar una ponderación de males, el asociado a la aceptación de una vulneración de su intimidad/dignidad/honor, que se produciría si tuviera que contestar verazmente a la pregunta invasiva (impertinente o desproporcionada), y el asociado al perjuicio que de su mentira o falta de declaración se produjera en la investigación criminal, reconociendo la existencia de una zona de impunidad necesaria para salvaguardar la indemnidad del derecho fundamental. En tales supuestos podría entrar en juego una causa de inexigibilidad o de exclusión de la antijuridicidad como mecanismo de defensa, diferenciado de los casos en los que la pregunta es impertinente en sentido estricto por falta de relación con el objeto procesal, donde faltara el testimonio mismo, con la consiguiente atipicidad de la conducta.

24. «Testigo es la persona física que, sin ser parte en el proceso, es llamada a declarar, según su experiencia personal, acerca de la existencia y naturaleza de unos hechos conocidos con anterioridad al proceso, bien por haberlos presenciado como testigo directo, bien por haber tenido noticia de ellos por otros medios como testigo de referencia» (SSTS 971/1998, de 27 julio, FJ 3; 1989/2000, de 3 mayo, FJ 2; 701/2004, de 21 mayo, FJ 2; 1159/2005, de 10 octubre, FJ 5; 332/2006, de 14 marzo, FJ 2; 1168/2006, de 29 noviembre, FJ 8; y 249/2008 de 20 mayo, FJ 8; *vid.*, asimismo, la Consulta núm. 1/2000, de 14 abril, de la Fiscalía General del Estado).

25. Sobre el significado de la prueba testifical, *vid.*, con carácter general, Montero Aroca *et al.* (2007: 407 ss.).

26. En este sentido, el art. 421 LECrim señala expresamente que «el juez de instrucción o municipal en su caso hará concurrir a su presencia y examinará a los testigos citados en la denuncia o en la querrela, o en cualesquiera otras declaraciones o diligencias, y a todos los demás que supieren hechos o circunstancias o poseyeren datos convenientes para la comprobación o averiguación del delito y del delincuente. Se procurará, no obstante, omitir la evacuación de citas impertinentes o inútiles». Entendemos por conveniente

en los términos declarativos sobre los que debe contestar el testigo, aquello que resulte útil, oportuno, o provechoso para la comprobación o averiguación del delito y del delincuente, esto es, aquello que tuviera relación relevante con el objeto procesal. En parecidos términos, entre otros, Montero Aroca *et al.* (*Ibidem*).

27. Ni tampoco la obligación misma de contestar a las preguntas que se le formulen, pues aquella solo alcanza a las ordenes legítimas. Esta legitimidad resulta cuestionable frente a una pregunta desvinculada del objeto procesal (impertinente) o desproporcionada por no superar dicho juicio de legitimidad de las injerencias en derechos fundamentales. En tales supuestos, si el testigo optara por no contestar a la pregunta invasiva, desconectada del objeto procesal —impertinente en sentido estricto— o desproporcionada, consideramos que su conducta no debería asociar ninguna consecuencia negativa, igual que si optara por faltar a la verdad ante este mismo tipo de preguntas (impertinentes o desproporcionadas).

28. Entre otros, Faraldo Cabana (2017: 149); Domínguez Izquierdo (2002: 232); Mares Roger y Martínez Lluesma (1998: 206); Corcoy Bidasolo *et al.* (2011); y Mir Puig (2011: 991).

En el mismo sentido, *vid.*, entre otras, las Sentencia del Tribunal Supremo 107/2021, de 10 de febrero, FJ 2; 318/2006, de 6 de marzo, FJ 4; o 121/2019, de 4 de noviembre, FJ 6.

29. *Vid.*, por todas, la Sentencia del Tribunal Constitucional 159/1986, de 12 de diciembre, cuando señala que «tanto las normas de libertad como las llamadas normas limitadoras se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios en el que, en último término, resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras y el interés público que, en ciertos supuestos, aconseja su restricción. Antes al contrario, tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto estas derivan del respeto a la Ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el art. 10.1 de la Constitución como “fundamento del orden político y de la paz social”. Así este Tribunal pudo declarar en su Sentencia 25/1981, de 14 de julio (STC 1981\25), que los derechos fundamentales resultan ser “elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional”, reiterando posteriormente el destacado interés público que se halla en la base de la tutela de los derechos fundamentales. Se produce, en definitiva, un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión, de tal modo que tanto las normas que regulan la libertad como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente. Como resultado de esta interacción, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable, a la eficacia y a la esencia de tales derechos» (FJ 6). En el mismo sentido, *vid.* la STC 51/1989, de 22 de febrero (FJ 2).

30. En los términos de legalidad y proporcionalidad exigidos por el Tribunal Constitucional para legitimar cualquier injerencia en los derechos fundamentales.

31. Y también con el delito de desobediencia, *vid.*, *supra*, nota 3. Conviene no perder de vista esta aclaración extensible y aplicable a todos los supuestos en los que frente a una pregunta impertinente o desproporcionada (por invasiva de derechos fundamentales) el testigo optara por no contestar.

32. En este sentido, *vid.*, la STS 957/1996, de 27 de noviembre, que, con motivo del recurso planteado por la negativa del presidente del Tribunal a que dos testigos contestaran a ciertas preguntas, justifica el rechazo de la pregunta impertinente (sobre si mantenía relación sentimental con determinada persona), afirmando que «nadie debe ser requerido a declarar sobre un hecho estrictamente personal y que afecta a su intimidad, protegido tal derecho por el artículo 18.1º de la Constitución Española, que garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, por lo que la pregunta está correctamente rechazada al estar ajustada a derecho, y en todo caso sin trascendencia en el proceso» (FJ 1). En la misma dirección, *vid.*, entre otras, la STS 1333/2000, de 18 de julio, que reafirma la legitimidad de la negativa del Tribunal a que el testigo conteste la pregunta sobre si la testigo «había mantenido

relaciones sexuales ese día o el anterior con su marido» en un proceso por posible violación. El Tribunal Supremo confirma la impertinencia de la pregunta «no solo porque carece de toda efectividad para alterar la convicción, sino, en efecto, porque supone una injustificada y censurable injerencia en la intimidad de la persona afectada protegida por la propia Constitución» (FJ 1).

33. *Vid., infra*, sobre el significado del testimonio típico. Tampoco consideramos que realizaría el requisito de la legitimidad de la orden frente a la que se desobedece —o el de la consideración de grave de la propia desobediencia—, aunque, como hemos manifestado, por lo limitado de nuestro estudio, este tema no es objeto de tratamiento específico (*vid., supra*, nota 3).

34. Relacionados con el objeto del proceso y necesarios.

35. Si las preguntas resultan pertinentes.

36. También puede mentir (o no contestar, en caso de delito de desobediencia) ante la pregunta invasiva de su intimidad no relacionada e irrelevante para el enjuiciamiento, pero en tal caso, como hemos señalado faltará el elemento típico del testimonio, con la consiguiente atipicidad de la conducta del testigo.

37. Pues en tal caso, la injerencia deberá respetar las garantías asociadas al derecho afectado.

38. Entre muchas otras, *vid.* las SSTC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 7; 39/2016, de 3 marzo; FJ 3, o, más recientemente, 76/2019 de 22 mayo, FJ 5.

39. *Vid.*, por todas, las SSTC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 9; 199/2013 de 5 diciembre, FJ 5; o 76/2019 de 22 mayo, FJ 4.

40. En este sentido, el Reglamento 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, establece lo siguiente en su art. 6: «1.El tratamiento solo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones: a) el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos; b) el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales; c) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento; d) el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física; e) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento; f) el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño. Lo dispuesto en la letra f) del párrafo primero no será de aplicación al tratamiento realizado por las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones».

41. *Vid.*, entre otras muchas, las SSTC 231/1988, de 2 de diciembre; 197/1991, de 17 de octubre; 99/1994, de 11 de abril; 143/1994, de 9 de mayo; 207/1996, de 16 de diciembre; 98/2000, de 10 de abril; o 156/2001, de 2 de julio.

42. En opinión de Pardo Falcón, desde hace algún tiempo, el Tribunal Constitucional ha adoptado una concepción subjetiva de la intimidad, considerando como acto íntimo no lo que se considere como tal según las pautas culturales o sociales del momento, sino lo que personalmente entienda el sujeto. A su juicio, este modo de concebir el derecho fundamental proclamado en el art. 18.1 CE adquiere relevancia frente a la que denomina «concepción objetiva de la intimidad» (por todas, STC 207/1996, de 16 de diciembre), en diversas resoluciones, como, por ejemplo, en la STC 134/1999, de 15 de julio o 127/2003, de 30 de junio (2008: 422).

43. Entre otras, *vid.* las siguientes SSTC 127/2003, de 30 de junio, FJ 7; 89/2006, de 27 de marzo, FJ 5; 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 2; o 241/2012 de 17 diciembre, FJ 3.

44. STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10.

45. STC 197/1991, de 17 de octubre, FJ 3.

46. SSTC 70/2009, de 23 de marzo (FJ 2); y 159/2009, de 29 de junio (FJ 3). *Vid.*, asimismo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, núm. 276/2010, de 15 de noviembre, con relación a la salud del trabajador.

47. STC 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 3. Con relación a los datos del ordenador utilizado en el trabajo, *vid.*, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 30 de mayo de 2003.

48. Entre otras, *vid.*, la STS de 10 de noviembre de 1993 o la de 18 de julio de 2000.

49. López Díaz (1996: 192-193).

50. *Ibidem.*

51. A este respecto, la doctrina se ha manifestado con profusión. Así, *vid.*, entre otros muchos, Gómez Pavón. En su opinión, el texto constitucional ha utilizado con relación al derecho citado la técnica del concepto jurídico indeterminado, mediante el cual se consigue una más fácil adaptación a las circunstancias de cada momento histórico. Pero esta ventaja va unida a su ambigüedad, y no solo porque en cierto modo deja su contenido a la interpretación judicial, sino por su propia naturaleza, ya que el derecho a la intimidad parece resistirse a todo intento de formulación. Cfr. Gómez Pavón (1989: 29). Herrero-Tejedor (1994: 75), señala que nuestro texto constitucional no hace sino garantizar el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Ni en el artículo 18.1 ni en ningún otro precepto se aportan más datos respecto a su contenido, aparte de las manifestaciones concretas de la intimidad recogidas en los apartados 2 y 3 del propio artículo 18 (*Ibid.*); Schmidt (1967: 751 ss.), citado por Bajo Fernández (1982: 100), matiza que estos derechos de la personalidad a que se refiere la Constitución, como el derecho a la intimidad, y que luego no son aclarados por las normas jurídicas de rango inferior, han de ser precisados por la jurisprudencia cumpliendo su tarea de completar el ordenamiento jurídico. Por su parte, Morales Prats (1984: 95) afirma que nuestra Constitución, a diferencia de otros textos constitucionales del entorno cultural (excepción hecha de la Constitución portuguesa de 1976), proclama expresamente el derecho a la intimidad. Con ello, se evitan planteamientos sobre la existencia de un derecho a la *privacy* ínsito en otros derechos o valores constitucionales, o bien derivado del carácter vinculante de las convenciones internacionales sobre derechos humanos ratificadas por España [...]. Sin embargo, el reconocimiento expreso del derecho a la intimidad no exime de una interpretación del mismo que satisfaga las exigencias en orden a la debida articulación del precepto con los valores y principios informadores que presiden el cuadro de derechos fundamentales configurado por la constitución (*Ibid.*).

52. «Artículo 10.2 CE: Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

En cualquier caso, la vaguedad de estas declaraciones dificulta la clarificación del derecho.

En este sentido, el contenido del artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se limita a señalar lo siguiente: «Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación», añadiendo que «toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques».

Por su parte, el artículo 8 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre dispone: «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No puede haber interferencias de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho salvo que esta interferencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, para la seguridad pública, para el bien económico del país, la defensa del orden, la prevención de las infracciones penales, para la protección de la salud o de la moral, o para la protección de los derechos y las libertades de otros».

Por último, el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos de 1966, que reproduce casi íntegramente la fórmula adoptada en la Declaración Universal de 1948, establece: «1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra estas injerencias o esos ataques».

53. Morenilla Rodríguez (1987: 102-103).

54. Linde Paniagua *et al.* (1983: 181).

55. González Cussac (2020: 103).

56. Como señala Carrillo (2008: 8), «la intimidad no es un derecho de objeto predeterminado e inmutable».

57. Huertas Martín (1999: 371). En el mismo sentido se manifiestan otros autores, así, por ejemplo, Asencio Mellado (1989: 137 ss.). En su opinión, la admisibilidad de la utilización del cuerpo del imputado mediante actos de intervención en el mismo, a efectos de investigación y comprobación de los delitos, constituye hoy uno de los temas más complejo que se plantean en el panorama jurídico. La falta de regulación específica en nuestras normas procesales, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos europeos, viene a complicar la labor doctrinal y jurisprudencial en la materia, generando actitudes encontradas en ambos órdenes de la ciencia jurídica con base en criterios en igual medida razonables (*Ibid.*).

58. Huertas Martín, *Ibid.*

59. En este sentido es unánime la denuncia de que las nuevas tecnologías suponen un serio peligro para la intimidad. La facilidad de vulneración de este derecho va en aumento a medida que avanzan y perfeccionan las técnicas de grabación, captación de imágenes, reproducción y transmisión de datos, etcétera. En este sentido, resultan ilustrativas las palabras de González Cussac cuando señala que jurisprudencialmente se reconocen dos facetas distintas dentro del mismo derecho a la intimidad «A) una más topográfica, que otorga a su titular facultades de exclusión y vincula intimidad con actos, ámbitos o aspectos concretos de la vida personal: un área reservada denominada «esfera íntima (el domicilio, la realidad corporal, las comunicaciones a distancia...). Intimidad equivale así a derecho a mantener en secreto, de forma reservada, determinados espacios de nuestra vida. B) Y otra, de tradición jurídica más reciente, vinculada a la utilización masiva de nuevas tecnologías altamente invasivas, según la cual junto a una dimensión topográfica o material, la intimidad también incorpora una dimensión informativa, referida al control de los datos e informaciones que son relevantes para la vida privada de la persona» (2020: 104). En la misma línea, *vid.*, Carrillo (2008: 5).

Otro factor de riesgo para la intimidad se sitúa en la tendencia social a que el Estado satisfaga la necesidad de seguridad del ciudadano, lo que supone la recogida de un número incesante de datos sobre la vida de cada particular. Esta aspiración de seguridad absoluta no puede satisfacerse por el Estado sin un conocimiento profundo de la situación de cada individuo, lo que lleva inevitablemente a que se inmiscuya en la vida privada de las personas. La seguridad lleva en germen una limitación de la intimidad (por ejemplo,

a través de las bases de datos de ADN). En esta línea señala Carrillo que «con el progreso tecnológico, los poderes públicos adoptan nuevas formas de control sobre esferas diversas de la vida privada de la persona [...]. En principio, la necesidad de protección de la intimidad se comprende más por la expansión creciente, incisiva a veces, del poder público y de ese nuevo *Leviathan* de nuevo cuño en que se ha transformado la Administración del Estado social» (*Ibid.*: 4).

60. *Ibid.*: 8.

61. FJ 2. En la misma dirección, *vid.*, entre otras muchas, la STC 241/2012, de 17 diciembre, cuando afirma que «la esfera de la intimidad personal está en relación con la acotación que de la misma realice su titular, habiendo reiterado este Tribunal que cada persona puede reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena (SSTC 89/2006, de 27 de marzo, FJ 5; y 173/2011, de 7 de noviembre), y que corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno (STC 159/2009, de 29 de junio, FJ 3) (FJ 2)», o la STC 18/2015 de 16 febrero, que insiste en que «a cada persona corresponde acotar el ámbito de su intimidad personal que reserva al conocimiento ajeno» (FJ 5).

62. *Vid.*, por todas, STC 207/1996, FJ 4.

63. *Vid.*, *supra*, nota 7.

64. En este sentido, se señala que el derecho de defensa y el derecho de propuesta de prueba como derecho fundamental que opera en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado, «no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada en virtud de la cual las partes estén facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye solo el derecho a la recepción y práctica de las que sean pertinentes (SSTC 168/1991, de 19 de julio; 211/1991, de 11 de noviembre; 233/1992, de 14 de diciembre; 351/1993, de 29 de noviembre; 131/1995, de 11 de septiembre; 1/1996, de 15 de enero; 116/1997, de 23 de junio; 190/1997, de 10 de noviembre; 198/1997, de 24 de noviembre; 205/1998, de 26 de octubre; 232/1998, de 1 de diciembre; 96/2000, de 10 de abril, fundamento jurídico 2), entendida la pertinencia como la relación entre los hechos probados y el *thema decidendi*» (STC 26/2000, de 31 de enero, FJ 2).

Pertinencia que, además, tal y como resulta del sentido y límites del texto constitucional y de los derechos fundamentales allí establecidos, no podrá interpretarse y aplicarse nunca de forma contraria o vulneradora de derechos fundamentales (FJ 7.1.3 de la STC 25/2022, de 23 febrero, y resto de resoluciones allí citadas —entre otras muchas, SSTC 111/1993, de 25 de marzo, FFJJ 5 y 6; 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 185/2003, de 27 de octubre, FJ 5, y 108/2008, de 22 de septiembre, FJ 3—, ya que, aunque sus considerandos se refieren específicamente a la imposibilidad de interpretar los tipos penales en sentido contrario a los derechos fundamentales, tales contenidos son perfectamente extrapolables a la interpretación de las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal —en nuestro caso, sobre la pertinencia de las pruebas/preguntas— y, lógicamente, de cualquier otra norma de nuestro ordenamiento jurídico).

65. *Vid.* la STC 25/2022 de 23 febrero, FJ 4.3, cuando señala que el derecho a la prueba, unido indisolublemente al derecho de defensa del art. 24.2 CE «se integra por el poder jurídico que se reconoce a quien interviene como litigante en un proceso de provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto objeto del proceso» (STC 37/2000, de 14 de febrero, FJ 3, reproducida, entre otras, en las SSTC 19/2001, de 29 de enero, FJ 4; 133/2003, de 30 de junio, FJ 3; y 212/2013, de 16 de diciembre, FJ 4).

66. Por relacionada con el objeto procesal y necesaria (relevante) para el esclarecimiento.

67. Cfr. FJ 7.1.3 de la STC 25/2022, de 23 febrero, y resto de resoluciones allí citadas —entre otras muchas, SSTC 111/1993, de 25 de marzo, FFJJ 5 y 6; 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 185/2003,

de 27 de octubre, FJ 5; y 108/2008, de 22 de septiembre, FJ 3—. En la misma línea, *vid.* STS 671/2021, de 9 de septiembre, sobre la posibilidad de rechazo de las pruebas por impertinentes (no relacionadas con el objeto procesal o innecesarias) y/o por inadmisibles en el sentido de contraria a las disposiciones de la Constitución, en cuanto vulneradoras de derechos fundamentales (por ejemplo, por no superar el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, referido a la necesidad de que la injerencia en el derecho fundamental se pretenda por delitos graves) (FJ 16).

68. Desde los parámetros constitucionales del juicio de proporcionalidad que debe superar cualquier injerencia legítima en derechos fundamentales.

69. Entre otras, *vid.*, STC 25/2022 de 23 febrero, FJ 4.3.

70. De averiguación de la verdad, como interés público legítimo.

71. *Vid.*, por su claridad en este sentido, STS 671/2021, de 9 de diciembre (FJ 16).

72. En este punto, debemos señalar que la exigencia de proporcionalidad de la injerencia en un derecho fundamental por referirse a la investigación de un delito grave constituye una regla procesal de común aceptación confirmada por el Tribunal Constitucional, y también en distintas leyes orgánicas.

Así, con carácter general (y con reiteración en otras resoluciones del Alto Tribunal), la STC 49/1999, de 5 de abril, señala que el TEDH acepta como garantía adecuada frente a los abusos que la injerencia solo pueda producirse allí donde «existan datos fácticos o indicios que permitan suponer que alguien intenta cometer, está cometiendo o ha cometido una infracción grave» —Caso *Klass*, núm. 51— o donde existan “buenas razones” o “fuertes presunciones” de que las infracciones están a punto de cometerse —Sentencia del TEDH, de 15 de junio de 1992, caso *Ludi*, núm. 38—» (FJ 8). Asimismo, continúa la citada resolución, «las genéricas exigencias de seguridad jurídica reclaman la actuación de los órganos judiciales en el marco de la investigación de una infracción grave, para la que de modo patente resulte necesaria, adecuada y proporcionada la injerencia corporal, acordándola con relación a las personas presuntamente implicadas en el mismo y respetando, además, las exigencias constitucionales dimanantes del principio de proporcionalidad, no puede afirmarse que el Juez haya vulnerado, por la falta de calidad de la ley» (FJ 5).

En efecto, la legitimidad de una injerencia en un derecho fundamental, por ejemplo, una intervención corporal, idónea y necesaria, dependerá de que la limitación de los derechos del sujeto no resulte desmedida en comparación con la gravedad de los hechos y las sospechas existentes. Ello exigirá que su destinatario sea aquel que se presume (fundadamente) autor o partícipe del delito grave investigado o que pueda estar relacionado con él, pues, de otra forma, la medida será desproporcionada. Si esta limitación de la proporcionalidad de la injerencia por la gravedad del delito resulta adecuada para limitar los derechos del detenido o imputado, también debería serlo para aquel que sin ser parte interviene en el proceso como testigo, pues sus derechos fundamentales deben ser de igual salvaguarda, al menos, que los del investigado, sospechoso o acusado.

Por último, las medidas de intervención serán ilegítimas si los indicadores del interés de persecución penal no son importantes (principalmente la gravedad del delito, el grado de la imputación y la probabilidad de éxito de la diligencia). Interés que habrá de ser tanto mayor cuanto más graves sean las medidas (proporcionalidad en sentido estricto).

73. Sobre el significado de los indicadores del interés estatal, *vid.*, por todos, González-Cuéllar Serrano (1998: 254 ss.).

74. En el supuesto de fallo del mencionado filtro de rechazo, dado el sistema procesal de recursos, extraño al testigo, su pretensión reparadora solo podrá ejercitarse en un eventual procedimiento posterior.

En cualquier caso, conviene tener presente que las carencias e irregularidades advertidas en la práctica de una testifical deben denunciarse en el momento en el que se producen, a efectos de su debida subsanación. Así se declara expresamente en la STS 716/2007, de 18 de septiembre, cuando señala que «el hecho de que el presidente del Tribunal no informara expresamente a los acusados de su derecho a no declarar o no formulase el interrogatorio previo a los testigos, respecto de las preguntas denominadas “generales de la Ley”, las formalidades con que se llevaran a cabo las testificales, especialmente la de la testigo protegida, o la lectura expresa de documentos, que no fue solicitada en el acto de la vista, obviamente no pueden ser elevadas a la categoría de razones que hayan impedido el correcto desarrollo del Juicio ni del derecho de Defensa del recurrente, máxime cuando tampoco se indica en qué concreto aspecto esa limitación del referido derecho se concretó de forma verdaderamente relevante. A ello hay que añadir, además, la circunstancia, extraordinariamente trascendente, de que la defensa del recurrente no pusiera de relieve las carencias e irregularidades que ahora denuncia, en el momento en que se produjeron y a efectos de su debida subsanación, cuando ello era posible, ni, por lo tanto, formulase protesta alguna al respecto, de modo que hubiera hecho valer, en toda su amplitud, las facultades propias del pleno ejercicio del derecho de defensa que, tras semejante dejación, ahora pretende utilizar en fundamento de su queja» (FJ 1).

75. *Vid., supra*, nota 7.

76. Sobre dichos derechos fundamentales, cfr. STC 64/2019, de 9 de mayo; y SSTs 381/2014, de 21 de mayo (FJ 2); 383/2021, de 5 de mayo (FJ 1); 467/2022, de 7 de abril (FJ 3); y 672/2022, de 1 de julio (FJ 1).

77. De la declaración judicial de impertinencia.

78. Sobre este particular, debemos señalar que la exigencia de proporcionalidad de la injerencia en el derecho fundamental podría enervarse, por ejemplo, por no acordarse en el marco de un procedimiento por delito grave, ya que esta entidad delictiva constituye una regla procesal de común aceptación (*vid., supra*, nota 72) frente a cualquier limitación de derechos fundamentales.

79. Por todas, STC 81/1998, de 2 de abril (FJ 2).

80. *Vid. infra*.

81. *Vid.*, entre otras, las SSTs 1014/1997 de 9 julio (FJ 5); 1661/2000, de 27 noviembre (FJ 2); 626/2019, de 18 diciembre (FJ 32); 671/2021, de 9 de septiembre (FJ 1, punto 16); o 672/2022 de 1 julio (FJ 1).

82. «Son capciosas las preguntas que tienden a confundir al testigo, a provocarle una respuesta aparente o falsamente contradictoria; aquellas que se le formulan partiendo de un hecho que según el mismo testigo al que se interroga no había ocurrido, las preguntas engañosas que tienden a confundir al testigo por su formulación artificiosa, para provocar una respuesta que daría en otro sentido si la pregunta hubiese sido formulada sin subterfugios» (*vid.*, entre otras, las SSTs 638/2000, de 14 de abril (FJ 2); 44/2005, de 24 de enero (FJ 2); o 626/2019 de 18 diciembre (FJ 32)).

83. «Son sugestivas las que se formulan de tal manera que inducen a dar una respuesta en determinado sentido, es decir las que sugieren la respuesta» (*vid.*, entre otras muchas, las SSTs 638/2000, de 14 de abril (FJ 2), 1010/2009, de 27 de octubre; o 484/2018 de 18 octubre (FJ 7), «aquellas en las que no se pregunta sobre determinados hechos, que se presentan como incontestables, sino que el interrogador plantea la pregunta como una consecuencia necesaria de los hechos previamente afirmados sugiriendo el asentimiento, de modo que prácticamente elimina la opción de una contestación diferente a la que se desea obtener» (entre otras, *vid.* las SSTs 1064/2005 de 20 septiembre (FJ 5); o 626/2019, de 18 diciembre (FJ 32)).

84. Sobre nuestro entendimiento del significado del filtro de impertinencia en sentido amplio, *vid.*, *supra*, nota 7.

85. Son impertinentes las preguntas que no tienen relación con el tema o temas objeto de debate en el proceso (por todas, STS 638/2000, de 14 de abril, FJ 2), las que no se refieren a la cuestión enjuiciada, sino a un hecho que puede tener plurales lecturas y que por tanto no puede aportar nada para el conocimiento de la cuestión enjuiciada. Es impertinente todo lo que queda extramuros de la teleología del proceso, de lo que en él se persigue, resultando innecesario para la prueba del delito que se juzga (entre otras muchas, SSTS 1064/2005, de 20 septiembre, FJ 5; y 626/2019, de 18 diciembre, FJ 32).

86. *Vid.*, STS 849/2012, de 12 de noviembre, FJ 28. En el mismo sentido, *vid.*, entre otras muchas, las siguientes SSTS: 12/2008, de 11 de enero, FJ 2; 718/2014, de 30 de octubre, FJ 3; y 484/2018, de 13 de octubre, FJ 7.

87. *Vid.* STS 2333/1993, de 22 octubre, que equipara la pertinencia de las pruebas propuestas a la de las preguntas formuladas en los siguientes términos: «la condición de pertinentes que han de tener las pruebas propuestas o el interrogatorio hecho a un testigo, concepto que analiza la S. 25-2-1993, señalando que ya la STC 11-5-1983 declaró que el art. 24.2 CE permite a un órgano jurisdiccional, en uso de su libertad razonable, negarse a admitir un medio de prueba (y, *mutatis mutandi*, igualmente una pregunta)» (FJ 1). En el mismo sentido, la STS 671/2021, de 9 de septiembre, señala que las obligaciones de protección —en concreto, se estaba haciendo referencia a los derechos fundamentales de los testigos como límite del desarrollo y actuaciones defensivas procesales— «no cabe duda, se proyectan también tanto para la admisión de medios de prueba como para la práctica de los medios admitidos» (FJ 31).

88. *Vid.*, por todas, STS 671/2021, de 9 de septiembre (FJ 16). Esta resolución, de manera muy didáctica, clarifica el significado de la pertinencia, circunscribiéndolo a lo relacionado con el objeto procesal, que, además, resulte relevante para acreditar el hecho, matizando que el juicio de pertinencia debe complementarse para la admisión de un determinado medio de prueba o, en nuestro caso, de las preguntas a formular al testigo, con el juicio global de admisibilidad por adecuación a los dictados de la Constitución, entre los que se encuentran, lógicamente, el necesario respeto de los derechos fundamentales de los intervinientes en el proceso penal (cfr. FJ 16). En esta línea, *vid.*, asimismo, STS de 27 octubre 1989 (FJ único) o STS 429/2017, de 14 junio (FJ 2).

89. Esto es, relevantes; *vid.* las Sentencias 1756/2000 de 17 noviembre (FJ 2); 1125/2001 de 12 julio (FJ 5); o STS 429/2017 de 14 junio (FJ 2).

90. STS 638/2000, de 14 de abril, FJ 2. En el mismo sentido, *vid.*, entre otras, las SSTS de 27 octubre 1989, FJ único; 429/2017 de 14 junio, FJ 2; o 486/2021, de 3 junio, FJ 3.

91. La cursiva es nuestra y pretende destacar el significado de las expresiones marcadas en cuanto dan a entender que debe ser impertinente la pregunta que afecte a otros intereses —o derechos— del testigo.

92. STS 638/2000, de 14 de abril, FJ 2; en el mismo sentido, *vid.* la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra 62/2012, de 10 abril, FJ 2, la Sentencia del Tribunal Supremo 486/2021, de 3 junio, fundamento jurídico tercero, o la STS 671/2021, de 9 de septiembre, fundamento jurídico 16.

93. Por todas, *vid.* STC 25/2022 de 23 febrero, FJ 4.

94. Esto es, impertinente en sentido amplio, según el significado atribuido a la expresión (*vid.*, *supra*, nota 7).

95. La impertinencia de una pregunta invasiva, por vulneradora de derechos fundamentales del testigo, al no superar la exigencia de proporcionalidad, se encuentra reconocida *mutatis mutandi*, en la STS 671/2021, de 9 de septiembre, cuando con relación a las pruebas rechazables (y, por ende, de las pregun-

tas que se pueden formular al testigo —*vid. supra* nota 87—) señala que «es cierto, no obstante, que, en ocasiones, la ley subordina la admisión de una prueba a un criterio más restrictivo que el representado por la mera posibilidad de que aquella ofrezca elementos utilizables para la confirmación de la hipótesis sobre el hecho. En particular, cuando se infrinjan o se pongan en riesgo límites de adquisición muy vinculados con la función de los derechos fundamentales como instrumentos que delimitan, a la postre, qué, con qué medios y cómo puede probarse» (FJ 29).

96. No se acomodaría a las disposiciones contenidas en los preceptos de la LECrim reguladores de las pruebas y preguntas pertinentes, o, en su caso, en otros textos legales relacionados con la prueba testifical.

97. El propio Tribunal Supremo señala que una pregunta resultará impertinente además de por falta de relación con el *thema decidendi* por afección innecesaria de la intimidad del testigo (cfr., por todas, STS 671/2021, de 9 de septiembre). En este sentido, resulta de gran interés por su significado clarificador alguna de las afirmaciones contenidas en la citada resolución, como cuando resalta «la asunción por parte de todas las autoridades públicas del Estado de obligaciones positivas de protección inherentes al respeto efectivo de la vida privada o familiar. De tal modo, los Estados deben organizar sus procesos penales de manera que no se ponga indebidamente en peligro la vida, la libertad, la intimidad o la seguridad de los testigos y, en especial, de las víctimas llamadas a declarar. Muy en particular, en los procesos penales relativos a delitos sexuales, por el nivel de afectación que puede derivarse para quien afirma haber sido víctima del delito» (FJ 30), o al señalar que «ni el interés público en la investigación de un delito ni el derecho a la prueba de las partes del proceso penal, incluso de la persona acusada, justifican por sí y sin ninguna otra consideración ponderativa una intervención que recaiga sobre la esfera íntima de un tercero. Ninguna persona puede verse despojada a la ligera de sus derechos por la sola razón de que sea llamada al proceso ya sea como testigo o en cualquier otra condición. En estos casos, en los que se puedan ver afectados datos íntimos de la persona llamada a declarar el tribunal debe evaluar en términos ponderativos el conflicto, identificando si hay razones serias, amparadas en otros derechos también fundamentales, que justifiquen la afectación del derecho a la intimidad y estableciendo, en su caso, las condiciones que puedan minimizar los costes afectivos» (FJ 32). En los mismos términos, *vid.*, STS 1712/2021, de 5 de mayo (FJ 1).

98. No solo por parte del Tribunal Constitucional (por todas, STC 49/1999, de 5 de abril, 206/2007, de 24 septiembre), sino también por los tribunales de instancias inferiores, como, entre otras muchas, la STS 671/2021, de 9 de septiembre, o el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona 143/2010, de 17 de marzo. En esta última resolución, referida a la determinación de si la testigo sufre algún tipo de toxicofilia que pudiera comprometer la credibilidad o verosimilitud de su testimonio, de manera clara se exige la proporcionalidad de la medida en los siguientes términos: «la ordenación de dicha diligencia, [...] ha de venir condicionada a la identificación de sólidas razones probatorias que patenten la proporcionalidad y razonabilidad de la medida que se ordene pues puede comprometerse el derecho a la intimidad de la persona examinada [...]. La falta de justificación en la ordenación o la descuidada práctica probatoria puede comprometer de forma grave derechos fundamentales de máximo rango y, por tanto, merecedores de la máxima protección. Ello comporta la necesidad de que por parte de los jueces se apliquen estándares efectivos de protección y garantía a la hora de ordenar aquellas diligencias que puedan suponer una intromisión en el espacio constitucionalmente protegido de intimidad [...]» (FJ único).

99. *Vid. supra*, nota 87.

100. Por todas, *vid.*, STS 381/2014, de 21 de mayo, FJ 2. En el mismo sentido, *vid.*, entre otros, el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona 143/2010, de 17 de marzo; el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona 367/2007, de 25 de octubre (FJ único), y el 571/2016, de 17 de octubre, FJ único.

101. Entre otros, *vid.*, Carrasco Andrino (2013: 1006); Domínguez Izquierdo (2002: 232); y Conde Pumpido Ferreiro (1997).

102. Estos últimos supuestos de negativa a contestar la pregunta invasiva de la intimidad del testigo, impertinente por falta de relación con el objeto procesal, o aún pertinente, en cuanto relacionada con el mismo, pero desproporcionada en sentido estricto, por derivarse de ella más perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto que beneficios o ventajas para el interés general (STC 66/1995, de 8, FJ 5), que pudieran valorarse de cara a una posible imputación por delito de desobediencia solo van a ser objeto de señalamiento tangencial, tal y como hemos señalado (*vid., supra*, nota 3).

103. Artículo 421 LECrim (*vid., supra*, nota 26).

104. Siempre que no sean impertinentes, por ejemplo, por vulnerar derechos fundamentales del testigo, ya que, como hemos matizado (*vid., supra*, nota 7), la pertinencia de la pregunta en sentido amplio depende de su relación con el objeto procesal y de su relevancia (pertinencia en sentido estricto), así como del hecho de que, además, se ajuste al mandato constitucional, que excluye toda actuación invasiva de derechos fundamentales.

105. Dado el carácter limitado de nuestro estudio, omitimos el análisis del delito de falso testimonio de peritos o intérpretes.

106. Entre otras resoluciones, *vid.* las recientes SSTS 121/2019, de 4 de noviembre (FJ 6); o 107/2021, de 10 de febrero (FJ 2).

107. *Vid.* Carrasco Andrino (2013: 985-986); Faraldo Cabana (2017: 149-150); Bernal Valls (1992: 108); Domínguez Izquierdo (2002: 232); y Palomo Del Arco (2015: 517).

108. Carrasco Andrino (2013: 985).

109. De la LECrim y del Código Penal.

110. Cfr. Vives Antón (2006: 334 ss.).

111. Domínguez Izquierdo (2002: 230).

112. El *Diccionario de la Lengua Española* (vigésimotercera edición) da una primera acepción de testimonio como «atestación o aseveración de algo».

113. Ya que no existe concepto legal en la LECrim. Aunque los límites constitucionales derivados del papel de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico son inmanentes a cualquier tipología delictiva, sin que quepa interpretar o aplicar ninguna figura penal al margen de los principios y valores constitucionales, cuando analizamos en este trabajo el significado del testimonio típico circunscribimos el examen a la declaración ajena al objeto procesal, bien por falta de relación con el mismo, bien porque teniéndola resulte irrelevante, dejando otros aspectos de dicho testimonio, extraños a la tipicidad, como por ejemplo la posible configuración de la mentira como causa de justificación, o de inexigibilidad, en su caso, a su mero enunciado en distintos momentos del presente trabajo, por exceder de los límites de este estudio (*vid., supra*, nota 20).

114. Por todos, Faraldo Cabana (2017: 149); Palomo Del Arco (2015: 517); y Bernal Valls (1992: 83) (en contra, *vid.* Domínguez Izquierdo (2002: 232)). En la jurisprudencia, rechazando la posibilidad de que el delito se proyecte sobre juicios de valor, *vid.*, entre otras, las SSTS 2333/1993 de 22 octubre (FJ 1); o 318/2006, de 6 de marzo, FJ 4.

115. STS 318/2006, de 6 de marzo, FJ 4. La cursiva es nuestra.

116. Por todas, *vid.*, STS 541/2009, de 25 de abril, cuyos considerandos reproducimos por su claridad expositiva. Así, en el fundamento jurídico segundo, señala que «la conducta de un testigo, cuyas declaraciones mendaces solo recaen sobre circunstancias irrelevantes para la prueba de los hechos que son

objeto del proceso, no pueden ser subsumidas bajo el tipo del art. 458.1º CP». Frente a tal tesis del TS, el recurso que dio lugar a dicha resolución pretendía que el criterio mencionado no fuera aplicable al «delito de falso testimonio, en el que la trascendencia probatoria de la mendacidad debe ser irrelevante. Este punto de vista [...], se apoya en la concepción del delito de falso testimonio como un delito de pura actividad, que no requiere ni resultado ni peligro de que el mismo se produzca. Sin embargo, desde el punto de vista del merecimiento de pena de conductas de pura desobediencia, la mencionada concepción del delito resulta difícil de armonizar con la teoría de las falsedades inocuas. Sería contradictorio que la misma mentira, irrelevante en todo caso para la resolución del proceso, no fuera punible cuando se trata de la prueba documental, pero lo fuera cuando se trate de otro medio de prueba, es decir, cuando el autor declara como testigo. Es necesario considerar, en primer lugar, que la jurisprudencia y el tenor del texto del art. 458 C.P. no impiden excluir del tipo penal los casos en los que la mendacidad recaiga sobre circunstancias ajenas al objeto del proceso. Esta sería una consecuencia de la interpretación teleológica del mencionado artículo, que tenga en cuenta que el delito del art. 458.1º CP no está configurado como un delito de perjurio, sino como un delito que afecta a la administración de justicia. En efecto, la protección de la administración de justicia mediante las normas que prohíben el falso testimonio solo tienen la finalidad de garantizar, como las que sancionan las falsedades documentales, la fiabilidad de la prueba en la que se apoyará la decisión contenida en la sentencia. La mentira sobre circunstancias ajenas al objeto del proceso, por lo tanto, no revelan una energía criminal del autor dirigida a perjudicar la función de la administración de justicia y, por consiguiente, no alcanzan el grado de reproche que requiere el derecho penal». En el mismo sentido, entre otras muchas, *vid.*, la STS 318/2006, de 6 de marzo, cuando señala que para la existencia del delito de falso testimonio «la falsedad de las declaraciones ha de recaer sobre aspectos esenciales a efectos del enjuiciamiento, y no sobre cuestiones intrascendentes, debiendo referirse a hechos y no a opiniones o simples juicios de valor. No se trata de la credibilidad mayor o menor del testigo, sino de que falte sustancialmente a la verdad» (FJ 4); STS 507/2003, de 3 de noviembre (FJ 1); o en instancias inferiores, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón 61/2011, de 21 de febrero.

117. Art. 436 de la LECrim: «El testigo manifestará primeramente su nombre, apellidos paterno y materno, edad, estado y profesión, si conoce o no al procesado y a las demás partes, y si tiene con ellos parentesco, amistad o relaciones de cualquier otra clase, si ha estado procesado y la pena que se le impuso. Si el testigo fuera miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ejercicio de sus funciones, será suficiente para su identificación el número de su registro personal y la unidad administrativa a la que está adscrito.

El Juez dejará al testigo narrar sin interrupción los hechos sobre los cuales declare, y solamente le exigirá las explicaciones complementarias que sean conducentes a desvanecer los conceptos oscuros o contradictorios. Después le dirigirá las preguntas que estime oportunas para el esclarecimiento de los hechos».

118. Sobre este particular, un sector de opinión rechaza tal posibilidad, entendiendo que la contestación a tales preguntas constituye presupuesto de la testifical, pero no su testimonio propiamente dicho. En este sentido, *cfr.* Magaldi Paternostro (1987: 64). Por su parte, Domínguez Izquierdo considera con relación a los contenidos de las generales de la Ley que «el que sean considerados datos integrantes de la declaración testifical no prejuzga aún su relevancia penal, puesto que para ser merecedora de sanción deberán, tales falsedades, cumplir con el requisito de la esencialidad» (2002: 378). En la misma línea parece manifestarse Bernal Valls (1992: 184). En sentido contrario, *vid.*, entre otros, Faraldo Cabana (2017: 150 ss.); Del Moral García (2012); Muñoz Cuesta (2006); y Jiménez Asenjo (1982); y Millán Garrido (1979: 136).

119. Por todas, *vid.*, la STS 611/2022, de 17 de junio, FJ 5.

120. Por lo que se refiere a la posición jurisprudencial, algunas resoluciones exigen que la mentira en las generales se acompañe de otra mentira esencial en el juicio oral sobre los hechos objetos de enjuiciamiento para realizar el delito de falso testimonio (Sentencia núm. 507/2003 de 3 noviembre, FJ 1;

Sentencia de la Audiencia Provincial de Coruña 134/2003, de 5 de noviembre, FJ 4). Ello es así, aunque en alguna resolución se afirme sin más matización la posibilidad de cometer el delito por faltar a la verdad en las generales de la Ley (*vid.*, por todas, la STS 318/2006, de 3 de marzo, cuando señala que «el delito de falso testimonio se comete al faltar a sabiendas a la verdad, bien por no haber sido leal en las generales de la Ley, bien mintiendo en las respuestas a las preguntas y repreguntas formuladas; ya que, si no se falta a la verdad, no se comete el ilícito penal. Y ello con independencia de si el testigo es hábil o inhábil», FJ 5) porque dicha afirmación no constituye doctrina, sino tan solo resoluciones particulares con genéricas afirmaciones que no impiden, como de hecho así se realiza en otras resoluciones, que dicha cuestión se resuelva particularmente en sentido diverso, en función del caso concreto, esto es, atendiendo al significado específico de la pregunta general formulada y a su trascendencia y relevancia en el objeto de enjuiciamiento.

121. Entre otras, *vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, núm. 134/2003, de 5 de noviembre, que declara expresamente la inexistencia de falso testimonio por faltar a la verdad en las generales de la Ley en una pregunta intrascendente para la resolución del caso; en el mismo sentido se manifiesta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, núm. 135/2000, de 20 de noviembre, donde se vuelve a insistir en que la mentira a las generales de la Ley no esencial no permite la condena por falso testimonio, si las declaraciones vertidas posteriormente sobre los hechos esenciales son veraces.

122. En la STS núm. 1728/1993, de 5 julio, habla de circunstancias accidentales para referirse a las generales de la Ley.

123. *Vid.*, *supra*.

124. Entre otras, *vid.*, STS de 18 de diciembre de 1991.

125. *Vid.*, la Sentencia núm. 92/2011, de 27 abril, de la Audiencia Provincial de Madrid, cuando señala que «expresamente el artículo 436 de la LECrim recoge el interrogatorio conocido como “las generales de la ley”, a través del que se trata de poner de manifiesto circunstancias del testigo, objetivas o subjetivas, cuyo conocimiento es interesante para valorar el testimonio que pueda prestar».

126. En este sentido, *vid.*, entre otras, la STS 303/1996, de 12 de abril, FJ 6. En la misma dirección, *vid.*, recientemente, la STS 107/2021, de 10 de febrero, FJ 2.

127. Artículo 458 CP: «1. El testigo que faltare a la verdad en su testimonio en causa judicial, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y multa de tres a seis meses.

2. Si el falso testimonio se diera en contra del reo en causa criminal por delito, las penas serán de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. Si a consecuencia del testimonio hubiera recaído sentencia condenatoria, se impondrán las penas superiores en grado.

3. Las mismas penas se impondrán si el falso testimonio tuviera lugar ante tribunales internacionales que, en virtud de tratados debidamente ratificados conforme a la Constitución Española, ejerzan competencias derivadas de ella, o se realizara en España al declarar en virtud de comisión rogatoria remitida por un Tribunal extranjero».

128. Artículo 460 CP: «Cuando el testigo, perito o intérprete, sin faltar sustancialmente a la verdad, la alterare con reticencias, inexactitudes o silenciando hechos o datos relevante que le fueran conocidos, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses y, en su caso, de suspensión de empleo o cargo público, profesión u oficio, de seis meses a tres años».

129. En este sentido se manifiesta expresamente la Sentencia de Audiencia Provincial de Valladolid, núm. 507/2003, de 3 de noviembre, que condena por falso testimonio al testigo que niega en las generales de la Ley y en el juicio conocer a los implicados en el mismo, señalando que la mentira exclusiva en las

generales de la Ley «no hubiera constituido delito alguno, pues no se hubiera modificado ni alterado sustancialmente la verdad», sino que «lo que configura tal infracción penal es que al momento de ser interrogados en aquella vista oral, manifestaron [...] que no se conocían» (FJ 1)

130. Lo que exigirá, como hemos dicho, que la falsedad de las generales se complemente con otra esencial en el momento procesal oportuno.

131. Es decir, no miente en su testimonio.

132. Por todos, Carrasco Andrino (2013); y Vives Antón *et al.* (2010), señalando, con relación al supuesto concreto de falso testimonio impropio del art. 460 CP, que las alteraciones de la verdad que no afecten al correcto desenvolvimiento del proceso habrán de quedar en la impunidad. En el mismo sentido, por todas, STS 541/2009, de 25 de abril.

133. Como señala Vives Antón «el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos o de ofensividad, es el primer momento lógico del principio constitucional de proporcionalidad se puede o no estar de acuerdo, pero, en cualquier caso, el desacuerdo no puede entenderse como un problema de interpretación del ordenamiento constitucional; sino que es otro, muy distinto, de falta de aceptación del mismo» (2005: 21-22). Exigencia de ofensividad que, pese a no encontrarse expresamente tipificada, debe acompañar necesariamente a todas y cada una de las figuras delictivas del Código Penal, y que debe llevar a los tribunales a dejar de aplicar la norma en ausencia de la misma.

134. La exigencia de que la conducta típica se construya sobre la declaración del testigo en un juicio resulta indiscutida desde antiguo y en la actualidad. En este sentido, *vid.*, entre otros, Ferrer Sama (1956: 408); Bernal Valls (1992: 80); o Faraldo Cabana (2017: 143). Y en la jurisprudencia, entre otras muchas, *vid.* las SSTs 1624/2002, de 21 de octubre, FJ 11); 107/2021 de 10 febrero, FJ 2; o 327/2014 de 24 abril, FJ 7.

135. Por todas, *vid.*, STS 318/2006, de 3 de marzo.

136. Dual, de exclusión de la tipicidad de la falsa declaración del testigo frente a una pregunta íntima desconectada del objeto procesal e irrelevante, o relacionada pero desproporcionada por vulneración del derecho fundamental.

137. En esta resolución se cuestiona la legitimidad de la orden dirigida a un interno de suministrar una muestra de orina para comprobar la superación de su toxicomanía. Esa prueba contaba inicialmente con el consentimiento del afectado, pero posteriormente se revocó por el mismo, negándose a la entrega de la muestra de orina requerida por razón de las circunstancias dispuestas por la Administración penitenciaria para su práctica. En la demanda de amparo se sostiene que el recurrente no se negó a la realización del análisis de orina, sino que comunicó al funcionario que no la llevaría a cabo bajo las circunstancias en que se pretendía, a saber: de madrugada, sin previo aviso ni exhibición de la resolución judicial que lo ordenaba, coaccionado por el funcionario con que daría parte en caso de negarse a realizar la toma de muestras, desnudándose íntegramente en presencia del funcionario, debiendo efectuar cuatro flexiones y realizar la toma de muestras en una habitación con paredes de cristal, dándose la circunstancia de que pasaron por allí otros internos y una funcionaria. También señala el interno que el resto de los cacheos y analíticas se llevan siempre a efecto en la enfermería, bajo el control de un enfermero (*vid.*, los antecedentes de la Sentencia). Dicha negativa acarrió una sanción, que tras los pertinentes recursos por parte del interesado llegó ante el TC para su recurso en amparo por posible vulneración del art. 25.1 CE, desde la perspectiva de que es precisamente el ejercicio del derecho a la intimidad corporal (art. 18.1 CE) la premisa en la que se asienta la incompatibilidad de la sanción impuesta con el derecho a la legalidad sancionadora —art. 25.1 CE— (también se pretendió esa misma vulneración de la legalidad desde la perspectiva del derecho del recurrente a no sufrir tratos inhumanos o degradantes —art. 15 CE—, pero este análisis y la respuesta del TC en ese punto concreto no será objeto de examen en este trabajo).

La orden del director del centro penitenciario traía causa directa de la providencia de 22 de mayo de 2000, mediante la que el juez de Vigilancia Penitenciaria núm. 2 de Castilla y León acedía a una petición del demandante de amparo de que se le hiciera una analítica a fin de acreditar que había superado el consumo de sustancias tóxicas. «Tratándose de una diligencia probatoria de parte, es claro que podía el peticionario desistir de su práctica, lo cual pudiera surtir el efecto procesal de que el juez de Vigilancia Penitenciaria no tuviese por probada la alegación relativa a haber superado el consumo de sustancias tóxicas, pero sin que de ello pueda derivarse la consecuencia añadida de la imposición de una sanción» (FJ 6). Tras el análisis de las pretensiones del recurrente, el Tribunal Constitucional concedió el amparo requerido, desde la óptica del derecho fundamental a la intimidad, señalando que «se ha de concluir que los derechos del demandante a su intimidad personal (art. 18.1 CE) y a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE) se han visto conculcados en este supuesto, lo que ha de conducir al otorgamiento del amparo solicitado, sin que, por lo demás, sea ya necesario examinar las vulneraciones constitucionales que se reprochan a las resoluciones judiciales impugnadas» (FJ 6).

138. Entendemos que esta expresión (que hemos puesto en cursiva), en el caso objeto de nuestro estudio, se referiría a la inclusión y pretendida sanción por delito de falso testimonio o de desobediencia frente a la conducta del testigo que ante una pregunta que suponga una intromisión impertinente en sentido amplio en su intimidad (impertinente en sentido estricto —por desconectada del objeto procesal e irrelevante— o desproporcionada), y como acción tutelar de su derecho fundamental, optara por mentir o por no contestar.

139. En parecidos términos parecen manifestarse las SSTC 127/2004, de 19 de julio, FJ 2; y 47/2022, de 24 de marzo, FJ 8.2.1.1.

140. *Vid., supra*, nota 7, sobre el significado del juicio de impertinencia en sentido amplio.

141. Por todos, cfr. Cuerda Riezu (2019: 121). En el mismo sentido, *vid.*, muy especialmente, la citada STC 196/2006, de 3 de julio, FJ 6, o la STC 25/2022, de 23 de febrero, cuando señala que «como este Tribunal ha señalado reiteradamente, los tipos penales no pueden interpretarse y aplicarse de forma contraria a los derechos fundamentales (entre otras muchas, SSTC 111/1993, de 25, de marzo, FFJJ 5 y 6; 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 185/2003, de 27 de octubre, FJ 5; y 108/2008, de 22 de septiembre, FJ 3» (FJ 7.1.3).

142. *Vid. supra*, nota 7.

143. O alteración de la verdad.

144. Son muchas las resoluciones judiciales que implícita o explícitamente reproducen esta conclusión, insistiendo en la proclama de un principio general de prohibición de prueba cuando recaiga sobre datos protegidos por el derecho a la intimidad del testigo (salvo que superen el juicio de proporcionalidad que legitima la injerencia), así como el de inadmisibilidad de soportar/imputar consecuencias negativas para el sujeto que frente a una injerencia ilegítima en su intimidad reacciona, por ejemplo, tal y como señala la STC 196/2006, rechazando su práctica por tratarse de una diligencia vulneradora de derechos fundamentales (por todas, *vid.*, STC 196/2006, de 3 de julio, FJ 6).

145. *Vid.*, entre otras, las siguientes SSTC: 81/1998, de 2 de abril, FJ 2; 25/1981, de 14 de julio, FJ 5; 51/1989, de 22 de febrero, FJ 2; 159/1986, de 12 de diciembre, FJ 6. En el mismo sentido, también en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, *vid.*, por todas, la STS 467/2022, de 7 de abril, FJ 3.

146. *Vid., supra*, nota 141.

147. Entre otras, *vid.* la STS 381/2014, de 21 de mayo, FJ 2; o la Sentencia de la Audiencia Provincial de la Rioja 214/2014, de 22 de diciembre, FJ 2; o el Auto de la Audiencia Provincial de Málaga, de 24 de mayo, FJ 2.

148. Entre otras, *vid.* la STS 381/2014, de 21 de mayo, FJ 2.

149. STC 64/2019, de 9 de mayo, antecedente 7.

150. *Ibidem.*

151. *Ibidem.*

152. STS 381/2014, de 21 de mayo, FJ 2.

153. *Vid.* las SSTS 672/2022, de 1 de julio, FJ 1.3; 1333/2000, de 18 de julio, FJ 1; STS de 16 de noviembre de 1987, FJ 2; 584/1997, de 29 de abril, FJ 1; y la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas 8/2012, de 14 de febrero, donde la testigo/víctima miente a la pregunta de si había mantenido relaciones sexuales con otro varón (distinto al presuntamente culpable de violación), porque «creyó que el Tribunal podría llevarse una mala imagen de ella si admitía haber tenido relaciones sexuales con otro hombre» (FJ 1); o la STS 170/2006, de 20 de enero, FJ 2.

154. *Vid.*, STS 968/1994, de 14 de junio; el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona 571/2016, de 17 de octubre (FJ único) o el de esa misma Audiencia 367/2007, de 25 de octubre, FJ único.

155. *Vid.*, STS 849/2013, de 12 de noviembre, fundamento jurídico vigésimo octavo; STS 381/2014, de 21 de mayo, FJ 2; STS 718/2014, de 30 de octubre, FJ 3.

156. Entre otras, *vid.*, la STS 383/2021, de 5 mayo, FJ 1; STS 671/2021, de 9 de septiembre, FJ 31; la 467/2022, de 7 de abril, FJ 3, y 672/2022, de 1 de julio, FJ 1.

157. O por delito de desobediencia, si el testigo optara por no contestar frente a la pregunta invasiva ilegítima.

158. *Vid.*, *supra*, nota 7.

159. Cfr. Vives Antón (1995: 306). En este sentido garantista señala el autor que «el proceso penal no ha de ser sino uno más de los procedimientos utilizados en la democracia, donde se trata de alcanzar una resolución correcta; teniendo en cuenta que correcta no es solo materialmente verdadera. El problema del proceso penal no es solo el de conocer la verdad material, si es que esta puede afirmarse alguna vez con certeza, sino también el de que la verdad que se establezca sea el resultado de un procedimiento legítimo, que no se incline a favor de ninguna de las partes, y en el que ninguna de estas tenga posibilidades exorbitantes, que coloquen a la otra en situación de desventaja. Solo la verdad obtenida con el respeto de esas reglas básicas constituidas por los derechos fundamentales puede estimarse como jurídicamente válida. Lo que se trata de conocer en un proceso judicial no es, innecesario es decirlo, lo verdadero en sí, sino lo justo y, por lo tanto, lo verdadero solo en cuanto sea parte de lo justo. Si ello es así —y así parece ser— los derechos fundamentales delimitan el camino a seguir para obtener conocimientos judicialmente válidos. Los obtenidos con vulneración de tales derechos habrán, en todo caso, de rechazarse».

160. Así se señala expresamente en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de enero de 1970 (caso *Delcourt c. Bélgica*), §31, cuando refleja el adagio «justice must not only be done; it must also be seen to be done», referido al hecho de que no solo debe hacerse justicia, sino que también debe parecerlo. En el mismo sentido, *vid.*, entre otras, las SSTEDH de 15 de octubre de 2009, caso *Micallef c. Malta*; § 98, y de 22 octubre 2019, caso *Deli c. Moldavia*, § 36. Y en el ámbito nacional, *vid.*, entre otras, las SSTC 45/2022, de 23 marzo, FJ 9.2.2.; y 184/2021, de 28 octubre, FJ 8.3.

161. En este sentido, *vid.*, entre otras, las siguientes sentencias, que en la medida en que se consideran desconectadas del objeto procesal y completamente irrelevantes las preguntas que pretendían formularse al testigo, resultarían del todo punto impertinentes en sentido estricto (e invasivas de la intimidad, tal y como también se declara en las mencionadas resoluciones), y, por tanto nunca hubie-

ran realizado la tipicidad delictiva del falso testimonio, por no merecer tal calificativo (de testimonio): STS 1333/2000, de 18 de julio, FJ 1; STS de 25 de junio de 1990, FJ 25; Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 967/2012, de 30 de octubre, FJ 2, que declara intrascendente no haber dicho la verdad sobre el hecho de tener una relación sentimental, sin que en consecuencia pudiera integrar la tipicidad del delito de falso testimonio; o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo 36/2001, de 20 de diciembre, cuando rechaza la existencia de falso testimonio por mentir sobre la relación con el denunciado, señalando que eran amigos cuando eran pareja, por su carácter no esencial e inocuo para el enjuiciamiento; el Auto del Tribunal Supremo 2139/2007, de 5 de diciembre (FJ 1), que considera ajeno al objeto procesal la pregunta referida a la elección de masajista y sobre depilación personal, así como si le gustaban los balnearios; STS de 16 de noviembre de 1987 (FJ 2), cuando considera intrascendentes las preguntas a la víctima testigo sobre las relaciones sexuales con determinados hombres, o sobre si había realizado alguna vez el acto sexual antes de la ocasión de autos; STS 957/1996, de 27 de noviembre (FJ 1), cuando declara la intrascendencia de la pregunta sobre si mantenía relaciones sentimentales con determinada persona.

162. El estudio de la problemática que plantea la posible apreciación de una causa de justificación o de inculpabilidad, en su caso, en la respuesta del testigo que miente para salvaguardar su intimidad frente a una pregunta impertinente en sentido amplio no es objeto de tratamiento ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. Sin embargo, sí hemos encontrado alguna opinión favorable a la general actuación de una causa de inexigibilidad, por concurrencia de un posible estado de necesidad o, incluso, por miedo insuperable, en el delito de falso testimonio. En este sentido, *vid.*, entre otros, Domínguez Izquierdo, que acepta el reconocimiento de situaciones en las que «bien por defensa de intereses propios, bien por estar presente otros intereses comprensiblemente defendibles, el sujeto termine por prestar falso testimonio, pese a lo cual quepa afirmar que no podía serle exigido un comportamiento jurídicamente correcto. De este modo, se excluye la culpabilidad por falta de exigibilidad de una conducta distinta cuando la falsedad tiene lugar por miedo insuperable que, en la práctica, suele provenir de amenazas dirigidas al testigo» (2002: 499 ss.); en la misma dirección, *vid.*, entre otros, Magaldi Paternostro (1987: 107-108); Córdoba Roda (2004: 1122 ss.); Bernal Valls (1992: 182-183); y Quintero Olivares (2022: 1865).

Por su parte en el ámbito jurisprudencial, podemos citar, entre otras, las siguientes resoluciones: STS 318/2006, de 6 de marzo, FJ 6, cuando señala «que los dos últimos motivos, el tercero y el cuarto, no pueden ser estimados. En efecto, invocar la eximente de obrar en el ejercicio legítimo de un derecho, o bajo un estado de necesidad, para mentir ante la autoridad judicial, está tan fuera de lugar, y no existe ningún dato en el *factum* que pueda avalar esa tesis que ambos motivos deben ser desestimados. Distinto podría ser invocar la eximente de miedo insuperable (completa o incompleta), ante una amenaza de muerte, lo que no es el caso debatido en estos autos». En relación con el tema de la posible alegación de un estado de necesidad en el delito que analizamos, *cf.*, entre otros, AP de Tarragona (Sección 4ª) Auto 654/2018 de 7 diciembre, FJ 2, que llegó a aplicar dicho estado de necesidad en la falsa declaración de la testigo; el Auto de la Audiencia Provincial de Granada 97/2010, de 12 de febrero, FJ 2; o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya 76/2019, de 15 de noviembre, FJ 4, aunque rechaza su aplicación en el caso concreto, que no venía relacionado con el derecho fundamental a la intimidad.

BIBLIOGRAFÍA

- ASENCIO MELLADO, José María (1989): *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Madrid: Trivium.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (1982): «Protección del honor y de la intimidad», en M. Cobo del Rosal y M. Bajo Fernández (eds.), *Comentarios a la legislación penal, Derecho Penal y Constitución, Tomo I*, Madrid: Edersa, 97-126.
- BERNAL VALLS, Jesús (1992): *El falso testimonio*, Madrid: Tecnos.

- CARRASCO ANDRINO, María del Mar (2013): «Falso testimonio», en J. Álvarez García (dir.), *Tratado de Derecho Penal Español. Parte Especial. III. Delitos contra las Administraciones Públicas y de Justicia*, Valencia: Tirant lo Blanch, 963-1018.
- CARRILLO, Marc (2008): «La intimidad, las celebridades y el derecho a la información», *Diario La Ley*, 6979, 1-19.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, José Ignacio GALLEGO SOLER, Santiago MIR PUIG, Carolina BOLEA BORDÓN, Sergi CARDENAL MONTRAVETA, Víctor GÓMEZ MARTÍN, Dulce SANTANA VEGA, Carlos MIR PUIG, Juan Carlos HORTAL IBARRA, Silvia FERNÁNDEZ BAUTISTA y David CARPIÓ BRIZ (2011): *Comentarios al Código penal: reforma 5/2010*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- CÓRDOBA RODA, Juan y Mercedes GARCÍA ARÁN (2004): *Comentarios al Código Penal*, Madrid: Marcial Pons.
- CONDE-PUMPIDO Ferreiro, Cándido (dir.) (1997): *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia, Tomo III*, Madrid: Trivium.
- CUERDA RIEZU, Antonio R. (2019): «Jueces: ¡dejad el principio de intervención mínima para el legislador!», en G. Basso (coord.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Madrid: Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 117-131.
- DEL MORAL GARCÍA, Antonio (2012): «Consecuencias penales de las declaraciones inveraces en el proceso penal: el delito de falso testimonio, otros tipos penales», *Estudios jurídicos*, 2012.
- DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, Eva María (2002): *El falso testimonio de testigos, peritos e intérpretes*, Madrid: EDESA.
- FARALDO CABANA, Patricia (2017): «Los delitos de falso testimonio», en P. Faraldo Cabana, M^a. Á. Catalina Benavente y M. Clemente, *Falso testimonio de testigos, peritos e intérpretes. Un análisis desde el Derecho Procesal y Penal y la Psicología Jurídica*, Valencia: Tirant lo Blanch, 121-258.
- FERRER SAMA (1956): *Comentarios al Código Penal*, Madrid.
- GÓMEZ PAVÓN, Pilar (1989): *La intimidad como objeto de protección penal*, Madrid: Akal.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás (1998): «El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español», *Cuadernos de Derecho Público*, 5, 191-218.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (2020): «Tutela penal de la intimidad y grabación de conversación por uno de los interlocutores», *Revista Penal*, 46, 95-108.
- HERRERO-TEJEDOR, Fernando (1994): *Honor, intimidad y propia imagen, 2ª edición*, Madrid: Colex.
- HUERTAS MARTÍN, María Isabel (199): *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, Barcelona: Bosch.
- JIMÉNEZ ASENJO, Enrique (1982): «Falso testimonio», en C. E. Mascareñas (dir.), *Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo IX*, Barcelona: Editorial Francisco Seix.
- LINDE PANIAGUA, Enrique, Miguel SÁNCHEZ MORÓN, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE y Luis Ignacio ORTEGA (1983): *El sistema europeo de protección de los derechos humanos: estudio de la convención y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos*, Madrid: Civitas.
- LÓPEZ DÍAZ, Elvira (1996): *El derecho al honor y el derecho a la intimidad: Jurisprudencia y doctrina*, Madrid: Dykinson.
- MAGALDI PATERNOSTRO, María J. (1987): *El falso testimonio en el sistema penal español*, Barcelona: PPU.
- MAGRO SERVET, Vicente (2006): «Casuística práctica del delito de falso testimonio (arts. 458 a 462 del Código Penal)», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 25, 93-101.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos (2001): «Responsabilidad penal de los peritos», *Estudios Penales y Criminológicos*, 23, 175-214.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa (1991): «Exigibilidad y derecho a no declararse culpable», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 44(1), 25-44.

- MARES ROGER Francisco y Joaquín MARTÍNEZ LLUESMA (1998): «Delitos contra la Administración de Justicia. Título XX», en C. Ganzenmüller, J. F. Escudero y J. Frigola (coords.), *Delitos contra la Administración Pública; contra la Administración de Justicia y contra la Constitución*, Barcelona: Bosch.
- MILLÁN GARRIDO, Antonio (1974): «El delito de falso testimonio», *Separata de Documentación Jurídica*, 21-23, 93-206.
- MONTERO AROCA, Juan, Juan Luis GÓMEZ COLOMER, Silvia BARONA VILLAR, Iñaki ESPARZA LEIBAR, y José F. ETXEBARRIA (2017): *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- MORALES PRATS, Fermín (1984): *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Barcelona: Destino.
- MORENILLA RODRÍGUEZ, José María (1988): «Las garantías del proceso penal según el Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Poder Judicial*, Extra-2, 191-216.
- MUÑOZ CUESTA, Javier (2006): «Una concepción amplia del falso testimonio de testigo en causa judicial: comentario a la STS, Sala 2ª, de 6 de marzo de 2006», *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*, 7, 21103-21106.
- ORTS BERENGUER, Enrique (2019): «Delitos contra la Administración de Justicia», en J. L. González Cussac (coord.), *Derecho penal Parte especial*, Valencia: Tirant lo Blanch, Valencia, 741-780.
- PALOMO DEL ARCO, Andrés (2015): «Del falso testimonio», en M. Gómez Tomillo (dir.), *Comentarios prácticos al Código penal*, Cizur Menor: Aranzadi, 513-536.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. (2015): *Parte especial*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (2022): «Del Falso testimonio», en G. Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, Navarra: Aranzadi, 1811-1850.
- SANTANA VEGA, Dulce M.^a (2005): «Del falso testimonio», en M. Corcoy Bidasolo y S. Mir Puig (dirs.), *Comentarios al Código Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 697-703.
- SCHMIDT, Gerhard (1967): «Zur problematik der Indiskretionsdelikts», *ZStW*, 79, 741-798.
- VIVES ANTÓN, Tomás S. (1995): *Doctrina constitucional y reforma del proceso penal, en la libertad como pretexto*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2005): «Constitución, sistema democrático y concepciones del bien jurídico protegido», *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana: Jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valenciana*, 16, 7-27.
 - (2006): «Principio de legalidad, interpretación de la ley y dogmática penal», en M. Díaz y García Conlledo y J. A. García Amado (coords.), *Estudios de Filosofía del Derecho Penal*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
 - (2011): «Principios penales y dogmática penal. Estudios sobre el Código Penal español de 1995 (Parte General)», *Derecho y Cambio Social*, 22, 1-21.
- VIVES ANTÓN, Tomás S., Enrique ORTS BERENGUER, Juan Carlos CARBONELL MATEU, José Luis GONZÁLEZ CUSSAC y Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (2010): *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Fecha de recepción: 8 de septiembre de 2022.

Fecha de aceptación: 24 de octubre de 2022.

DERECHOS HUMANOS EN EL CONSEJO DE EUROPA: UNA APROXIMACIÓN DESDE LAS RESPONSABILIDADES COMPARTIDAS*

HUMANS RIGHTS IN THE COUNCIL OF EUROPE: AN APPROACH FROM THE SHARED RESPONSIBILITIES

María José Añón Roig

*Catedrática de Filosofía del Derecho
Universitat de València*

RESUMEN

En la evolución de los sistemas de protección de derechos humanos y, concretamente, en el Consejo de Europa, es posible detectar ciertas tendencias o rasgos que adquieren sentido en el marco de una concepción cooperativa de los derechos humanos y de las instituciones encargadas de asegurar su efectividad. El propósito de este artículo es analizar cómo interpretan las responsabilidades estatales el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Comité Europeo de Derechos sociales. Para llevar a cabo este examen, tendré en cuenta las decisiones de ambas instituciones ante las medidas estatales denominadas «anticrisis» o de austeridad. Se trata de un ámbito donde adquiere especial significación la interpretación de las categorías de obligación y responsabilidad y que inciden en la jurisprudencia de ambos órganos ante otros procesos sociales posteriores.

PALABRAS CLAVE

Derechos humanos, TEDH, CEDS, austeridad, responsabilidad, justificación.

ABSTRACT

The evolution of human rights systems protection and specifically in the Council of Europe, shows certain trends or features that become meaningful in the framework of a cooperative conception of human rights and of the institutions in charge of ensuring their effectiveness. The aim of this article is to analyze how state responsibilities are interpreted by the European Court of Human Rights and the European Committee of Social Rights. In order to carry out this examination, I will consider the decisions of both institutions in the face of so-called anti-crisis or austerity state measures. This is an area in which the interpretation of the categories of obligation and responsibility takes on particular significance and which affects the jurisprudence of both bodies in other subsequent social processes.

KEY WORDS

Human rights, European Court of Human Rights, European Committee of Social Rights, austerity, responsibility, justification.

DOI: <https://doi.org/10.36151/td.2022.061>

* Este artículo ha sido realizado en el marco del proyecto PID2021-1265520B-100, *Tiempos y espacios de una justicia inclusiva. Derechos para una sociedad resiliente frente a los nuevos retos* (IN-JUSTICE), del programa estatal de investigación.

DERECHOS HUMANOS EN EL CONSEJO DE EUROPA: UNA APROXIMACIÓN DESDE LAS RESPONSABILIDADES COMPARTIDAS

María José Añón Roig

Catedrática de Filosofía del Derecho
Universitat de València

Sumario: 1. Avances en la consolidación de la efectividad de los derechos desde la perspectiva de las responsabilidades. 2. Órganos de supervisión ante las medidas de austeridad. 2.1. El Comité Europeo de Derechos Sociales. 2.2. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 3. Reflexiones finales. Notas. Bibliografía.

1. AVANCES EN LA CONSOLIDACIÓN DE LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS RESPONSABILIDADES

El objetivo de este trabajo es proponer una reflexión sobre algunas vías a través de las cuales resulta posible lograr una mayor efectividad en la protección los derechos humanos. A tal fin, ofreceré algunas consideraciones en torno a la responsabilidad por los derechos o, por decirlo de otra forma, sobre la idoneidad de la perspectiva de las responsabilidades compartidas por los actores que intervienen en los procesos de reconocimiento, especificación, aplicación y supervisión de derechos humanos —y la cooperación entre ellos— para entender de una manera comprensiva e integral la protección de los derechos en el marco del Consejo de Europa.

La posibilidad de argumentar en favor de esta hipótesis está vinculada al peso y a las funciones asignadas a los derechos humanos en el ámbito internacional, a la legitimidad

de tales funciones y, sin duda, al diseño institucional orientado a su protección y garantía. Obviamente, aquí se parte de una concepción exigente que concibe los derechos humanos como principios integradores de la legitimidad jurídico-política en el orden interno y en el orden global como criterios justificativos de la acción internacional, como límites y vínculos a la acción y a la soberanía estatal y como garantía del acceso a determinados bienes básicos en condiciones de desmercantilización. La idea de hacer de los derechos una fuerza efectiva en el orden internacional y su integración en la justificación de las instituciones supone, como propone Buchanan (2008: 40-41), que cuanto mayor sea el peso de los derechos, más exigencias de legitimidad precisan.

Cuando aludo al sistema europeo de protección de los derechos me refiero a un conjunto integrado, al menos, por dos textos normativos comprensivos de los derechos (la Convención Europea de Derechos Humanos, CEDH, y la Carta Social Europea, CSE) y dos órganos de control y supervisión: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), esto es, al entramado institucional y procedimental que lleva a cabo su interpretación y aplicación. Este planteamiento no es usual ni dominante (Belorguey, 2018: 288-289). Por el contrario, cuando se habla de este sistema, tanto la doctrina como las instituciones consideran que se agota en el Convenio Europeo de Derecho Humanos y el TEDH. Como señala Salcedo (2018: 87), esta concepción estrecha compromete seriamente la efectividad de los derechos sociales, cuyo texto de referencia es la Carta Social Europea. Por una parte, este enfoque limita injustificadamente el catálogo de derechos humanos en Europa, así como los dispositivos orientados a su reclamación y protección —las garantías—, e infravalora el hecho de que en Europa contamos con el texto jurídico internacional de mayor relevancia y alcance en materia de derechos sociales. Por otra parte, semejante visión reductiva obliga a hacer esfuerzos —tal vez loables, pero normalmente fútiles— para analizar la tutela los derechos sociales europeos a través de las decisiones del TEDH, circunstancia que ha contribuido a minimizar tanto su significación como las posibilidades de materializarlos (García Manrique, 2018). Los derechos sociales son representados, además, como derechos afectados por limitaciones no solo políticas y económicas, sino también jurídicas, una caracterización que, en las diferentes crisis que han afectado a quienes viven en suelo europeo, ha brindado una cobertura justificatoria para que la tradicional visión mermada y reduccionista de estos derechos se perpetúe. Si lo que se pretende es cuestionar la pertinencia de esta perspectiva —por insuficiente— y abogar por la necesidad de adoptar una visión de conjunto, resulta necesario tomar en consideración el sistema europeo en toda su complejidad, un marco institucional no exento de dificultades, pero sin duda mucho más coherente con el objetivo último de proteger *todos* los derechos de manera amplia y efectiva.

Pues bien, una propuesta como la que se ha señalado al inicio de estas páginas no es hacedera si se prescinde de determinados presupuestos que aquí solo puedo mencionar sumariamente. Por decirlo algo apresuradamente, esta perspectiva toma como referencia una concepción filosófico-jurídica, el constitucionalismo global o cosmopolita, perspectiva que el contexto actual reclama cada vez con mayor apremio y que está conformada principalmente por dos dimensiones. En primer lugar, la extensión del constitucionalismo

más allá del Estado (Ferrajoli 2018 y 2021; y Habermas 2016), ampliación que implica la proyección en el ámbito supranacional de la vocación limitadora del poder propia del constitucionalismo y que, como señala Ferrajoli (2022: 93-104), exige la limitación de la soberanía estatal y de los poderes privados «salvajes» —a la luz de su probada capacidad de afectación de los derechos— como la vía más idónea para asegurar la paz y los derechos a escala global, sin necesidad de que esta dinámica expansiva se anude a la creación de un gobierno mundial. En segundo término, una concepción de los derechos humanos que permita comprender su dimensión global, superadora del estatismo y del vínculo entre la ciudadanía y la nacionalidad, que suministre una justificación más completa de la acción internacional y del rol que los derechos desempeñan en ella. La articulación normativa de los derechos humanos y sus garantías es fundamental en este proceso, que no solo ambiciona justificar la legalidad internacional, sino también configurar una legalidad cosmopolita basada en derechos universales (García Pascual, 2015: 153) en la que estos sean tanto metas como requisitos de legitimidad (Nuñez, 2020: 229). Este objetivo está estrechamente vinculado a otro presupuesto: el constitucionalismo cosmopolita no puede ser pensado al margen de una teoría de la justicia global, aunque ambos marcos normativos e ideacionales no son necesariamente idénticos (Turégano, 2016: 17-22).

El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea proclaman expresamente en sus preámbulos y articulados que su razón de ser es la realización de los derechos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el ámbito europeo. Se trata, por tanto, de una empresa compartida cuyo objetivo es «asegurar la garantía colectiva de alguno de los derechos enunciados en la declaración universal», garantía que «reposa esencialmente, de una parte, en un régimen político verdaderamente democrático, y, de otra, en una concepción y un respeto comunes de los derechos humanos de los cuales dependen» (Preámbulo del CEDH). La Carta Social Europea acoge manifestaciones muy similares. La superación de los obstáculos a los que se enfrenta la garantía de los derechos para lograr su plena realización ha de articularse a través de las obligaciones y las responsabilidades de todos los sujetos implicados en su protección y su tutela, obligaciones de garantía colectiva (Craven, 2000; Mégret, 2014; y Añón Roig, 2021) revestidas de una pretensión transformadora de los sistemas domésticos que, como sostiene Cuenca (2022), apunta a la naturaleza constitucional del Derecho de los derechos humanos entendido como un orden público preordenado a la imposición de ciertas salvaguardas fundamentales de los individuos frente al Estado (Bayón, 2013: 70).

De ahí que, con Ferrajoli (2022: 73-84), sea posible distinguir las funciones de gobierno —que, en la medida en que su legitimidad descansa en su representatividad política, deberían ser ejercidas por instituciones estatales e infraestatales— y las funciones de garantía —que pueden ser ejercidas adecuadamente por instituciones supraestatales—. La justificación de la actuación de los tribunales internacionales y de los comités encargados de monitorizar los tratados de derechos humanos se basa, precisamente, en el emplazamiento de los derechos humanos en el marco de la defensa de una ciudadanía universal y la mejora de su nivel de protección en un ámbito regional —en el caso de este estudio, el europeo— conectado con el orden global. Al tratarse de una empresa con una clara finalidad —dotar

de mayor efectividad a los derechos—, su realización no solo exige el ejercicio de funciones de supervisión, sino también el desarrollo de una tarea intensamente cooperativa (Iglesias, 2017). Este es el contexto en el que se plantean las cuestiones relativas a las obligaciones estatales y a las competencias de los órganos de supervisión, así como la cuestión concerniente a las instancias mejor equipadas para lograr la mayor protección de los derechos. La noción de subsidiariedad (Mombray 2015) constituye, en este sentido, un principio básico para comprender la responsabilidad por los derechos y la necesidad de maximizar su protección en un ámbito regional como el europeo, conectado, ya se ha dicho arriba, con el orden global, ello a pesar de que, como sostiene Iglesias (2016, 2017, 2022), el principio de subsidiariedad no está exactamente encauzado «en la dirección de incrementar sin más la deferencia hacia los estados con independencia de la calidad y mejora en el nivel de protección de los derechos humanos en la región» (Iglesias, 2017: 195-196).

A estos efectos, un principio orientativo contribuiría a instituir una complementariedad institucional entre la autonomía estatal y a supervisión internacional, siempre que, como se ha dicho, el sistema en su conjunto mejore. En este punto, Iglesias profundiza en una idea interesante: el Estado debe asumir algunas responsabilidades en relación con los derechos humanos, pero su violación o la insuficiencia en su satisfacción pueden justificar la actuación de instancias internacionales, fundamentalmente los tribunales o los comités de los tratados. Si bien su estudio se circunscribe al CEDH y al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, considero que la tesis en él desarrollada puede extrapolarse al Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa.

A juicio de Iglesias (2017: 212-213 y 2022: 232-240), el Estado ha de asumir ciertas responsabilidades compartidas en el mantenimiento del sistema europeo y del orden global. El Estado debe ser imparcial y objetivo en la protección adecuada de los derechos, tiene que consolidar una cultura de la justificación y ha de adoptar una perspectiva convencional.

Si las autoridades estatales no cumplen estas responsabilidades, no protegerán los derechos adecuadamente y, por tanto, el tribunal internacional no debería ser deferente con el Estado. En este sentido, los procesos institucionales de articulación de derechos humanos juegan, como ya he señalado, un papel insustituible. Esta perspectiva avalaría la tesis, sostenida por Cuenca (2022), en virtud de la cual la interpretación de los tratados no puede quedar completamente en manos de los Estados parte, puesto que la propia lógica del sistema justifica la existencia de órganos expertos para asegurar que se lleve a cabo un proceso de supervisión independiente y no interesado, órganos que, en última instancia, son las instancias competentes para determinar si los Estados han cumplido o no sus obligaciones en materia de derechos humanos

Me referiré sucintamente a las responsabilidades arriba mencionadas, que serán los parámetros para realizar el examen ulterior de las cuestiones que pretende abordar este trabajo.

La responsabilidad de imparcialidad, característica de los enfoques cosmopolitas y de justicia global, exige que el Estado trate con objetividad a todos los seres humanos. Como

afirma Iglesias (2022: 232-235), el Estado carece de la imparcialidad necesaria cuando no trata con objetividad los derechos humanos de todas las personas y grupos. En este caso, debe justificar fehacientemente las medidas que limitan los derechos convencionales de ciertos grupos o personas, esto es, las decisiones legislativas o administrativas adoptadas en el ámbito doméstico que son discriminatorias o desproporcionadas.

La responsabilidad estatal de asumir y practicar una «una cultura de la justificación» —es decir, de argumentar convincentemente que las medidas y políticas internas tienen por objeto la protección de los derechos humanos— tiene una doble faz (Iglesias, 2022: 236-239). Por una parte, las autoridades estatales se comprometen a justificar que sus medidas o políticas no son incompatibles con los derechos humanos. Por otra, asumen la responsabilidad de justificar que las políticas públicas contribuyen a mejorar la protección y la garantía de los derechos.

En el marco de la justificación, se revela central la fiabilidad de los mecanismos institucionalizados de justificación, que Buchanan (2008: 62) caracteriza como una exigencia epistémica para todos los actores. Concretamente, hace referencia a la calidad de las fuentes utilizadas en la justificación y especificación de los derechos humanos, así como en la determinación de los hechos, dado que, como el mismo autor señala (*Ibidem*: 62), ello contribuye a incrementar la legitimidad del sistema de derechos humanos.

Finalmente, cabe mencionar la responsabilidad de adoptar una perspectiva convencional que, de algún modo, conduzca a la institucionalización de una «autorregulación convencional», es decir, a la configuración una perspectiva compartida por todos los actores que cooperan para hacer efectivo del sistema europeo de derechos humanos (Iglesias, 2022: 239). Este planteamiento exigiría que los tribunales nacionales adoptaran la jurisprudencia de los tribunales internacionales.

Como sugiere Buchanan (2008: 63-64), el punto de vista convencional implica el despliegue de actuaciones tendentes a lograr una representación más inclusiva de los intereses y puntos de vista de la que existe en el ámbito estatal, así como a reconocer el valor, la autoridad y la jerarquía de las interpretaciones que llevan a cabo los órganos de supervisión de los tratados de derechos humanos. A fin de fortalecer esta autoridad, se han realizado propuestas relativas determinados aspectos formales, institucionales y procedimentales de los comités de los tratados de Naciones Unidas (Ulfstein, 2012: 76 ss.). Una de ellas, directamente enderezada a robustecer la legitimidad de estos órganos, es potenciar la actuación del Comité como instancia auténticamente deliberativa, de forma que «los dictámenes contribuyan a desarrollar el Derecho internacional como un todo evitando la fragmentación y generar y estimular la discusión jurídica, moral y política sobre cuestiones de derechos» (Cuenca, 2022).

Se trata, en suma, de un elenco de responsabilidades que el Estado debe asumir y que, a su vez, aglutina el potencial para incrementar la legitimidad de un orden jurídico internacional centralmente comprometido con la protección de los derechos humanos. En adelante, examinaré algunas decisiones del TEDH y del CEDS sobre medidas estatales denominadas «de austeridad» tomando como referencia y parámetro de valoración el esquema de las responsabilidades expuesto hasta aquí.

2. ÓRGANOS DE SUPERVISIÓN ANTE LAS MEDIDAS DE AUSTERIDAD

El análisis del modo en que han actuado los principales actores en el sistema europeo de derechos humanos (TEDH y CEDS) con respecto a la crisis y su abordaje de las medidas estatales de austeridad o «anticrisis» que han supuesto limitaciones, retrocesos —e incluso la supresión— de los derechos humanos, en concreto los derechos sociales, es particularmente pertinente. De un lado, porque este examen permite valorar la complementariedad entre el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea. De otro, porque ambos órganos han establecido pautas que se proyectan en su jurisprudencia en otros procesos posteriores que han sido igualmente graves (Jimena Quesada, 2021).

Como he señalado desde el inicio, las relaciones entre los dos tratados y sus órganos de supervisión son, sin duda, complejas, aunque podrían ser claras y complementarias. La primera versión de la Carta Social Europea es de 1961, y el texto vigente, denominado Carta social revisada de 1996 y sus tres Protocolos, se aprobó —me interesa señalarlo— para propiciar la plena observancia en Europa de los derechos sociales contenidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Ararteko 2021) y para complementar el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, que reconoce derechos civiles y políticos, pero no derechos sociales. Parece claro que era necesaria la aprobación de un texto que ampliara e integrara los derechos sociales en el sistema europeo. Los trabajos preparatorios de la Carta Social Europea evidencian la importancia esta perspectiva, que incide no solo en la complementariedad de los dos tratados (Akandji-Kombe 2006: 387-388), sino también en la supervisión de ambos instrumentos por órganos similares u homologables. Sin embargo, razones de diverso orden motivaron que finalmente no se dotara al Comité Europeo de Derechos Sociales de naturaleza jurisdiccional.

El Comité Europeo de Derechos Sociales es, por así decirlo, un órgano que se ha hecho a sí mismo y que es considerado el guardián europeo del modelo de Estado social que supervisa el cumplimiento de la Carta Social, que, como señala el Rapport général de la Conférence à haut niveau sur la Charte sociales européenne en el marco del proceso de Turín (2018: 43-168), es la constitución social de Europa. En palabras de Laulom, el CEDS es el garante de una concepción de la Europa social (Laulom, 2017: 85).

Estamos, pues, en presencia de dos órganos de supervisión con características distintas que analizaré brevemente. El TEDH tiene carácter jurisdiccional, está integrado por jueces, recibe demandas individuales sobre la violación de los derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que son, básicamente derechos civiles y políticos, y sus sentencias son ejecutadas por el Comité de ministros del Consejo de Europa. Entre los criterios de admisibilidad de las demandas ante el TEDH figura la exigencia de que el demandante haya agotado la vía jurisdiccional interna¹.

Por su parte, el Comité Europeo de Derechos Sociales es un órgano de supervisión integrado por expertos independientes que recibe reclamaciones colectivas sobre la violación de derechos reconocidos por la Carta Social Europea². Están legitimados para plantear reclamaciones las organizaciones de empleadores o de trabajadores, y organizaciones internacionales no gubernamentales con presencia en el Consejo de Europa³. Entre los criterios

de admisibilidad de las reclamaciones no figura la exigencia de haber agotado todos los eslabones de la cadena jurisdiccional interna⁴.

Considero de gran interés atender a la actuación de los principales actores en el sistema europeo de derechos humanos con respecto a las crisis más amenazantes para la protección de los derechos humanos. Entre ellas sobresalen la crisis económica y financiera iniciada en 2008 —una crisis financiera que se convirtió en una crisis de los derechos humanos debido a las respuestas insuficientes o inadecuadas adoptadas para encararla—, la crisis de los refugiados de 2015 —una crisis migratoria, institucional, política y moral que puso en evidencia las tragedias humanas vinculadas con la migración—, la crisis política y democrática asociada al ascenso del populismo, la crisis sanitaria causada por la pandemia de COVID-19, la guerra de Ucrania y los recientes procesos inflacionarios, que han afectado con mayor intensidad a determinados países.

Sea como fuere, la crisis financiera y las respuestas anticrisis, también denominadas «de austeridad», no tiene precedentes por lo que respecta a la erosión o debilitamiento de los derechos humanos. En aquel contexto, la magnitud, la intensidad y la diversidad de estrategias de restricción de los derechos sociales fue inédita (Nivard, 2014: 97). Es más, la limitación de los derechos —especialmente, de los derechos sociales— se planteó incluso como un remedio a esta crisis (Laulom 2017: 84). Ahora ya disponemos de la perspectiva temporal necesaria para valorar diacrónicamente las consecuencias sociales y los efectos sobre los derechos humanos de algunas respuestas jurídicas y políticas articuladas para hacer frente a las crisis arriba citadas (Informe Consejo de Europa 2013: 12 ss.; CDDH, 2015; y Ortiz *et al.*, 2017, 2022). Concretamente, las respuestas institucionales a las dos primeras —fundadas en las políticas de austeridad⁵— pusieron en tela de juicio la protección europea de los derechos sociales. La austeridad ha afectado no solo los derechos sociales, sino también a los derechos humanos en general en forma de impactos acumulativos y superpuestos y con repercusiones a largo plazo y aun intergeneracionales (Lusiani y Chaparro, 2018), ha deteriorado la cohesión de las sociedades y supone una seria amenaza a los fundamentos democráticos de los proyectos sociales y políticos perseguidos por todos los Estados miembros del Consejo de Europa desde su creación, y ha socavado, en muchos casos, la capacidad de los gobiernos para proporcionar educación, atención sanitaria, protección social y otros servicios públicos. Los informes de la OIT sobre las tendencias de empleo en el mundo (2018, 2019 y 2021 —este último aborda especialmente los efectos derivados de la pandemia de COVID-19⁶— y 2022) aluden con alarma a los riesgos de incremento de la desigualdad. Las personas siguen haciendo frente a crisis múltiples y agravadas —sanitarias, energéticas, financieras y climáticas— y a un incremento insostenible de los costes de vida, y los Estados deberían, por tanto, articular de forma imperiosa opciones y respuestas alternativas para apoyar a sus poblaciones (Ortiz *et al.*, 2022).

A pesar de las diferencias entre el TEDH y el CEDS, ambos órganos han tenido ocasión de pronunciarse sobre el impacto de medidas estatales similares para hacer frente a las crisis y sobre la incidencia de la austeridad en los derechos humanos al dar respuesta a las demandas y reclamaciones contra distintos Estados. Ciertamente, Grecia ha sido el Estado más demandado ante ambas instancias por la adopción de normas que afectaron grave-

mente a los derechos, puesto que fue un Estado refinanciado tres veces por instituciones internacionales (Comisión Europea, Banco Central, Mecanismo Europeo de Estabilidad y por el Fondo Monetario Internacional). Nos interesa, en todo caso, examinar la respuesta del TEDH y del CEDS ante unas circunstancias equivalentes (las crisis y las respuestas político-económicas a las mismas) a fin de evaluar cómo y con qué criterios ambos órganos han exigido responsabilidades a los Estados y cómo han interpretado su propia función y responsabilidad.

2.1. EL COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES

El Comité Europeo de Derechos Sociales ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre medidas limitativas y restrictivas de derechos sociolaborales reconocidos en la Carta Social Europea en el contexto marcado por la crisis económica. Como observa Jimena Quesada (2017: 19 y 2018: 194-195), a la hora de tomar aquellas decisiones era necesario hacer frente a cuestiones muy complejas y en asuntos contenciosos planteados en paralelo tanto ante el TEDH como ante el TJUE.

Las vías para abordar esta cuestión por parte del Comité han sido diversas: las conclusiones correspondientes a un periodo y un grupo concreto de preceptos, los informes anuales, y las decisiones de fondo con relación a varios Estados. Por tanto, el Comité ha recurrido a todos los procedimientos con los que cuenta en sus estatutos. No obstante, como ya he advertido, los argumentos relativos a las medidas anticrisis adoptadas en Grecia se han convertido en un punto de referencia, puesto que el Estado heleno representa el cuestionamiento mismo de los derechos sociales (Salcedo, 2018). En la medida en que, como se ha dicho, fue rescatado en tres ocasiones, hubo de adoptar diversos paquetes de medidas que afectaron profundamente a los derechos sociales, especialmente a los derechos laborales y al sistema de seguridad social (entre ellas, limitaciones de la negociación salarial, reducción de la retribución de las horas extraordinarias, flexibilización en el tiempo y los contratos de trabajo, nueva normativa sobre salarios mínimos, reducción de indemnizaciones por despido, supresión de pagas extras, reducción de pensiones elevadas y congelación de las más bajas, reforma de la legislación de protección del empleo, ampliación periodo de prueba en los nuevos contratos y considerables reformas del sistema de pensiones, entre otras). Buena parte de los programas de asistencia económica diseñados por la Unión Europea y otras instituciones internacionales (fundamentalmente, el Banco Central Europeo, la Comisión europea, el Mecanismo Europeo de Estabilidad y el Fondo Monetario Internacional) exigieron la aprobación de medidas estructurales y legislativas estatales que dejaron a los Estados más afectados por la crisis poco o ningún margen de maniobra.

Frente a ello, el CEDS ha alzado una voz alternativa y ha defendido «una determinada concepción de la Europa Social» (Laulom, 2017: 86-87), y ha adoptado una posición nítida sobre las medidas de crisis en general y sobre su repercusión en los derechos sociales en particular, examinando extensamente la relación entre las políticas de austeridad y los derechos sociales. El Comité ha establecido una pauta, convertida en principio general, que ha sido reproducida por toda la jurisprudencia posterior y que forma parte de la funda-

mentación jurídica de las decisiones de fondo (Salcedo, 2018: 106-107; y Nivard 2012a). Inicialmente, se plasmó en la *Introducción general de las Conclusiones XIX-2 de 2009 sobre la aplicación de la Carta Social europea en el contexto de la crisis económica global*. El Comité concluyó que «la crisis económica no debe conducir a una reducción de la protección de los derechos de la Carta. Los gobiernos están obligados a mantener una garantía eficaz de los derechos sobre todo en momentos de crisis, esto es, cuando la necesidad de protección es mayor». A partir de este principio, de la interpretación de los artículos 12 —que protege la seguridad social— y G de la Carta revisada (antiguo artículo 31) —que regula los límites a los derechos sociales— el Comité ha establecido una suerte de ponderación entre las medidas de flexibilización y la salvaguarda prioritaria de la dignidad (Jimena Quesada, 2017: 20 y 2018).

El CEDS abordó asimismo el principio de no regresividad o no retroceso, que, salvo con limitadas excepciones, no autoriza que un Estado rebaje el nivel de protección de un derecho que ya ha sido alcanzado (Marguénaud y Mouly, 2013: 339-344), aunque admite que no puede exigirse una progresión constante de todos los derechos sociales y que incluso el nivel de protección puede reducirse. El CEDS alude a la posibilidad de implementar medidas regresivas proporcionas y razonables que descienden de un determinado umbral, pero que no restringen gravemente el disfrute de los derechos sociales de amplias categorías de personas o trabajadores, o que directamente niegan a todo un segmento de trabajadores el contenido mínimo de los derechos sociales (Salcedo, 2021). Podría decirse que la tesis consta de dos argumentos que asumen —y aceptan— la razonabilidad de medidas limitativas o incluso regresivas. Por un lado, la exigencia de que el Estado garantice, en todo caso, un mínimo indisponible; el Comité participa así en la definición de esta base mínima, y deviene garante de un nivel mínimo de derechos, un piso por debajo del cual los Estados miembros no pueden situarse (Laulom 2017: 87). Por otro, el Comité marca como horizonte la primacía de los derechos humanos, criterio que obliga a las autoridades nacionales a justificar adecuadamente las regresiones en su satisfacción. En suma, el CEDS entiende que una evolución restrictiva del sistema de seguridad social no supone automáticamente una violación del art. 12.3 de la CSE.

Las decisiones de fondo sobre Grecia se encuentran en las reclamaciones 76 a 80 de 2012⁷. Estas tuvieron por objeto el examen de las reducciones drásticas que el Gobierno griego aprobó tanto en el sector público como en el privado. Todas las resoluciones concluyeron que se había violado el artículo 12 CSE (derecho a la seguridad social), una doctrina reiterada en otras decisiones de fondo contra Finlandia, Francia o Italia. Por lo tanto, es de gran interés atender al razonamiento del Comité sobre el art. 12 de la CSE, que declara el compromiso del Estado «a esforzarse por elevar progresivamente el nivel del régimen de seguridad social».

En conjunto, aunque no de modo explícito, el Comité ha examinado las responsabilidades estatales que, de acuerdo con la propuesta de Iglesias (2017: 212-213 y 2022: 232-240), lo obligan a contribuir a la mejora de la efectividad de los derechos en el orden global y regional y a cooperar mediante la asunción de estas responsabilidades específicas: en primer lugar, adoptar medidas estatales orientadas a la satisfacción de los derechos hu-

manos de una forma objetiva e imparcial; en segundo término, desarrollar o consolidar una cultura de la justificación; finalmente, adoptar un punto de vista convencional. Puede afirmarse, en síntesis, que el Comité pone el acento en la responsabilidad de justificación y que, en estrecha relación con la misma, plantea ciertas exigencias relacionadas con la responsabilidad de no discriminación y con la perspectiva convencional.

La exigencia de que el Estado desarrolle o consolide una cultura de la justificación se manifiesta en la carga de la argumentación que este debería asumir en relación con las medidas restrictivas de derechos, especialmente en materia de seguridad social. Para determinar si las modificaciones legislativas han vulnerado un derecho, hay una serie de parámetros que permiten analizar cada medida en profundidad. Salcedo (2018: 107) señala las siguientes: el contenido de las medidas estatales, los motivos de la política social, la necesidad de la reforma, los fines perseguidos y los sistemas de protección y asistencia previstos.

i) En relación con el contenido de las medidas estatales, el Comité procede a valorar distintos aspectos, entre ellos el campo de aplicación, las condiciones de acceso a las prestaciones y la duración de estas. En este marco, exige al Estado que exponga los motivos de la decisión legislativa y la política social y económica en la que se inserta, la categoría y número de personas afectadas y la cuantía prestaciones que lleva aparejada la modificación. Junto con las reducciones de las pensiones, estos elementos permiten identificar los segmentos sociales sobre los que ha recaído los efectos de la reforma. En el caso griego, los impactos de las decisiones «anticrisis» tomadas de manera injustificada y contraria a la CSE han afectado fundamentalmente a los pensionistas en su condición de contribuyentes.

El Comité insta al Estado a asumir la responsabilidad de justificar la objetividad de las medidas, esto es, de acreditar que no se trata de disposiciones discriminatorias. En este sentido, exige al Estado que especifique y fundamente los efectos de las medidas de austeridad sobre grupos de población determinados —esto es, aquellos sobre los que recae el peso de la crisis de forma desproporcionada—. Establece, así, un límite a las medidas legislativas de flexibilidad: estas no pueden derivar en la precarización o la pauperización de la población afectada, en la privación de derechos a amplias categorías de asalariados, especialmente a los estratos sociales que desde hace tiempo carecen de empleos estables, o en la reducción de las garantías de protección que determinan su sujeción a la arbitrariedad del empleador o a los avatares de la coyuntura (Jimena Quesada, 2017).

ii) El CEDS también exige que se pruebe la necesidad de la reforma, su adecuación a la situación que la origina y los fines perseguidos. En este sentido, considera que el Gobierno griego no ha sido capaz de demostrar que ha intentado adoptar unas medidas alternativas y socialmente menos costosas para la población afectada. Su argumentación se ha limitado a apelar a las medidas de austeridad impuestas por la troika. Tampoco ha acreditado la realización de consultas a —o el establecimiento de un diálogo con— los interlocutores sociales.

iii) Finalmente, el Estado ha de probar, a su vez, que cuenta con dispositivos de asistencia social dirigidos a las personas destinatarias de las modificaciones. Jimena Quesada (2017: 23) subraya, en este sentido, que no solo hay que tener en cuenta la obligación de los Estados de establecer progresivamente un régimen de seguridad social más elevado, sino

también un conjunto de protecciones frente a la vulnerabilidad: por ejemplo, las pensiones más bajas y la protección social de las personas mayores, entre otros.

En las *Conclusiones XIV-1*, el Comité afirma que, tomando en consideración todos estos factores, es constatable una «degradación significativa del nivel de vida de los pensionistas [...] así como el riesgo de empobrecer de forma considerable a la mayoría de la población». En suma, para el Comité, el efecto acumulado de todas las medidas restrictivas contenidas en las normas objeto de las reclamaciones constituye una violación del art. 12.3 de la CSE⁸.

En relación con la responsabilidad del Estado de consolidar una cultura de la justificación, así como la importancia de que adopte una perspectiva convencional, el Comité ha exigido al Estado que robustezca sus argumentos para demostrar la necesidad y la pertinencia de las limitaciones o restricciones a los derechos, especialmente los derechos laborales, a través del artículo G (antiguo artículo 31)⁹. La interpretación y la activación de este artículo, invocado por los Estados, se considera una evolución en la jurisprudencia del Comité (Chemla, 2017: 78)

Para justificar la restricción de ciertos derechos sociales, los Estados han esgrimido el artículo G de la CSE, que permite las restricciones si son «necesarias para garantizar el orden público». Partiendo de la interpretación que lleva a cabo el TEDH sobre las limitaciones a los derechos humanos, declara asimismo que las medidas restrictivas solo pueden adoptarse con referencia a este artículo si son «necesarias en una sociedad democrática» para satisfacer «una necesidad social apremiante» (*Conclusiones XIII-1*, Países Bajos, artículo 6, párrafo 4)¹⁰.

Uno de los aspectos más debatidos en la justificación de las medidas estatales aprobadas es el criterio que apela a la preservación del orden público en una sociedad democrática¹¹. La cláusula de orden público se plantea tanto en conexión con la responsabilidad del Estado como la de las instituciones internacionales que estipularon las condiciones de los programas de rescate. La principal cuestión que hay que analizar es, por tanto, si la finalidad de «proteger el orden público» puede ser esgrimida como una razón de peso que legitime los incumplimientos de la CSE (Salcedo, 2018: 111; y Koukiadaki, 2017: 88-90), alegación que, en principio, sería atendible, considerando que las medidas impugnadas se adoptaron en un contexto de crisis muy grave que afectaba a todo el país.

Los argumentos que expondré a continuación —así como los párrafos de referencia— corresponden a la Decisión sobre el fondo del asunto de 23 de marzo de 2017, Confederación General del Trabajo de Grecia (GSEE) contra Grecia, denuncia n.º 111/2014.

El Comité entiende que la definición y delimitación del orden público corresponde al poder legislativo bajo ciertas condiciones. Al examinar la reclamación n.º 111-2014, GSEE contra Grecia¹², y con el fin de aclarar el límite de su uso para justificar retrocesos en los derechos¹³, el Comité sostiene que el legislador es responsable de definir el orden público y que para ello dispone de un margen de apreciación. Sin embargo, agrega que no cuenta con total autonomía, pues en cuanto Estado está obligado a respetar los tratados de derechos humanos que ha ratificado (párrafo 85). El ámbito de lo que se considera orden público debe incluir la garantía de un nivel de protección suficiente para satisfacer las necesidades

sociales básicas de los ciudadanos. Los legisladores nacionales —prosigue el Comité— deben equilibrar su preocupación por el equilibrio presupuestario con el imperativo de proteger suficientemente los derechos sociales. Incluso bajo la presión de los organismos internacionales u otras instituciones influyentes, los Estados no pueden dejar en manos de otros el cumplimiento de sus compromisos y, en particular, el respeto de los derechos protegidos por la Carta, instrumento que han adoptado y ratificado (Párrafo 87). Como señala Salcedo (2018: 111), es necesario que la implantación de las medidas se adapte al objetivo perseguido, que no vayan más allá de este y que, en todo caso, se mantenga en todo momento un nivel de protección suficiente.

Por otra parte, el Comité examina el cumplimiento del resto de condiciones exigidas para considerar justificada una limitación. A este respecto, toma en consideración los siguientes argumentos: la gravedad de recesión de la economía griega, la elevadísima tasa de desempleo —que representa una necesidad social acuciante—, la idea de que, en principio, las medidas adoptadas persiguen un objetivo legítimo de orden público y el hecho de que, además, se encuentran reconocidas formalmente en la legislación. Sin embargo, entiende que no se pueden considerar cumplidas las demás condiciones. No pueden valorarse como adecuadas y proporcionales. El Comité sostiene que no ha tenido conocimiento de «ninguna información, en particular por parte del Gobierno, que demuestre que las autoridades hayan realizado un análisis exhaustivo y objetivo sobre los posibles efectos de las medidas legislativas, en particular su posible impacto en los trabajadores más vulnerables, ni que se haya llevado a cabo una verdadera consulta con las personas más afectadas por estas medidas». No hubo, por tanto, una reflexión real sobre la posibilidad de adoptar otras medidas menos restrictivas (párrafo 83) ni elementos de juicio suficientes para justificar que las restricciones de los derechos garantizados por la Carta fueron proporcionadas y, por tanto, conformes al artículo 31 de la Carta (párrafo 91)¹⁴.

En sus decisiones de fondo —especialmente las que versan sobre Grecia—, el Comité pone en evidencia la insuficiente justificación y la escasa aportación de análisis y datos por parte del Estado en torno a la adopción de las medidas. Asimismo, constata no solo que las medidas adoptadas por estos Estados no tienen en cuenta la protección de estos derechos, a pesar de su compromiso convencional, sino que, además, en muchos casos no son eficaces para restablecer la situación financiera y presupuestaria (se están difundiendo muchos análisis en este sentido), y que incluso contribuyen, cuando son excesivas, a empeorarla (párrafos 91 y 92). Por el contrario, las medidas de protección de los derechos de la población a la asistencia médica, a la vivienda y a los salarios adecuados no solo benefician a las poblaciones protegidas, sino también al conjunto de la economía —particularmente, la productividad—, que necesita trabajadores «en buenas condiciones» que tengan la posibilidad de consumir los bienes producidos, incluso si nos ceñimos una visión puramente económica de la situación.

Finalmente, el Comité señala que, si un Estado presenta las medidas adoptadas como mecanismos destinados a restablecer la situación económica y financiera y el mercado laboral, el Comité tendrá en cuenta y evaluará la eficacia de dichas medidas en relación con el objetivo declarado. Por lo tanto, si las medidas adoptadas no mejoran la situación del

empleo, no restablecen el crecimiento sostenible ni logran el objetivo principal de reducir la deuda pública, no pueden ser justificadas con base en el artículo G de la Carta revisada.

La adopción del punto de vista convencional exige al Estado que tome sus decisiones de conformidad con la Carta Social Europea y las responsabilidades y obligaciones que ha contraído. No ha aceptado como argumento que el Estado ha cumplido sus obligaciones prescindiendo del respeto a los derechos humanos. Respecto a las obligaciones, el Comité analiza si los derechos salvaguardados en la CSE han sido restringidos en virtud de otras obligaciones internacionales, concretamente las que derivan del acuerdo del préstamo de las instituciones de la UE y del Fondo Monetario Internacional. A este respecto, el Comité declara que «el hecho de que las disposiciones de Derecho interno impugnadas pretendan cumplir los requisitos de otras obligaciones legales no las elimina del ámbito de la Carta»¹⁵. Basándose en su decisión previa —el caso CGT contra Francia—, el Comité señala, además, que «[...] tanto al preparar el texto en cuestión [relativo a las medidas vinculantes] como al implementarlo en la legislación nacional [los Estados parte deben] tener plenamente en cuenta los compromisos que han asumido al ratificar la Carta Social Europea»¹⁶.

En síntesis, el CEDS auspicia una visión diferente de los derechos sociales —especialmente si se contrasta con la de la UE— en la que subraya que, cuando son desproporcionadas y no permiten, como mínimo, mejorar la situación económica, las medidas de austeridad conducen a un deterioro de la situación social —cuando no a un empeoramiento de la coyuntura económica— y vulneran los derechos sociales fundamentales, patentizando así la relación causa-efecto entre la crisis y el deterioro en la protección de los derechos (Laulom, 2017: 93).

Ahora bien, como subraya Chelma (2017), el Comité no es insensible a los argumentos estatales que justifican sus decisiones y expresa su confianza en que se trata de medidas temporales de afectación de derechos sociales enderezadas a restablecer la situación económica del país y la protección de los derechos a largo plazo. Sin embargo, mantiene su tesis básica, de acuerdo con la cual la crisis económica no debe generar a una merma de la protección de los derechos de la CSE (párrafo 88). Asimismo, espera de los Estados un cambio de perspectiva que sintonice con la misión del Comité, que es velar por la protección de los derechos sociales garantizados por la Carta y protegerlos con mayor énfasis cuanto más amenazados están.

2.2. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Como he señalado, si se adopta una visión europea integral sobre los derechos humanos, es preciso señalar, de entrada, que el TEDH no protege o garantiza derechos sociales, no reconocidos en el texto de la Convención cuya salvaguarda supervisa; únicamente tutela aquellos que están expresamente consagrados en el CEDH, entre ellos la prohibición del trabajo forzoso, la libertad sindical, el derecho de huelga o el derecho a la educación. Esto no significa, sin embargo, que el TEDH no haya generado una jurisprudencia de índole social (Nivard 2012*b*; y Roman 2012). No se trata de que el TEDH proteja derechos no positivados el Convenio, sino que reconoce que los derechos tienen dimensiones sociales

que resulta necesario proteger (García Manrique, 2018), concretamente aquellos que afectan a ámbitos o circunstancias en las que están en juego derechos sociales —pues no parece concebible que un derecho, sea cual fuere, no tenga esas dimensiones—. Este planteamiento refuerza la tesis de que todos los derechos humanos conforman un *continuum* en el que las categorías tradicionales —derechos civiles, políticos y sociales— se entretajan y están estrechamente interrelacionadas (Abramovich y Courtis, 2002); precisamente por ello, su garantía puede ser asegurada de forma directa e indirecta o por conexión (entre otros, Bonnet, 2016). Los derechos sociales que el TEDH protege son, en cuanto derechos conexos, extensiones del contenido de los derechos del Convenio. Ya desde el caso *Airey c. Irlanda* (Sentencia 9 de octubre de 1979) el tribunal se hizo eco de la Carta Social y admitió que «la protección de los derechos civiles tiene implicaciones sociales, por lo que el ámbito de aplicación del Convenio puede extenderse al terreno de los derechos económicos y sociales. No son compartimentos estancos».

A finales de la década de los años noventa del siglo XX, Sudre (2003) teorizó la «permeabilidad del Convenio Europeo de derechos humanos a los derechos sociales» a través de diversas técnicas —determinación de obligaciones positivas, interpretación combinada del artículo 14 (prohibición de discriminación) con otros derechos del texto, en especial el artículo 1 del Protocolo n.º 1 sobre la propiedad, donde quedarían integrados los salarios y la mayoría de las prestaciones sociales¹⁷, el principio de proporcionalidad y la toma en consideración del criterio de vulnerabilidad (Peroni y Timmer, 2013; y Añón Roig, 2015)—. Otras resoluciones del TEDH han mostrado la sinergia de las fuentes, que permite enriquecer la interpretación de las disposiciones del Convenio a partir de otros instrumentos internacionales. Sin embargo, como señala Marguénaud (2020: 57), 2008 fue «un año paradójico». El impulso social del TEDH fue relevante y, al mismo tiempo, comenzó a resquebrajarse bajo el doble impacto de la crisis económica y la posterior crisis migratoria. El agravamiento o la persistencia de ambas crisis originó una situación inédita y más compleja en la que el TEDH tuvo que dar respuesta ante las regresiones que estaban experimentando muchos derechos¹⁸.

El recurso más utilizado por el TEDH para proteger los derechos sociales ha sido la vinculación de las obligaciones positivas de los Estados con la exigencia de un nivel de vida digno (Arenas, 2020: 269), técnica sustentada en la tesis de acuerdo con la cual la efectividad de los derechos del Convenio comporta obligaciones positivas para los Estados independientemente de la «naturaleza jurídica» de tales derechos (García Roca, 2018: 15-16). Estas obligaciones son mayores cuando el propio Estado ha causado el daño o la lesión¹⁹, cuando la erosión del derecho afecta a personas o grupos en situación de vulnerabilidad o cuando incurre en discriminación.

El TEDH ha examinado la legitimidad de las medidas estatales de austeridad fundamentalmente a través de la dimensión social de la propiedad (López Guerra, 2015: 402) en conexión con otros derechos del convenio. El TEDH ha declarado que las prestaciones monetarias de distinta naturaleza (prestaciones sociales monetarias como las pensiones, los subsidios de desempleo, los subsidios de subsistencia, los salarios o las rentas mínimas) pueden incluirse en el concepto de «bienes» a los efectos de la aplicación del Protocolo n.º

1 cuyo artículo 1 dispone: «Toda persona física o jurídica tiene el derecho al respeto de sus bienes»²⁰. Así la protección establecida inicialmente para la propiedad privada se extiende a otras modalidades patrimoniales, algunas de las cuales constituyen derechos sociales clásicos. Como subraya García Manrique (2018: 66 y 71 ss.), esta interpretación extensiva encuentra su apoyatura en la idea de que, en el Estado contemporáneo, el bienestar material no depende solo ni principalmente de la propiedad, sino también de ciertas formas de relación entre los ciudadanos y el Estado (en especial, las prestaciones sociales), a las que, siguiendo a Reich (1964), denomina «nueva propiedad». Se trata, pues, de bienes de los que ya son titulares de una propiedad o de aquellos que tienen una expectativa legítima de obtener las prestaciones a las que me he referido²¹.

Pues bien, la mayor parte de los casos que se han planteado ante el TEDH como consecuencia de la aplicación de las medidas de austeridad (por reducción de las pensiones de jubilación, las retribuciones y salarios, las prestaciones, las primas similares a la jubilación o los ahorros en bonos del estado) ha sido tratados como casos de vulneración del derecho de propiedad en los que las prestaciones se han equiparado a los bienes.

Este enfoque podría haber sido más fértil y acaso debería haberse enriquecido con la argumentación del Tribunal sobre el mínimo vital (López Guerra, 2015: 404-405; y Mestre, 2016), prestación básica de subsistencia cuya no satisfacción fue interpretada como una vulneración del artículo 3, en la medida en que, para el TEDH, una demanda sobre una cantidad insuficiente de una pensión o de otros beneficios o prestaciones monetarias puede plantear una cuestión incardinada en artículo 3 de la Convención, que prohíbe los tratos inhumanos y degradantes. En la decisión de inadmisión *Larioshina c. Rusia* (2002), el TEDH apunta la tesis confirmada en sentencias posteriores como *Budina c. Rusia* (2009) sobre el importe de la pensión recibida por la recurrente. García Manrique (2018: 68) apunta que «a falta de alguna sentencia que confirme esta doctrina, podemos suponer que el TEDH considera que los Estados están obligados a garantizar la subsistencia de todos los ciudadanos, cuando ellos no sean capaces de hacerlo por sí mismos, pues lo contrario sería infligirles un trato inhumano o degradante incompatible con su dignidad y prohibido por el artículo 3. En el caso del derecho a la salud, a la vivienda o a mínimo vital, el TEDH está dispuesto a garantizar un “mínimo” a partir del derecho a la vida, el derecho a la vida privada y familiar y la prohibición de tratos degradantes. Aunque es cierto que la protección otorgada por el TEDH en materia de salud, vivienda o procura existencial es realmente mínima, y comporta unas prestaciones muy bajas en cada uno de estos ámbitos».

En la mayor parte de las demandas motivadas por la aplicación de medidas de austeridad —muchas de ellas, por cierto, inadmitidas por ser, a juicio del tribunal, «manifestamente infundadas»—, el TEDH ha aceptado la conformidad de la reducción de salarios, pensiones y subsidios, dado que no ha apreciado desproporción alguna en las medidas ni que sean discriminatorias. La Corte europea considera medidas desproporcionadas o discriminatorias aquellas que afectan a todo un sector —por ejemplo, los salarios de todo el sector público—, o bien las que representan una amenaza para el sustento de una persona porque constituyen una privación sustancial de sus ingresos. Como sostiene Nivard (2012b: 518), esta aproximación hermenéutica podía haberse conectado con el artículo

3 a fin de de justificar de forma más incisiva el mínimo vital en términos sustantivos. Si embargo, el Tribunal es muy estricto y analiza las situaciones de manera individualizada. En el caso *Valkov y otros c. Bulgaria* (Sentencia 25 de octubre de 2011), estimó que los demandantes habían tenido que soportar una reducción razonable y no una pérdida total de sus derechos de pensión. En el caso *Koufaki y ADEDY c. Grecia*, 7 de mayo de 2013, la demandante no probó, a juicio del TEDH, «que la situación se había deteriorado hasta el punto de que su propia subsistencia estaba en peligro». Las medidas aplicadas en la reducción de pensiones no habían ocasionado en la demandante una «privación sustancial de sus ingresos, ya que la pérdida acumulada ascendía al 4,6 % del total de sus prestaciones»²². El TEDH no ha considerado que una norma turca que redujo las pensiones de jubilación en un 50 % fuera desproporcionada porque se trataba de una medida de interés general²³. Uno de los pocos supuestos en los que el TEDH apreció una violación del artículo 1 de Protocolo n.º 1 fue el caso *MKM c. Hungría* (Sentencia 14 de mayo de 2013). Hungría había establecido un impuesto del 98 % sobre una parte de la indemnización por despido a una funcionaria, legislación que había entrado en vigor diez semanas antes del despido, y generó una privación injustificada de la propiedad sin posibilidad de recurso. El TEDH consideró que los medios empleados eran desproporcionados en relación con el objetivo legítimo de proteger el erario público contra las indemnizaciones excesivas.

A continuación, examinaré algunos de los principales argumentos comunes a los distintos pronunciamientos desde la perspectiva de las responsabilidades que el TEDH al Estado.

En relación con la responsabilidad estatal de que la protección de derechos sea lo más objetiva posible, lo más destacable es que el Tribunal no ha exigido argumentos sustantivos sólidos para justificar el tipo de restricciones derivadas de las medidas de austeridad; por el contrario, ha reconocido un margen estatal de apreciación muy amplio. Es cierto que esta amplitud se reconoce fundamentalmente en materia de políticas públicas —sobre las que el TEDH, en ocasiones, se limita a realizar un control procedimental al objeto de refrendar el procedimiento deliberativo y democrático de su adopción—. Sin embargo, nos encontramos ante una hipótesis en la que el Estado adopta medidas legislativas que afectan negativamente a los derechos humanos y lo hace en cumplimiento de unas obligaciones que no están vinculadas a los derechos, sino impuestas por otras organizaciones internacionales cuya finalidad básica no es precisamente cooperar en el fomento de la efectividad de los derechos humanos, al menos así lo sostienen el BCE o el FMI. Este planteamiento debería llevarnos a plantear, con Salomon (2015: 25-26) si en este contexto tiene sentido apelar a la doctrina del margen de apreciación y si no sería necesario que la austeridad en Europa motivara el replanteamiento de toda una serie de categorías, entre ellas esta. Como sostiene Iglesias (2022: 235), las medidas de política pública solo deberían priorizar el control procedimental cuando su imparcialidad permita confiar en que el Estado está cumpliendo sus compromisos convencionales.

No parece que la evolución de esta categoría siga esta senda. En principio, se trata de un margen muy amplio y el TEDH tiende a ser generosamente deferente con la elección «política» del legislador, si bien Estado parte estaría limitado por la prohibición de dis-

crimación²⁴, el principio de proporcionalidad (García Vitoria, 2018: 126-127)²⁵ y la garantía de un mínimo vital (Arenas 2020: 262). Junto a estos parámetros, el tribunal ha considerado otros criterios, entre ellos la situación de especial vulnerabilidad de las personas y los grupos o la necesidad alcanzar objetivos importantes en los Estados miembros del Consejo de Europa, por ejemplo, el avance en la igualdad de género. En estos supuestos, habría que alegar razones de mucho peso para que la diferencia de trato pudiera considerarse compatible con el Convenio²⁶. Se trata, en definitiva, de supuestos en los que el TEDH dispone de una base suficiente para apreciar que la medida carece «manifestamente de fundamento razonable».

En términos generales, como ya he señalado, el TEDH ha inadmitido la mayoría de las demandas contra las medias anticrisis o de austeridad, dado que no ha apreciado en ellas indicios de discriminación o no las ha considerado desproporcionadas. Así, aunque tiene en cuenta que las medias se han adoptado en un contexto de crisis económica estatal y mundial, en las sentencias o en las decisiones de inadmisibilidad no lleva a cabo, por lo general, un análisis o una aproximación global a la crisis ni extrae conclusiones generales sobre estas políticas. Tampoco se detiene a valorar el peso de la intervención de otras instancias internacionales en estas decisiones. En definitiva, no exige al Estado una justificación exhaustiva de cada una de las medidas, sino que asume como criterio justificativo la gravedad de la crisis y recurre a lacónicas y sumarias locuciones, entre ellas «problemas económicos y financieros excepcionales», «situación extrema», «situación difícil»²⁷ o «crisis excepcional, sin precedentes en la historia reciente de Grecia»²⁸. En algún caso —por ejemplo, *Mockiene c. Lituania*— sí aprecia que el alcance de la crisis financiera es planetario. En general y respecto a los sistemas de pensiones, entiende, por ejemplo, que «las autoridades nacionales estaban mejor situadas que un tribunal internacional para evaluar las necesidades y condiciones locales»²⁹.

Por lo que respecta a la responsabilidad de consolidar una «cultura de la justificación», el TEDH no ha exigido a los Estados demasiada profundidad en sus razonamientos orientados a justificar las medidas de austeridad, limitándose, en muchos casos, no ya a examinar la calidad deliberativa del proceso interno de decisión, sino simplemente a asumir la tesis de la urgencia de adoptar medidas en el contexto de crisis, aferrándose a ese mismo argumento para ampliar el margen de apreciación. Sin embargo, como acabo de indicar, en el caso de las medidas de austeridad quizá el Estado no es la instancia que está en mejores condiciones de decidir, sobre todo cuando no cuenta con una argumentación sólida sobre la relevancia de las obligaciones que ha de cumplir.

A estos efectos, el TEDH también aborda, como hace el CEDS, la cuestión de la prelación de las obligaciones de los Estados, específicamente las que han sido impuestas por las instituciones internacionales para garantizar el rescate de Grecia y las que derivan del cumplimiento del Convenio Europeo de Derechos Humanos, pero lo hace sin establecer criterios claros sobre las que deben prevalecer en caso de conflicto. Es cierto que declara que los Estados miembros de la zona euro tenían la obligación de observar la disciplina presupuestaria y preservar la estabilidad de la zona, aunque se trata de un razonamiento que no desarrolla en las sentencias y que engrana con el argumento de que el «poder le-

gislativo dispone de un amplio margen de apreciación para aplicar las políticas sociales y económicas», agregando que no es función del tribunal evaluar si hay medios alternativos a las medidas estatales³⁰. Ahora bien, si examinamos la doctrina jurisprudencial vertida a lo largo de su ya dilatada historia, se observa que el TEDH también ha reconocido que los Estados tienen la obligación de abstenerse de tomar decisiones que anulen o menoscaben el ejercicio de derechos socioeconómicos de las personas que se encuentren en su territorio, obligación a la que se suma la de proteger y garantizar los derechos cuando los Estados transfieren competencias a organizaciones internacionales. En otras decisiones, el TEDH ha subrayado que las obligaciones derivadas del Convenio no impiden a los Estados cooperar en determinados ámbitos, si bien las obligaciones de los Estados contratantes perviven incluso después de la transferencia de competencias³¹. Complementa esta tesis el criterio según el cual las medidas estatales adoptadas en cumplimiento de aquellas obligaciones jurídicas solo están justificadas en la medida en que se considere que la organización correspondiente protege los derechos fundamentales que vinculan a los Estados en cuestión (en este caso, en virtud del Convenio Europeo de Derechos Humanos) en lo que respecta tanto a las garantías sustantivas ofrecidas como a los mecanismos que controlan su observancia³². Sin embargo, como hemos constatado, en la mayoría de las decisiones de inadmisibilidad no han sido argumentos de este tenor los que han justificado el reconocimiento de un amplio margen de apreciación estatal, de ahí que Salomon haga hincapié en estos casos: son, precisamente, los que han puesto de relieve las lagunas sobre la responsabilidad en materia de derechos humanos. El autor explica de forma muy gráfica que, ante las medidas de mayor impacto negativo en los derechos, «los titulares de los derechos humanos tuvieron que dirigir sus reclamaciones a sus debilitados gobiernos como titulares de obligaciones estatales tradicionales en virtud de los tratados de derechos humanos pertinentes, mientras que las instituciones financieras internacionales, con sus sombreros de actores “no estatales”, han podido afirmar que no poseen obligaciones legales en el ámbito de los derechos humanos» (Salomon, 2015: 12).

Por lo que hace a la responsabilidad de adoptar un punto de vista convencional, cabe señalar que esta exige, entre otras cosas, no solo que los tribunales estatales adopten la jurisprudencia de los tribunales internacionales, sino también que el ejecutivo y el legislativo expongan su argumentación teniendo en cuenta el tratado o la convención que se han obligado a hacer efectiva priorizando la protección de los derechos como una unidad de sentido y contribuyendo, así, a fomentar la cooperación encaminada a configurar un sistema global y regional más efectivo en la protección de los derechos.

Así, un aspecto tan destacado en la valoración de estas medidas —la finalidad legítima de las mismas— habría de ser juzgado tomando como referencia el Convenio que las cobija. Se trata de una exigencia propia de la concepción global del sistema de protección de derechos humanos que resulta coherente con los criterios de los Comités de los tratados de Naciones Unidas, en especial el Comité PIDESC³³, que desde sus primeras Observaciones Generales ha señalado, en consonancia con su finalidad última —proteger todos los derechos humanos— que uno de los parámetros básicos para examinar las medidas regresivas sobre los derechos humanos es la legitimidad de la medida, criterio que en Naciones

Unidas ha alcanzado el rango de principio interpretativo³⁴. En este sentido, ninguna de las sentencias analizadas muestra que, ateniéndose a los principios de Naciones Unidas señalados, el TEDH haya realizado una ponderación entre el principio de no regresividad y otros objetivos como garantizar el equilibrio presupuestario y la sostenibilidad del sistema de pensiones. El tribunal se ha limitado a comprobar los requisitos convencionales sobre la limitación de derechos.

En las decisiones analizadas existía una expectativa de que el TEDH exigiera a los actores estatales —y, quizá también, a las organizaciones internacionales— que, para determinar el objetivo legítimo de las medidas, se centraran en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo, la finalidad legítima se ha asociado a una amplia gama de objetivos. Por ejemplo, la recuperación de la economía, la reducción del gasto público y la capacidad del Estado de reaccionar ante la crisis económica³⁵. El TEDH ha considerado ajustada al artículo 1 del Protocolo n.º 1 la reducción de la cantidad pagada en concepto de pensión cuando la medida alcanza un «equilibrio justo» entre el interés general y la protección de derechos individuales, equilibrio que el TEDH considera satisfecho en el caso de la supresión de las pagas extra de pensiones desde 2012 a 2014 y el mantenimiento de las pagas mensuales correspondientes a las pensiones³⁶. En sentido coincidente, argumenta que la norma sobre la reducción de las pensiones tiene en cuenta el interés general y es proporcional al objetivo legítimo de «lograr la recuperación económica a medio plazo [...] en una situación económica extrema»³⁷. Incluso hay casos en los que el tribunal reconoce que la norma puede vulnerar el artículo 1 del Protocolo n.º 1 y, sin embargo, la estima proporcional porque la medida persigue un objetivo legítimo de interés público, esto es, «preservar la estabilidad económica y reestructurar la deuda nacional en un momento en que Grecia estaba sumida en una grave crisis»³⁸. El TEDH también argumentó que las cláusulas de acción colectiva y la reestructuración de la deuda pública constituían un medio adecuado y necesario para reducir la deuda pública y salvar al Estado de la quiebra, que la inversión en bonos nunca estuvo exenta de riesgo y que los demandantes deberían haber sido conscientes de los caprichos del mercado financiero y del riesgo de una posible caída del valor de sus bonos, teniendo en cuenta el déficit griego y la gran deuda del país, incluso antes de la crisis de 2008.

Finalmente, también formaría parte de esta responsabilidad la previsión de que tanto para la elaboración de la legislación como para presentar sus argumentos ante los tribunales o antes los órganos de supervisión las autoridades recaben cuanta información sobre los derechos humanos resulte necesaria, especialmente la recopilada y reportada por los comités y organismos internacionales en apoyo de sus propuestas.

En este sentido, llama la atención que, al evaluar la admisibilidad de una de las demandas contra Grecia sobre las medidas de austeridad en las áreas de los salarios y las pensiones, el TEDH no encuentre otra apoyatura que el Memorando de 2010 de la Comisión Europea para obtener información sobre las medidas en cuestión³⁹. Como hemos visto, en un caso similar el Comité de Derechos Sociales atribuye mayor importancia a los informes de la OIT incluso frente a los argumentos del propio Estado griego⁴⁰. Es más, considera que Gobierno griego no ha realizado ni siquiera una evaluación mínima del impacto de

las medidas en los grupos vulnerables, es decir, un análisis siquiera sumario de su impacto social⁴¹. En este sentido el CEDS parece mantener un planteamiento coherente con los Principios rectores relativos a las evaluaciones de los efectos de las reformas económicas en los derechos humanos, de la Asamblea General de Naciones Unidas (2018), en los que se insta a los Estados a adoptar políticas económicas que aseguren el respeto, la protección y la efectividad de los derechos humanos (Principio núm. 2): a fin de garantizar el cumplimiento de este criterio, se establece el deber de llevar a cabo evaluaciones de los impactos de determinadas medidas de política económica sobre los derechos humanos y abordar adecuadamente sus efectos negativos (Principio núm. 3). Estas evaluaciones que deberían llevarse a cabo *ex ante* y *ex post* y, asimismo, deberían, entre otras cuestiones (Principio núm. 17), «Servir para demostrar la manera en que las medidas propuestas, junto con otras medidas y políticas económicas que se estén aplicando o se vayan a aplicar, podrían afectar a los derechos humanos de toda la población, en particular de las personas y grupos más marginados o en situación de riesgo», así como para «Identificar cualquier medida regresiva *prima facie*, y opciones de política económica que puedan ser lo menos restrictivas posible de los derechos humanos, y evitar cualquier retroceso inadmisibles».

3. REFLEXIONES FINALES

El análisis realizado en este trabajo ha permitido examinar los principales argumentos del Comité Europeo de Derechos Sociales y del Tribunal Europeo de Derechos humanos sobre las medidas limitativas o restrictivas de derechos aprobadas por distintos Estados en el contexto de una crisis financiera, económica y social sin precedentes —que, por otra parte, no tiene visos de atenuarse, sino que se transforma en otras (crisis) originadas por los procesos de globalización—. No son momentos precisamente excepcionales y, como sostiene Salomon (2015), en algunos aspectos decisivos es previsible que los efectos más deletéreos de la influencia supranacional e internacional en el ejercicio de derechos solo pueda ser contrarrestada por una garantía más efectiva de los mismos que solo podrá materializarse mediante una tarea cooperativa en la que los sujetos mejor situados para asegurar la garantía de los derechos sean quienes asuman mayores responsabilidades.

Partir de la premisa de que el orden global y regional de los derechos humanos es una empresa común propicia una enriquecedora división del trabajo. El Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) cuenta con una extensa trayectoria de reflexión sobre las condiciones de limitación, afectación o retroceso de los derechos humanos. En su Observación General N.º 3⁴² sobre las obligaciones de los tratados ya abordó el principio de progresividad y la prohibición de regresividad. El germen de aquellas ideas ha ido plasmándose en ulteriores Observaciones Generales centradas en la interpretación de los distintos derechos sociales⁴³. Tras un proceso especialmente laborioso, en 2018 la Asamblea General aprobó una resolución sobre los «Principios rectores relativos a las evaluaciones de los efectos de las reformas económicas en los derechos humanos». El principio 10 es una síntesis completa de los criterios y pautas relativos al diseño y la evalua-

ción de las reformas económicas orientados a evitar que puedan comportar una regresión inadmisibles que sería considerada una violación *prima facie* de los derechos humanos. Las medidas que darían lugar a retrocesos en la realización de esos derechos solo son permisibles si los estados pueden demostrar que esas medidas regresivas:

A) Son temporales, por naturaleza y efecto, y están limitadas a la duración de la crisis. b) Son legítimas, con el fin último de proteger todos los derechos humanos. c) Son razonables, en el sentido de que los medios elegidos son los más adecuados y capaces de alcanzar el objetivo legítimo. d) Son necesarias, en el sentido de que la adopción de cualquier otra alternativa de política o la inacción serían más perjudiciales para el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, especialmente si existen mecanismos alternativos de financiación menos perjudiciales. e) Son proporcionales, en el sentido de que las medidas elegidas no restringen indebidamente los derechos humanos y sus costos no superan sus beneficios. f) Son no discriminatorias y pueden prevenir o mitigar las desigualdades, que puedan surgir en tiempos de crisis y aseguran que los derechos de las personas y los grupos desfavorecidos y marginados no resulten afectados de manera desproporcionada. g) Protegen el contenido mínimo de los derechos económicos, sociales y culturales en todo momento. h) Se basan en la transparencia y la participación genuina de los grupos afectados en el examen de las medidas y las alternativas propuestas. i) Están sujetas a procedimientos significativos de examen y rendición de cuentas, incluidas las evaluaciones de los efectos en los derechos humanos.

El conjunto de estos criterios puede sintetizarse en una serie de cuestiones que, me parece, identifican adecuadamente el objeto de enjuiciamiento. Para ello, habría que determinar: *i*) si las medidas están justificadas teniendo en cuenta las normas pertinentes de derechos humanos; *ii*) qué objetivo legítimo persiguen las medidas en términos de derechos humanos; *iii*) si las medidas adoptadas son un instrumento adecuado y eficaz para lograr ese fin legítimo. *iv*) si las medidas adoptadas son las opciones menos restrictivas disponibles para alcanzar ese fin; y *v*) si los beneficios en materia de derechos humanos superan los posibles riesgos para los derechos humanos. La aplicación sistemática de estos criterios con una información completa sobre cada uno de ellos facilitará a los órganos de supervisión la tarea de evaluar las medidas y de determinar, como proponen Lusiani y Chaparro (2018: 29-30), si se trata de medidas arbitrarias (porque violan normas de derechos humanos y tienen efectos económicos y fiscales negativos), si son medidas inadmisibles (en la medida en que, aunque que tienen potencial para lograr objetivos de consolidación fiscal, son discriminatorias), si son elegibles (particularmente, aquellas medidas que pueden tener un impacto adverso en los derechos humanos y suponen una contribución escasa para los objetivos de consolidación fiscal), si son aceptables (si se aplicaran algunas protecciones para que tengan un impacto reducido en los derechos humanos y moderado en política fiscal) o si son medidas ideales (es decir, aquellas que tengan efectos positivos en los derechos humanos y fomenten, al mismo tiempo, los objetivos de consolidación fiscal)

Tanto el TEDH como el CES toman en consideración la mayor parte de estos criterios, aunque no sistematizan sus exámenes en consonancia con la forma propuesta por los principios de Naciones Unidas. Ciertamente, ello no sería difícil, dado que ninguno de los

criterios contradice norma alguna del Convenio o de la Carta social. Por el contrario, en las cuestiones que presentan mayores dificultades para exigir responsabilidades, estos criterios podrían brindar una respuesta más adecuada.

Adicionalmente, pueden contribuir a integrar aquellas lagunas jurídicas originadas por las medidas de austeridad que erosionan la exigencia de responsabilidades y se proyectan en distintos ámbitos. En este sentido, los principios permitirían determinar de un modo más preciso hasta qué punto una justificación es suficiente para que los retrocesos en la protección de los derechos humanos sean aceptables. Como advierte Salomon (2015: 17-18), «las situaciones de emergencia y la puesta en marcha de mecanismos especiales no es una justificación suficiente para ignorar los derechos básicos, la supervisión democrática y las garantías de responsabilidad jurídica de todos los implicados». Por el contrario, las situaciones de emergencia reclaman la adopción de una actitud vigilante en la defensa de los derechos humanos.

Otro aspecto en el que es posible introducir mejoras es el de la calidad los argumentos y la idoneidad de las pruebas que evidencian que una medida que lesiona los derechos va a tener efectos positivos para el conjunto de la población en su conjunto, razonamiento que se ha manejado en diversas ocasiones.

Los principios también podrían suministrar criterios para resolver antinomias cuando un Estado debe cumplir obligaciones derivadas de los tratados de derechos humanos, pero también de las obligaciones impuestas en los programas de rescate por instituciones internacionales. El TEDH deja constancia de que ambas son obligaciones y el CEDS subraya que los derechos humanos son límites, precisamente, a las obligaciones contradictorias impuestas por estas instituciones.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Comité Europeo de Derechos Sociales han de articular sus respectivas funciones mediante una división del trabajo encaminada a mejorar la efectividad de los derechos —incluidos los derechos sociales— y a garantizarlos de forma más robusta. Cuando se piensa en esta perspectiva —la cooperación entre el TEDH y el CEDS— resulta menos complicado admitir, como apunta Marguénaud (2020: 60-61), que la imbricación de los dos textos normativos y los dos órganos de supervisión propician una mayor exhaustividad y coherencia en el ejercicio de sus respectivos ámbitos funcionales, en contraste con las incursiones fragmentarias entre ambos. Diseñar nexos entre el sistema del CEDH y el de la Carta no significa necesariamente que deba lograrse una identidad perfecta entre ellos (Akandji-Kombé; 2006: 405). Puede haber aspectos —precisamente, aquellos en los que se ha insistido en esta contribución— donde ello sea posible, sobre todo la necesidad de elevar el segundo sistema al nivel del primero. También es verdad que algunos rasgos de la Carta Social revisten una originalidad positiva y deben ser salvaguardados, y que el dinamismo interpretativo del CEDS es especialmente eficaz con los derechos (Arenas, 2020: 272-273).

En síntesis, no se trata tanto de que en el ámbito europeo los derechos sociales no cuenten con mecanismos de protección similares a los derechos civiles y políticos. El objetivo es, más bien, que las decisiones de fondo del CEDS estén dotadas de una legitimidad y una

autoridad equiparable a las de las sentencias del del TEDH. Sin embargo, la legitimidad del TEDH ha ido incrementándose y consolidándose gradualmente. Nada impide que las decisiones de fondo del Comité puedan evolucionar del mismo modo. En esta división del trabajo, el desafío más importante es avanzar para evitar las divergencias jurisprudenciales entre el TEDH y el CEDS (Ajkombe,2006: 406; y Mouly y Marguénaud: 2011, 684).

NOTAS

1. Consejo de Europa (2004).
2. La ratificación por parte del estado español de la Carta Social europea (revisada) ha sido especialmente tardía. El Instrumento de Ratificación se publicó en el BOE el 11 de julio de 2021. Por otra parte, el Dictamen del Consejo de ado (486/2021) sobre la ratificación del Protocolo de reclamaciones colectivas señala, citando al Ministerio de Justicia, que «el tratado es jurídicamente vinculante y las decisiones del Comité de Expertos son de obligado cumplimiento». Agradezco a la profesora Carmen Salcedo que me facilitara esta información. En relación con el procedimiento de reclamaciones colectivas, remito a Salcedo (2022).
3. Sobre el procedimiento de reclamaciones colectivas y el Protocolo de 1995, *vid.* Belorguey (2007); Preciado Domènech (2021: 77-106); y Salcedo (2022).
4. En relación con el no agotamiento de los recursos internos en el procedimiento de reclamaciones colectivas (establecido mediante el Protocolo de 1995) se trata de una interpretación realizada por el propio Comité desde 2004 y ya consolidada, pues no aparece tampoco en el Reglamento interno del Comité. La decisión de admisibilidad donde quedó establecido este criterio es *Syndicat des Agrégés de l'Enseignement Supérieur (SAGES) c. France*, Reclamación N.º 26/2004, Decisión de admisibilidad de 7 de diciembre 2004, párrafos 11 and 12. Agradezco al profesor Luis Jimena esta explicación, a la que no habría sido sencillo acceder sin su conocimiento sobre esta materia.
5. Informe del Consejo de Europa (2013: 12 ss.), que mostraba de modo incipiente que «como ha quedado patente tras tres años de austeridad, dichas medidas no han logrado sus objetivos». Estos días, precisamente, asistimos al fin de 12 años de supervisión de Grecia por parte de la UE, sin que se haya conseguido alcanzar los resultados esperados, *Infolibre*, 20 de agosto de 2022. Disponible en: <https://www.infolibre.es/mediapart/europa-grecia-profunda-crisis_1_1303172.html>.
6. Sin embargo, a pesar de que la pandemia de COVID-19 ha tenido efectos muy graves sobre las personas, los países europeos que han activado políticas de contención consideradas un «escudo social» han mostrado su efectividad frente a las medidas de respuesta a las crisis anteriores. A pesar de ello, se detecta un incremento de la brecha económica, educativa y residencial, que encara ahora el desafío de la inflación (Martinez y Ruiz-Huerta, 2022)
7. Decisiones de fondo sobre Grecia 23 de mayo de 2012 (Reclamaciones N.º 65/2011 y N.º 66/2011, Federación Nacional de Electricidad (GENOP-DEI) y Confederación de funcionarios públicos contra Grecia (ADEDY) donde se determinaron numerosas violaciones de la CSE, en particular de los artículos 4.4, 10.2, 12.3 y 4.1. 7 de diciembre de 2012. Reclamaciones N.º 76, 77, 78, 79 y 80 Federación de pensionistas de Grecia (IKA-ETAM), la Federación Panhelénica de pensionistas de servicios públicos (POPS), el Sindicato de pensionistas del ferrocarril (ISAP), la Federación Panhelénica de pensionistas de la empresa pública de electricidad (POS-DEI), el sindicato de pensionistas de la banca agrícola (ATE), la federación general de Trabajadores de la Empresa Nacional de Electricidad (GENOP-DEI), entró a valo-

rar la reforma de las pensiones que ha sido común a muchos países europeos. Decisiones sobre el fondo, 23 de mayo de 2012, *GENOP-DEI y ADEPY c. Grecia*, recl. N.º 65/2011 y 66/2011.

8. Por otra parte, Salcedo (2018: 107-108) indica que estos pronunciamientos sirven también de guía sobre cómo procedería el CEDS en el futuro tanto en los asuntos de fondo sobre reclamaciones colectivas como en las Conclusiones. Así ha ocurrido en casos frente a Finlandia (Finnish Society of Social Rights 9 de septiembre de 2014, Reclamación N.º 88/2012 y Reclamaciones N.º 106 y 108 de 2016 sobre el artículo 12 y 13. *GSEE c. Grecia* N.º 111/2014, resuelta el 5 de julio de 2017. *Confederation Générale du Travail Force ouvrière (CGT-FO) c. Francia*, 160/2018, 12 de marzo.

9. El art. 31 CSE establece: «Si bien los derechos y obligaciones de la Parte I de la CSE, una vez llevados a la práctica y ejercidos efectivamente como requiere la Parte II, no pueden ser objeto de restricciones o limitaciones, añade la excepcionalidad siempre que: a) Estén establecidas por la ley. b) Sean necesarias en una sociedad democrática para garantizar el respeto de los derechos y libertades de terceros o para proteger el orden público, la seguridad nacional, la salud pública o las buenas costumbres. c) Se apliquen para la finalidad que se han previsto».

10. Decisión sobre la admisibilidad y el fondo de la cuestión de 2 de diciembre de 2013, *European Police Confederation (EUROCOP) c. Irlanda*, recl. N.º 83/2012.

11. Comisión de Derechos Humanos, Principios de Siracusa sobre las disposiciones de limitación y derogación del PIDCP, 1984.

12. Decisión sobre el fondo del asunto de 23 de marzo de 2017, *Confederación General del Trabajo de Grecia (GSEE) c. Grecia*, denuncia N.º 111/2014. Los párrafos a los que se hace referencia a partir de aquí.

13. Decisión sobre el fondo del asunto de 23 de marzo de 2017, *Confederación General del Trabajo de Grecia (GSEE) c. Grecia*. Denuncia N.º 111/2014. El párrafo 80 refleja las observaciones que realizaron la UE y la OIE. Ambas instituciones no discuten que la legislación promulgada entre 2010 y 2014 en respuesta a la crisis económica y financiera haya afectado a los derechos garantizados por la Carta de 1961 y sostienen que «esta legislación refleja las condiciones determinadas por la troika». La lectura de sus argumentos resulta de gran interés.

14. El CEDS añadió: «Además, aunque la necesidad de una medida no puede evaluarse únicamente en función de sus resultados, el Comité observa que las medidas legislativas, si se consideran destinadas a restablecer la situación económica y financiera de Grecia y su mercado laboral, no han logrado ninguno de estos objetivos. Los datos aportados por el propio Gobierno muestran que en seis años el paro ha aumentado un 26 % y la pobreza un 27 %, mientras que el producto interior bruto (PIB) ha caído más de un 25 % y que las medidas adoptadas no han conseguido mejorar la situación del empleo, ni restablecer el crecimiento sostenible, ni alcanzar el objetivo principal de los programas de apoyo, ya que en el mismo periodo la deuda pública ha pasado del 109 % al 175 % del PIB».

15. CEDS, *Federation of Employed Pensioners of Greece (IKA-ETAM) c. Greece*. Decisión de fondo N.º 76/2012, párrafo 50.

16. CEDS, *Federación de Pensionistas Asalariados de Grecia (IKA-ETAM) c. Grecia*. Denuncia N.º 76/2012, párrafo 51.

17. Una decisión emblemática en este sentido es el caso *Gaygusuz c. Austria* (sentencia de 16 de septiembre de 1996).

18. A título ilustrativo, TEDH, caso *Austin c. Reino Unido* (sentencia de 15 de marzo de 2012), *Belli y Arquier-Martínez c. Suiza* (sentencia 11 de diciembre 2018), que no considera contraria al Convenio la norma estatal que exige tener la residencia en el país donde se pagan las prestaciones no contributivas.

19. Por ejemplo, TEDH, caso *Oyal c. Turquía* (sentencia 23 de marzo de 2010), casos de transfusiones de sangre sin debidos controles que provocaron la infección por VIH.

20. El artículo 1 del Protocolo n.º1 establece: «Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional. Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas». Una de las primeras sentencias que aplicó este artículo en el sentido señalado fue TEDH, caso *Gaygusuz cs. Austria*, 1996.

21. En principio, el Protocolo n.º 1 protegería exclusivamente a quienes ya son propietarios o beneficiarios de una prestación social de acuerdo con el Derecho vigente en su país. Pero hay sentencias en las que el TEDH ha reconocido también una protección similar a quienes tienen una expectativa legítima sobre alguno de estos bienes. Así, afirma el tribunal: aunque el artículo 1 del Protocolo n.º 1 se aplica únicamente a las posesiones existentes de una persona y no crea un derecho a adquirir bienes en determinadas circunstancias una «expectativa legítima» de obtener un bien también puede gozar de la protección del artículo 1 del Protocolo 1. TEDH, caso *Cakarevic c. Croacia*, 26 de abril 2018.

22. TEDH, caso *Da Silva Carvalho c. Portugal* (1 de septiembre 2015, Decisión sobre admisibilidad)

23. TEDH, caso *Yavas c. Turquía*, (Sentencia de 5 de marzo de 2019)

24. TEDH, caso *JD y A c. UK* 24/02/2020, párrafo 115.

25. TEDH, caso *Kjartan Ásdmunsson c. Islandia* (Sentencia 12 de octubre de 2004); caso *Koufaki y ADEDY c. Grecia* (Sentencia de 7 de mayo de 2013). En el caso, TEDH *Caso Mockiené c. Lituania* (4 de julio de 2017, Decisión sobre admisibilidad), sobre reducción de pensiones en Lituania, el tribunal tiene en cuenta «las graves dificultades económicas a las que se enfrentaba Lituania en una época de crisis financiera mundial». Respecto a Serbia señala que «se trata de una medida que forma parte de las medidas generales de austeridad para remediar la aguda crisis presupuestaria» (TEDH *Caso Zegarac c. Serbia*, 9 de noviembre de 2020, Decisión de admisibilidad)

26. TEDH, caso *Konstantin Markin c. Rusia* (Sentencia de 22 de marzo de 2012)

27. TEDH, caso *Aielli y otros c. Italia* (10 de julio de 2018, Decisión sobre admisibilidad). «El legislador italiano se había visto obligado a intervenir en un contexto económico difícil».

28. TEDH, caso *Koufaki y ADEDY c. Grecia* (Decisión de inadmisibilidad, 7 de mayo de 2013)

29. Caso *Valkov y otros c. Bulgaria* (Sentencia de 25 de octubre de 2011). El tribunal reconoce que Portugal tiene margen de apreciación para decidir sobre las medidas de política económica o social. TEDH, caso *Da Conceição Mateus c. Portugal y Santos Januario c. Portugal* (8 de octubre de 2013, Decisión sobre admisibilidad)

30. TEDH, caso *Koufaki y ADEY c. Grecia*, 7 de mayo de 2013.

31. TEDH, caso *Mathews c. Reino Unido*, Appl. N.º 24833/94, 18 feb. 1999, párrafos 29, 32 y 34; caso *Waite and Kennedy c. Alemania*, Appl. No. 26083/94, 18 feb. 1999, párrafo. 67; caso *Bosphorus Hava Yollary Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlanda*, Appl. N.º. 45036/98, 30 jun. 2005, paras. 152-156. Vid., asimismo, *The Maastricht Principles*, supra n. 57, Principle 15.

32. TEDH, caso *Capital Bank AD c. Bulgaria*, sentencia de 24 nov. 2005, N.º 49429/99: «El recurso del Gobierno a las supuestas exigencias del FMI para limitar la intervención de los tribunales en el cierre de los bancos en dificultades está fuera de lugar, porque Bulgaria no puede eludir sus obligaciones en

virtud del Convenio bajo el pretexto de cumplir las recomendaciones de una organización internacional» (párrafo 99).

33. Comité del PIDESC, Declaración «Deuda pública, medidas de austeridad y Pacto Internacional de Derechos».

Económicos, Sociales y Culturales», E/C.12/2016/1; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N.º 19 (2007), relativa al derecho a la seguridad social, párr. 42; y carta de fecha 16 de mayo de 2012 dirigida a los Estados parte en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por el presidente del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales relativa a las obligaciones estatales durante la crisis económica.

34. Asamblea General UN, «Principios rectores relativos a las evaluaciones de los efectos de las reformas económicas en los derechos humanos», Resolución A/HRC/40/57, 19 de diciembre 2018, Principio 10.

35. Caso *Koufaki y ADEDY c. Grecia* (Decisión de inadmisibilidad, 7 de mayo de 2013)

36. Caso *Da Conceição Mateus c. Portugal y Santos Januario c. Portugal* (8 de octubre de 2013, Decisión sobre admisibilidad).

37. TEDH, caso *Da Silva Carvalho c. Portugal* (1 de septiembre 2015, Decisión sobre admisibilidad).

38. TEDH, caso *Mamatas y otros c. Grecia* (Sentencia 21 de julio de 2016). Varios titulares de bonos del Estado griego presentaron la demanda por la decisión del estado de canjear estos bonos por otros instrumentos de deuda de menor valor (sus obligaciones fueron anuladas y sustituidas por nuevos títulos por un valor nominal un 53,5 % inferior a los antiguos bonos).

39. TEDH, caso *Koufaki y Adedy c. Grecia*, Decisión de admisibilidad de 7 de mayo de 2013, párr. 47. En este caso, Grecia presentó directamente el Memorando de 2010 sobre medidas relativas a salarios y pensiones. European Commission, Economic and Financial Affairs: Greec. Disponible en: <http://ec.europa.eu/economy_finance/eu/countries/greece_en.htm>. Agreement and Memorandum of Understanding regarding policy conditionality.' *European Economy, The Economic Adjustment Programme for Greece*.

40. TEDH, caso *Koufaki y Adedy c. Grecia*, Decisión de admisibilidad de 7 de mayo de 2013, párr. 36. OIT, Informe sobre la misión de alto nivel a Grecia, párrafo 88, Atenas, 19-23 de septiembre de 2011.

41. CEDS, *Sindicato de Pensionistas del Banco Agrícola de Grecia (ATE) c. Grecia*, Comité Europeo de Derechos Sociales, Denuncia N.º 80/2012 16 ene. 2012. El Comité considera que el Gobierno griego no ha llevado a cabo el nivel mínimo de investigación y análisis de los efectos de estas medidas de gran alcance que es necesario para evaluar de manera significativa su pleno impacto en los grupos vulnerables de la sociedad (párrafo 75).

42. Comité del PIDESC (1990), Observación General N.º 3 sobre la índole de las obligaciones de los Estados Parte (par 1 del art. 2 del Pacto), 1990.

43. Comité del PIDESC, (2008) Observación General N.º 19 sobre el derecho a la seguridad social 4 de febrero de 2008 E/C.12/GC/19 que constituye otro momento decisivo en la formación del principio de no regresividad y sus garantías.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Victor y Christian COURTIS (2002): *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid: Trotta.
- AKANDJI-KOMBE, Jean-François (2006): «Carta social europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos: perspectivas para la próxima década», *Revista de Derecho Político*, 67, 387-388.
- (2014): «La aplicación de la Carta Social Europea por los órganos jurisdiccionales de los Estados Parte», en M. Terol Becerra y L. Jimena Quesada, *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 269-296.
- AÑÓN ROIG, María José (2015): «Derechos humanos y principio de efectividad: claves interpretativas», en M. Revenga y P. Cuenca (coords.), *El tiempo de los derechos: los derechos humanos en el siglo XXI*, Madrid: Dykinson, 191-218.
- (2021): «Human Rights obligations, especially, in time of crisis», *The Age of Human Rights Journal*, 17, 1-26.
- ARARTEKO (2021): «La Carta Social Europea revisada: información básica para ciudadanía y sociedad civil» [en línea], <https://www.ararteko.eus/sites/default/files/2021-12/0_5158_3.pdf>. [Consulta 29/11/2022.]
- ARENAS, Mónica (2020): «La garantía del Comité Europeo de Derechos Sociales: un compromiso real con los derechos sociales», *Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*, 10, 261-291.
- BAYÓN, Juan Carlos (2013): «El constitucionalismo en la esfera pública global», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXIX, 57-99.
- BELORGUEY, Jean-Michel (2018): «Agorafobia. La compleja construcción de la casa común europea de los derechos sociales», *Lex social*, 8 (1), 284-312.
- BONET, Jordi (2016): «La protección indirecta como instrumento de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Derechos y libertades*, 35, 137-183.
- BUCHANAN, Allen (2008): «Human rights and the legitimacy of international order», *Legal Theory*, 14, 38-69.
- (2013): *The Heart of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press.
- CHEMLA, Éliane (2017): «Le Comité européen des droits sociaux, artisan de la réalisation des droits sociaux. Le point de vue interne» [en línea], <<https://journals.openedition.org/revdh/3672?file=1>>. [Consulta: 29/11/2022.]
- COMITE EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES (2014): «La relation entre le droit de l'Union européenne et la Charte sociale européenne» [en línea], <<https://rm.coe.int/16806543cd>>. [Consulta: 29/11/2022.]
- CONSEJO DE EUROPA, Steering Committee for Human Rights (CDDH) (2013): «The impact of the economic crisis and austerity measures on human rights in Europe» [en línea], <<https://rm.coe.int/the-impact-of-the-economic-crisis-and-austerity-measures-on-human-righ/16806f2030>>. [Consulta: 29/11/2022.]
- (2014): *Guía práctica sobre la admisibilidad* [en línea], <https://www.echr.coe.int/documents/admissibility_guide_spa.pdf>. [Consulta: 29/11/2022.]
- CRAVEN, Matthew (2000): «Legal Differentiation and the Concept of the Human Rights Treaty in International Law», *European Journal of International Law*, 11, 489-519.
- CUENCA, Patricia (2022): «Sobre el valor jurídico y efectividad de los dictámenes de los órganos de Tratados de derechos humanos de Naciones Unidas. Propuestas de implementación en el sistema español», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 47, 1-35.
- FERRAJOLI, Luigi (2018): *Constitucionalismo más allá del Estado*, Madrid: Trotta.
- (2022): *Por una Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada*, Madrid: Trotta.
- GARCÍA MANRIQUE, Ricardo (2018): «La cosa sin la palabra. Los derechos sociales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *REDE. Revista española de derecho europeo*, 66, 55-83.

- GARCÍA PASCUAL, Cristina (2017): «Orden global justo y derecho internacional en transformación», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 39, 121-126.
- GARCÍA ROCA, Francisco Javier (2018): «La transformación del Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista General de Derecho Constitucional*, 28, 409-423.
- HABERMAS, Jürgen (2016): «¿Es posible una Constitución Política para la sociedad mundial pluralista?», *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, 50, 303-315.
- IGLESIAS VILA, Marisa (2016): «¿Los derechos humanos como derechos especiales? Algunas ventajas de una concepción cooperativa de los derechos humanos», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXXII, 199-144.
- (2017): «Subsidiariedad y tribunales internacionales de derechos humanos: ¿deferencia hacia los estados o división cooperativa del trabajo?», *Derecho PUCP*, 79, 191-222.
 - (2022): «¿El control de racionalidad procedimental como forma de deferencia? Proceso y contenido de la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho Político*, 114, 251-244.
- JIMENA QUESADA, Luis (2017): «Las grandes líneas jurisprudenciales del Comité Europeo de Derechos Sociales: tributo a Jean-Michel Belorgey», *Lex Social. Revista jurídica de Derechos Sociales*, 7(1), 1-25.
- (2018): «El papel del Comité Europeo de Derechos Sociales en el contexto de la crisis económica», en P. Masala y L. López Guerra (eds.), *La Europa social: alcances, retrocesos y desafíos para la construcción de un espacio jurídico de solidaridad*, Madrid: CEPC, 173-208.
 - (2021) «Crónica de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales 2020». *Lex Social: Revista jurídica de Derechos Sociales*, 11(2), 163-241.
- KUMM, Mattias (2013): «The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: An Integrated Conception of Public Law», *Indiana Journal of global legal studies*, 20(2), 605-628.
- LAULOM, Sylvaine (2017): «Le Comité européen des droit sociaux, artisan de la réalisation des droits sociaux. Le point de vue externe», [en línea], <<https://journals.openedition.org/revdh/3672?file=1>>. [Consulta: 29/11/2022.]
- LÓPEZ GUERRA, Luis (2015): «Crisis económica y derechos humanos. Una nota de jurisprudencia», *Teoría y realidad constitucional*, 36, 399-414.
- LUSIANI, Nicholas y Sergio Chaparro, (2018): «Assesing Austerity. Monitoring the Human Rights Impacts of Fiscal Consolidation» [en línea], <https://www.cesr.org/sites/default/files/Austerity-Report-Online2018.FINAL_.pdf>. [Consulta: 29/11/2022.]
- MARGUENAUD Jean-Pierre (2020): «La critique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme liée aux droits économiques et sociaux», *Europe des Droits & Libertés/Europe of Rights & Liberties*, 1, 56-64.
- MARGUENAUD, Jean-Pierre y Jean MOULY (2013): «Le comité européen des droits sociaux face au principe de non-régression en temps de crise économique», *Droit Social*, 4, 339-344.
- MARTINEZ LÓPEZ, Rosa y Jesús RUIZ-HUERTA (2022): *Informe sobre la desigualdad en España 2022. Impacto de la pandemia*, Madrid: Fundación alternativas.
- MEGRET, Frederic (2014): «Nature of Obligations», en D. Moeckli, S. Shah, y S. Sivakumaran (eds.), *International Human Rights Law*, Oxford: Oxford University Press, 124-149.
- MESTRE, Ruth (2016): «La protección de los derechos sociales por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 33, 114-132.
- MOMBRAY, Alastair (2015): «Subsidiarity and the European Convention on Human Rights», *Human Rights Law Review*, 15-2, 313-341.
- NACIONES UNIDAS, Comisión de Derechos Humanos (1984): «Principios de Siracusa sobre las disposiciones de limitación y derogación del PIDCP» [en línea], <<https://www.civilisac.org/civilis/wp-content/uploads/principios-de-siracusa-1.pdf>>. [Consulta: 29/11/2022.]
- NICOLETTI, Michele (2014): «Rapport général Conférence à haut niveau sur la Charte sociale européenne» [en línea], <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168048acf9>>. [Consulta: 29/11/2022.]

- NIVARD, Carol (2012a): «Comité européen des droits sociaux (CEDS): Violation de la Charte sociale européenne par les mesures «an-ti-crise» grecques» [en línea], <<https://revdh.wordpress.com/2012/11/15/ceds-charte-sociale-europeenne-mesures-anti-crise-grecques>>. [Consulta: 29/11/2022.]
- (2012b): «La justiciabilité des droits sociaux au sein du Conseil de l'Europe», en D. Roman (dir.), *La justiciabilité des droits sociaux: vecteurs et résistances*. París: Pedone, 207-221.
 - (2014): «Le comité européen de droits sociaux, gardien de l'état social en Europe?», *Civitas Europa*, 33 (2), 95-109.
- NÚÑEZ DONALD, Constanza (2020): «Constitucionalismo cosmopolita», *Eunomia. Revista en Cultura de la legalidad*, 18, 214-238.
- ORTIZ Isabel, Matthew CUMMINS, Jeronim CAPALDO y Kalaivani KARUNANETHY (2017): «The Decad of Adjustment. A review of austerity trends 2010-2020 in 187 Countries» [en línea], <<https://www.socialprotection.org/gimi/gess/RessourcePDF.action?ressource.ressourceId=53192>>. [Consulta: 29/11/2022.]
- ORTIZ, Isabel y Mattheew CUMMINS (2022): «End austerity. A global report on Budget Cuts and Harmful Social Reforms in 2022-2025» [en línea], <<https://reliefweb.int/report/world/end-austerity-global-report-budget-cuts-and-harmful-social-reforms-2022-25>>. [Consulta: 29/11/2022.]
- PERONI, Lourdes y Alexandra TIMMER (2013): «Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention Law», *I-CON*, 11(4), 1056-1085.
- PRECIADO DOMÈNECH, Carlos Hugo (2021): *La Carta Social Europea y su aplicación. Los derechos sociales en serio*, Albacete: Bomarzo.
- REICH, Charles A. (1964): «The New Property», *Yale Law Journal*, 73, 733-787.
- ROMAN, Diane (2012): «Les droits civils au renfort des droits sociaux. L'interchangeabilité des droits fondamentaux dans le discours judiciaire», *Revue des droits de l'homme*, 1, 320-338.
- SALCEDO BELTRÁN, Carmen (2018): «La protección de los derechos sociales a escala europea: de la confrontación “presente” a la ineludible integración “futura”», *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, 137, 79-134.
- (2022): «La Carta Social Europea y el procedimiento de reclamaciones colectivas: un nuevo y excepcional escenario en el marco legislativo laboral», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 91, 1-32.
- SALOMON, Margot E. (2007): *Global Responsibility for Human Rights: World Poverty and the Development of International Law*, Oxford: OUP.
- (2015): «Of Austerity, Human Rights and International Institutions», *European Law Journal*, 21, 521-545.
- SUDRE, Frédéric (2003): «La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'Homme: un exercice de “jurisprudence fiction”?», *Revue des droits de l'homme*, 55, 755-780.
- TURÉGANO, Isabel (2016): «Distinguiendo los fundamentos de las responsabilidades globales: la prioridad de la inclusión democrática», en F. Arcos (ed.), *La justicia y los derechos en un mundo globalizado*, Madrid: Dykinson.
- UFLSTEIN, Geir (2012): «Individual complaints», en H. Keller y G. Uflstein (eds.), *UN Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy*, Cambridge: Cambridge University Press, 73-115.

Fecha de recepción: 10 de septiembre de 2022.

Fecha de aceptación: 24 de octubre de 2022.

TEMAS DE HOY

Sobre técnica legislativa, ideología y democracia. Una nota a propósito
de la LO10/2022
Javier de Lucas

SOBRE TÉCNICA LEGISLATIVA, IDEOLOGÍA Y DEMOCRACIA.
UNA NOTA A PROPÓSITO DE LA LO10/2022*
*ON LEGISLATIVE TECHNIQUE, IDEOLOGY AND DEMOCRACY.
A NOTE ON THE LO 10/2022*

Javier de Lucas

*Catedrático de Filosofía del Derecho y Política.
Instituto de Derechos Humanos. Universitat de València
Senador por Valencia, XIV legislatura (Grupo parlamentario socialista)*

RESUMEN

La doctrina contemporánea sobre teoría y técnica legislativa presenta algunos criterios que permiten juzgar la calidad y justificación de las leyes. Al hilo de la discusión sobre la «calidad técnica» de la reciente LO 10/2012, el autor ofrece una reflexión acerca del papel de la ideología en la producción normativa en el modelo de democracia parlamentaria en el que vivimos en España.

PALABRAS CLAVE

Teoría legislativa, técnica legislativa, legislación, calidad, justificación, ideología, democracia parlamentaria.

ABSTRACT

The contemporary doctrine on legislative theory and technique presents some criteria that allow us to judge the quality and justification of laws. In the context of the discussion on the «technical quality» of the recent LO 10/2012, the author offers a reflection on the role of ideology in the production of legislation, in the model of parliamentary democracy here in Spain.

KEY WORDS

Legislative theory, legislative technique, legislation, legislation, quality, justification, ideology, parliamentary democracy.

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2022.062>

* No puedo dejar de manifestar mi agradecimiento a los letrados del Senado, de quienes he aprendido en la XIV legislatura la mayor parte de lo que sé acerca del trabajo específico de técnica legislativa. En particular, al letrado y profesor Pablo García Mexía.

SOBRE TÉCNICA LEGISLATIVA, IDEOLOGÍA Y DEMOCRACIA. UNA NOTA A PROPÓSITO DE LA LO 10/2022

Javier de Lucas

Catedrático de Filosofía del Derecho y Política
Instituto de Derechos Humanos. Universitat de València
Senador por Valencia, XIV legislatura (Grupo parlamentario socialista)

Sumario: 1. Sobre los requisitos de una técnica legislativa de calidad. 2. La inexorable dimensión ideológica: el Derecho no puede ni debe ser un instrumento aséptico. 3. La ideología de la mayoría, fundamento de la ley. Notas. Bibliografía.

1. SOBRE LOS REQUISITOS DE UNA TÉCNICA LEGISLATIVA DE CALIDAD

La interpretación y aplicación de la Ley Orgánica 10/2022 de garantía integral de la libertad sexual (conocida con la denominación de ley del «solo sí es sí») ha provocado un considerable debate en el que se ha denunciado que el texto de la ley presenta serios problemas de calidad técnica. En esta nota me referiré al argumento de quienes no solo señalan la deficiente técnica legislativa de esta ley, sino que, además, denuncian la supuesta ilegitimidad de su «carácter ideológico» con el objetivo de ofrecer algunos argumentos sobre las condiciones de calidad de la técnica legislativa y sobre las exigencias del proceso democrático de elaboración de las leyes.

En nuestra tradición de Derecho continental, un argumento reiterado sobre las condiciones de calidad de la producción legislativa consiste en señalar que las leyes han de ser, en

lo posible, pocas, breves y claras y que, como señalara Montesquieu, «las leyes innecesarias debilitan a las leyes necesarias»¹. Pero ya Bentham, ante la evidencia de que ese modelo restrictivo de producción normativa no podía sostenerse debido al proceso de crecimiento de las tareas asumidas por el Estado moderno², tuvo que hacer frente a otra manera de acometer la tarea legislativa y plantearse lo que llamó una *nomografía* o arte de producir leyes, que sentó las bases de la moderna teoría y técnica legislativas³.

Para juzgar la calidad de una norma en términos de técnica legislativa, debemos preguntarnos por su necesidad, su utilidad, su adecuación a los fines que propone y su justificación. En todo caso, son cuestiones que los expertos han explicado en términos de las condiciones de racionalidad de las leyes, y remiten a cinco manifestaciones de esa racionalidad: *i)* lingüística/comunicativa, *ii)* jurídico formal, *iii)* pragmática, *iv)* teleológica y *v)* ética. En principio, la función de los letrados de las Cámaras legislativas consiste en asegurar esas condiciones, al menos las tres primeras. Pero con alguna frecuencia comprobamos que, respecto a las otras dos, el debate excede el juicio técnico de los mismos y nos lleva a la arena pública, esto es, precisamente al ámbito del pluralismo ideológico. A mi juicio, en el caso del debate sobre la LO10/2022 puede advertirse una suerte de falacia política que nace de una tergiversación de pluralismo⁴ y va mucho más allá de la legítima crítica a toda iniciativa legislativa y a su puesta en práctica, pues tergiversa la noción de interés o utilidad general.

Esto exige una primera reflexión sobre el uso peyorativo o descalificador del término «ideológico». Sin perjuicio de entrar en ello con más detalle después, resulta inaceptable que alguien pretenda descalificar a sus adversarios alegando que actúan por motivos «ideológicos», como si eso fuera ilegítimo, mientras uno mismo siempre lo haría por razones «objetivas» o de interés general.

En una sociedad democrática el pluralismo ideológico es un valor que hay que garantizar. Tener una ideología no solo es algo inevitable, sino legítimo. Intentar excluir del espacio público a alguien o a un grupo so pretexto de su ideología o, no digamos, querer obligar a alguien a renunciar su ideología es inaceptable, siempre que esa ideología se defienda por medios pacíficos y no implique violación de derechos fundamentales de nadie. Por lo demás, no cabe asombrarse por el hecho de que un grupo político pretenda que su programa político sea coherente con la propia ideología: eso es solo una muestra de consistencia lógica.

En cualquier caso, corresponde libremente a los ciudadanos optar por una u otra preferencia ideológica y dar su apoyo a las correspondientes opciones políticas. Otra cosa es, claro, que con la descalificación como «ideológica» (que, insisto, suele ser selectiva: unos rechazan la ideología comunista, social comunista, otros, la liberal conservadora, o la independentista) en realidad se persiga mostrar que, en lugar de apuntar al interés general, al bien común, se ponen por encima intereses particulares. Pero eso es un empleo absolutamente impropio del término «ideológico».

Volvamos a la cuestión de la calidad de la técnica legislativa, a propósito del caso concreto de esta ley. ¿Cumple la LO 10/2022 con las exigencias de esas condiciones de racionalidad jurídica?

La *racionalidad lingüístico-comunicativa* exige que el legislador sepa comunicar, transmitir su mensaje al destinatario, a los ciudadanos, con claridad. ¿Cumple la LO 10/2022 esta condición?

Antes de responder, me permito señalar que, a mi juicio, la mayor parte de los ciudadanos y, desgraciadamente, la mayoría de quienes han intervenido en el debate, no parecen haber leído con mínima atención el texto de la ley. Que los ciudadanos no lo hagan es perfectamente comprensible. Pero no lo es en el otro caso: no se debe opinar de aquello que no ya es que no se entienda, sino que ni siquiera se ha leído. En todo caso, si acudimos, por ejemplo, al preámbulo de la LO 10/2022 (que equivale a la exposición de motivos), cabe sostener que deja muy claro qué se pretende con esta ley. En el párrafo final del apartado II de ese preámbulo el mensaje de la ley es muy claro⁵. Su lectura habría ahorrado —a mi juicio— buena parte del debate, centrado erróneamente en la relevancia de la gravedad de las sanciones como indicador de la protección que trata de ofrecer esta norma a la libertad sexual de las mujeres.

Asunto diferente es la manifiestamente mejorable comunicación de la ley por parte del Ministerio de Igualdad, con mensajes a mi juicio muy desafortunados en sus generalizaciones sobre la ideología machista y fascista de «los jueces» («fascistas con toga», según llegaron a sostener algunas de esas autoridades ministeriales). Está claro que hay jueces y juezas machistas y jueces y juezas de ideología política reaccionaria. Pero la generalización es inaceptable. También fue un grave error comunicativo el énfasis inicial de los representantes del Ministerio en el agravamiento de las penas y el aventurado diagnóstico de que no se producirían discrepancias interpretativas (ni excarcelaciones) a raíz de las sentencias que se dictaran desde la vigencia de la ley, algo que los hechos, es decir, las sentencias judiciales, han desmentido. Pero insisto, estas manifestaciones de deficiente racionalidad lingüístico-comunicativa no son del texto legal, sino de responsables políticos que no han estado a la altura.

En lo que se refiere al requisito de que las leyes cuenten con una racionalidad jurídico-formal —el aspecto más propiamente técnico jurídico—, la tradición legislativa continental apunta que la calidad legislativa exige a leyes que cumplan tres características formales, no materiales: que sean claras, sistemáticas y unívocas. Pero lo cierto es que, en nuestro país, se ha optado por una dimensión aún más estrictamente formal como requisito de calidad legislativa, tal y como señala una reiterada jurisprudencia constitucional⁶. Nuestro Tribunal Constitucional ha insistido en que no hay una exigencia constitucional para que las leyes sean de una determinada forma. Por decirlo a la llana, esa jurisprudencia sostiene que las Cortes Generales pueden aprobar *malas leyes* con tal de que se respeten los requisitos formales de competencia y procedimiento, sin que eso suponga un reproche constitucional. Las Cortes tienen, por así decirlo, plena libertad para aprobar los que deseen, con el único límite de la Constitución. Hay una única excepción: en materia de sanciones y, especialmente, en materia penal, sí se exige el requisito de claridad: no caben leyes penales o de sanciones administrativas que sean confusas, carentes de precisión suficiente, de forma que no permitan a los individuos acomodar sus conductas a las normas⁷.

Pues bien, desde ese modo de entender el requisito de racionalidad técnico formal, la LO 10/2022 parece coherente con la jerarquía normativa y constitucional y también con los compromisos internacionales de nuestro país en materia de Derecho internacional de los derechos humanos, específicamente en lo relativo a la lucha contra la violencia de género. Cumple asimismo con los requisitos de competencia y procedimiento.

Eso no significa, insisto, que desde el punto de vista técnico no sea manifiestamente mejorable. Los problemas relativos al establecimiento de las penas, debido a la fusión de tipos penales que se lleva a cabo en la ley y a la ausencia de una disposición específica de carácter transitorio, han sido señalados como deficiencias que deberían haberse subsanado. En relación con las resoluciones judiciales dictadas como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual, la Comisión Permanente del CGPJ emitió el 12 de noviembre de 2022 un comunicado en el que se reitera en el Informe sobre la ley, emitido el 25 de febrero de 2021 y, en particular, advierte sobre las consecuencias del nuevo cuadro de sanciones que contempla la ley y que, según expresaba el Consejo, conducía a la revisión de las condenas en las que se hubieran impuesto las penas máximas, conforme a la legislación vigente⁸.

Tampoco veo objeciones insuperables desde el punto de vista de las exigencias de una *racionalidad pragmática*, que exige que la conducta de los ciudadanos se pueda adecuar a lo prescrito en esta ley y que haya mecanismos de exigencia suficiente para su puesta en práctica y para sancionar su incumplimiento y, sobre todo, proteger a las víctimas. La palabra aquí la tienen los tribunales de justicia que, conforme a lo que ha dictaminado el Tribunal Supremo en la sentencia en que se ha resuelto el recurso por el denominado caso Arandina⁹, han de proceder caso a caso, sin que valga un criterio general *a priori*, como propuso la instrucción de noviembre de 2022 del fiscal general del Estado (FGE)¹⁰. Si la ley hubiera mejorado los aspectos técnicos señalados, podría haberse evitado esa necesidad de ir caso por caso, que debilita lo que debería ser regla cuando hablamos de una ley (la condición de generalidad). En buena medida, será cuestión de esperar a su «rodaje».

Dicho esto, vamos al núcleo de la cuestión que, a mi entender, atañe a las dos últimas formas de racionalidad, pues lo que más nos importa es *iv*) si la ley se ordena adecuadamente a los fines sociales perseguidos y *v*) si las conductas que se prescriben y la propia finalidad de la ley presuponen valores susceptibles de justificación ética. No de cualquiera de las concepciones éticas que concurren en una sociedad plural ni de la ética de tal o cual juez, sino de la ética pública, que es lo relevante en términos jurídicos: la ética consagrada de forma positiva en la Constitución y en las leyes, que establecen qué es lo relevante, lo valioso y, por tanto, digno de proteger y de manera negativa en el Código Penal, que determina qué conductas resultan inaceptables y deben ser castigadas.

Por lo que se refiere a las exigencias de la *racionalidad teleológica*, me parece que la LO10/2022 se formula y ordena adecuadamente a los fines de la norma, que son la garantía de la libertad sexual de las mujeres y de los menores, su adecuación de cara a la garantía de la libertad sexual y la protección de las víctimas que sufren violaciones de esa libertad. El problema de la adecuación y proporcionalidad de las sanciones no es determinante des-

de el punto de vista de la adecuación teleológica, pero sin duda constituye una cuestión a considerar y ensombrece el juicio positivo sobre esta cuarta exigencia.

Pero la cuestión prioritaria es la *racionalidad justificativa*, esto es, esclarecer si hay una suficiente justificación de la ley, lo que obliga a llevar a cabo un juicio ético, social y político. Lo relevante para valorar la argumentación justificativa de esta ley, a mi entender, es precisamente lo que señalaron Clara Serra y otros autores en un esclarecedor artículo¹¹: la ley se justifica porque trata de asegurar a las mujeres que se garantizará siempre su consentimiento en sus relaciones sexuales y, con ello, su libertad sexual. Ese argumento es el más importante, mucho más que la exigencia de evitar que se rebajen las penas por la infracción de tal consentimiento, o que estas sean más graves (cuestión compleja ante la modificación de los tipos penales), o el debate sobre la interpretación del principio de retroactividad en el ámbito penal, cuestiones sin duda significativas y que a mi juicio ha explicado muy bien mi compañero, el profesor Carbonell, en un reciente artículo¹².

Es decir, la ley trata de garantizar el principio básico que la inspira y que, en última instancia, no es otro que el viejo argumento del *favor libertatis* (D.29,2,71pr.; 35,2,32,5), en la modalidad de garantía básica de la libertad sexual, lo que a mi juicio remite acertadamente no tanto a la existencia o no de violencia en la relación sexual, sino a la de consentimiento. Esta exigencia, a mi juicio, está pertinentemente puesta de relieve en la ley y, no lo olvidemos, expresa un consenso ideológico amplio (una mayoría holgada en las Cámaras) sobre la relevancia de la justificación de esta iniciativa legislativa que, insisto, es una cuestión de igual libertad entre hombres y mujeres y por eso, es una exigencia del feminismo, entendido como *componente ideológico* imprescindible de la legitimidad democrática.

2. LA INEXORABLE DIMENSIÓN IDEOLÓGICA: EL DERECHO NO PUEDE NI DEBE SER UN INSTRUMENTO ASÉPTICO

Pero quiero volver sobre la crítica que aduce una supuestamente espuria «contaminación ideológica de la ley». Se trata de un alegato que, a mi juicio, revela un error conceptual de fondo, que es el que tratamos de explicar a los estudiantes de Derecho desde el primer día de clase. Una sugerencia: cuando escuchen a alguien sostener que las leyes no deben tener elementos ideológicos, sospechen que en realidad lo que se pretende es que las leyes consagren la ideología de quien eso sostiene, excluyendo cualquier otra. Esto es, lo que sostienen los defensores de la tesis de la asepsia ideológico-valorativa de las leyes, en realidad, es que hay una ideología «verdadera», unos verdaderos valores que las leyes deben transmitir: los suyos, claro. Es decir, que son enemigos del pluralismo ideológico que es un elemento constitutivo de cualquier sociedad democrática.

Frente a la pretensión de que el Derecho es una creación científica o técnica dotada de asepsia valorativa (suele hablarse de «neutralidad ideológica»), lo cierto es que, por sus características como herramienta de intervención en las relaciones sociales y en los conflictos, y por las que son propias (inevitables) de los operadores jurídicos, el Derecho está

inevitablemente cargado de ideología. Por supuesto, eso es así también en el caso de un sistema jurídico de carácter democrático. Trataré de recordar brevemente las razones de una afirmación como esta, que caen por su propio peso.

El primer argumento roza el terreno de la obviedad, por más que sea ese tipo de obviedad que se consigue ocultar o enmascarar. Eso que llamamos Derecho no tiene nada que ver con una suerte de *deus ex machina*. No consiste en la revelación o descubrimiento de *verdades* inmutables, como parece sugerir cierto lenguaje jurídico al uso, cuando habla, por ejemplo, de la «naturaleza jurídica» de sus normas e instituciones. Ni la propiedad, ni el matrimonio, ni la hipoteca, ni los desahucios, ni los préstamos personales, ni las suspensiones de pago o la adquisición de la nacionalidad responden a nada parecido a la naturaleza o a las leyes naturales. Son soluciones, herramientas que hemos inventado para obtener y asegurar determinados objetivos. Por tanto, su razón de ser depende de esos propósitos, que es tanto como decir de la finalidad que persiguen los actores sociales que tienen capacidad para imponer sus soluciones. Durante la mayor parte de la historia de nuestras sociedades, esos objetivos, su prioridad, los medios para asegurarlos, han sido decididos por quienes dominan en ellas. Las más de las veces, mediante la amenaza o el ejercicio de la fuerza (luego se llamará a esto «monopolio legítimo de la coacción»), que ya a San Agustín le servía para mostrar la analogía entre los imperios y los piratas o bandas de ladrones¹³. La única diferencia entre unos y otros, señala el de Hipona, es que esa fuerza *esté al servicio de la justicia*, lo que reenvía a un problema conceptual muy difícil de resolver, tanto que llevamos más de veinticinco siglos sin establecer una respuesta inequívoca: ¿qué es la justicia? Respuestas aparentemente claras («dar a cada uno lo suyo») se han mostrado en el fondo ambiguas, si recordamos que tal fórmula literal fue utilizada como emblemas en los campos de concentración nazis: *jedem das seine*. Esto es, para pervertir esa fórmula de justicia, basta con que quien tenga la competencia de decidir sostenga que «lo suyo de los otros» es nada o peor que nada: discriminación, explotación, tortura, genocidio para mujeres, judíos, negros, indígenas colonizados, palestinos, rohingyas, personas pertenecientes a grupos LGTBI y *tutti quanti*. Y eso es el límite ideológico inaceptable.

Por tanto, sí: la ideología es relevante como argumento a la hora de justificar una iniciativa legislativa. Y sí: dentro del pluralismo ideológico que debe tener cabida en la democracia hay un criterio, al menos negativo, que nos sirve para juzgar si la ideología que inspira una norma ofrece una justificación aceptable.

Aún más, si nos preguntamos qué ideología es la que más nos aproxima al ideal de justicia, qué ideología debe guiar la técnica legislativa, hay una pista fiable, la que ofrecieron quienes prepararon la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH): la garantía y desarrollo de los derechos humanos para todos los seres humanos es la ideología de la justicia, la idea regulativa que debe presidir cualquier trabajo de técnica legislativa. Preguntémosnos: esta medida que queremos adoptar, esta iniciativa legislativa, ¿contribuye a mejorar las condiciones de vida, el acceso y disfrute de los derechos humanos, sobre todo para aquellas personas y grupos que tienen más dificultad para alcanzarlos y disfrutar de ellos? ¿Las garantiza suficientemente?

Plantearé ahora un segundo argumento, relativo a lo que sucede en un sistema jurídico como el nuestro. La legitimidad democrática del Derecho ha venido a proporcionarnos una solución que, si no es mágica ni perfecta, resulta la más convincente: establece una presunción a favor de la fundamentación justa (ideológicamente justa) que tienen las normas e instituciones jurídicas que median en las relaciones sociales *cuando cuentan con el acuerdo de la mayoría de los sujetos que tienen derecho a decidirlos y que son también los mismos a quienes serán aplicadas*.

En otras palabras, eso que llamamos Derecho debe responder a la voluntad popular. Y su justificación, lo que llamamos justicia, lo que hace posible que lo veamos aceptable y lo obedezcamos, consiste en aquello que a la mayoría le parece justo. Aunque no sin límite alguno: hay cuestiones que se sustraen a lo *decidible*. Lo indecidible está conformado por lo que conocemos como derechos, al menos los derechos humanos y fundamentales que, como se ha dicho, constituyen una suerte de *coto vedado*, unas garantías para todos y en especial para los más alejados del poder, para las minorías¹⁴. Y por eso cabe la disidencia e incluso la desobediencia civil frente a las normas adoptadas por la mayoría, siempre y cuando esa disidencia, esas prácticas de desobediencia civil, acepten el principio básico: que las normas aprobadas por la mayoría solo pueden modificarse pacíficamente y solo las puede modificar la mayoría. Por eso, la actuación de la disidencia, la práctica de la desobediencia civil consiste en apelar a la propia mayoría para que rectifique su decisión, a la vista de las razones justificativas que ofrece el disidente. Por eso, la calidad de una democracia se mide también por su capacidad para albergar la disidencia sin criminalizarla.

¿Tiene la LO 10/2022 un sesgo ideológico que la descalifica? La respuesta, a mi juicio, es no. Por supuesto, quienes encuentran en la ley el sello de la «ideología de género» alegan que la ley no está justificada por que aducen que esa ideología es inaceptable. Yerran, en mi opinión: la ideología que justifica esta ley es la del feminismo, que es la ideología de la igualdad entre mujeres y hombres. El feminismo, entendido como *componente ideológico* imprescindible de la legitimidad democrática. La ideología feminista inspira normas como el Convenio de Estambul de 11 de mayo de 2011, un Convenio para la prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica que ha sido ratificado por nuestro país y que, por tanto, forma parte de nuestro Derecho interno. La LO 10/2022, cuyo objetivo es que las mujeres (y los menores) dejen de ser víctimas propiciatorias de la violencia sexual, ofrece una protección integral contra esas violencias. Esta ley es un instrumento que desarrolla ese marco normativo y, por tanto, se justifica por él, por la ideología que lo impulsa.

3. LA IDEOLOGÍA DE LA MAYORÍA, FUNDAMENTO DE LA LEY

Para terminar, añadiré una obviedad: en un sistema democrático, la producción de la ley consiste en obtener acuerdos de mayoría. Mayoría que, hoy y en nuestro país, ya no es absoluta, sino que debe ser construida por la negociación y el acuerdo de diferentes grupos que, sumados, constituyan una mayoría parlamentaria suficiente. Eso relativiza considera-

blemente la realización *tout court* del programa electoral: al no contar con mayoría absoluta, ni siquiera la primera fuerza parlamentaria puede imponer su programa, traducirlo en leyes.

Por tanto, el Derecho propio de una democracia parlamentaria sin mayorías absolutas como lo es la nuestra, hoy y ahora (y no parece que vayan a regresar los tiempos de las mayorías absolutas y el bipartidismo perfecto) es, forzosamente, un *Derecho negociado*, desde posiciones y proyectos ideológicos plurales. Un Derecho que consiste en normas que se negocian, en torno a lo que se considera más *oportuno* en cada momento para gestionar las relaciones sociales, se decide lo que es *acceptable* y también, lo que suele ser más sencillo, qué es lo que no debemos ni podemos aceptar.

Eso último es el cometido del Derecho penal, que en sociedades democráticas es la *ultima ratio*, el último recurso para garantizar que no se cause a nadie un daño en aquellos bienes que consideramos valiosos: la libertad, la integridad física, la autonomía, la preservación de la intimidad, pero también el acceso a recursos necesarios para una vida digna (trabajo, vivienda, recursos energéticos, por cierto...) y, obviamente, el acceso a la salud y a la educación. Por eso, el Derecho *ni puede ni debe ser neutral ideológicamente*: no lo es ante la tortura, ante la discriminación de las mujeres, ante la violencia de género, ante la explotación de los menores, ante cualquiera de las manifestaciones de crueldad, violencia, discriminación o explotación.

Esa toma de posición ideológica, propia de un Derecho democrático, exige que evitemos que quienes ostentan posiciones de poder puedan imponer su propia conciencia (o su ideología) frente a las de la mayoría. Y esto sirve como advertencia frente a la falacia argumentativa y profundamente antidemocrática de la que se sirven quienes reservan a algunos privilegiados una suerte de *capacidad de decisión superior*: por encima o incluso contraria a la de la mayoría. Esto se aplica, en particular, como recordaba el profesor Carbonell¹⁵, al riesgo de que las decisiones judiciales puedan invadir o suplantar la voluntad general que expresan las leyes.

Ni los jueces ni los tribunales de justicia son una especie de legislador de reserva, una última cámara legislativa. Ni siquiera lo es el Tribunal Constitucional (TC), cuya función —conforme al modelo kelseniano— es la de control negativo, esto es, expulsar del sistema jurídico aquello que no es conforme con lo que dispone la Constitución. Pero, en ningún caso, la tarea del TC consiste en decir cómo se debe legislar esta o aquella materia, algo que es competencia del poder legislativo, como representación de la voluntad soberana del pueblo.

Por lo mismo, las propias convicciones ideológicas de cada juez, su conciencia —por refinada que sea— no constituyen argumento suficiente ni legítimo para sustituir o corregir —y, menos aún, para suplantar— la conciencia de la mayoría que se expresa en las leyes aprobadas por la mayoría parlamentaria. En nuestro sistema, la única legitimidad de las decisiones de los jueces consiste en ajustarse a la legalidad, la que dictan las Cámaras legislativas. En todo caso, los jueces pueden plantear cuestiones de constitucionalidad, cuando entiendan que la ley es incompatible con exigencias constitucionales. Por eso, cuando el

juez se encuentra en el dilema de incompatibilidad entre sus propias convicciones y la exigencia de la legalidad, no tiene otro camino que atenerse a lo que establece la ley o renunciar a ser juez¹⁶. Porque en un sistema como el nuestro, en el que los jueces son funcionarios del servicio público de justicia, la única legitimidad de las decisiones de los jueces consiste en ajustarse a la legalidad. Otra cosa supondría tomar en vano el principio de soberanía popular y el de separación de poderes.

NOTAS

1. Cfr. Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, libro XXIX.
2. Un proceso, evidentemente, incrementado desde el modelo de Estado social. Sobre las lógicas de «inflación» y «deflación» normativas, pueden consultarse los ensayos de Alberto del Real y María José Fariñas en el reciente libro coordinado por Fernández Liesa, Oliva Martínez y Pérez de la fuente (2022).
3. Como es sabido, Jeremy Bentham es la figura decisiva para la construcción de una teoría de la legislación y también el precedente obligado para los ensayos de técnica legislativa. Entre sus múltiples trabajos sobre el particular llamo la atención sobre su *Nomography, or the Art of inditing Laws*, que cito por la edición de Bowring (1838-1843, v. III: 231-297; puede consultarse la edición en castellano preparada por Zapatero (2000)). Sobre teoría y técnica legislativas, en castellano, además del texto pionero de Meehan (1976), cabe mencionar las obras colectivas de GRETEL (Grupo de Estudios de Técnica Legislativa) (1986 y 1989) y Sainz Moreno y Silva Ochoa (coords.) –Parlamento vasco (ed.) (1989). Entre los ensayos de teoría de la legislación mencionaré los de Atienza (1997) y Zapatero (2009). Desde el punto de vista más estricto de técnica legislativa, *vid.* Pendás (1989: 339: 375 y 2018: 215-220); Sanz Pérez (2012: 11-38); y Losano (2004: 163-181). Son asimismo destacables los trabajos de García Escudero (2005: 121-164 y 2011).
4. Imposible dejar de tener en cuenta el ensayo clásico de Bentham (1990) en el que denuncia como tales la presencia ilegítima de intereses particulares que suplen a la razón y a la utilidad pública en la elaboración de las leyes.
5. Literalmente, se afirma: «Esta Ley Orgánica pretende dar cumplimiento a las mencionadas obligaciones globales en materia de protección de los derechos humanos de las mujeres, las niñas y los niños frente a las violencias sexuales, integrándose también en la política exterior española; y, siguiendo el mandato del artículo 9.2 de la Constitución, remover los obstáculos para la prevención de estas violencias, así como para garantizar una respuesta adecuada, integral y coordinada que proporcione atención, protección, justicia y reparación a las víctimas. Para ello, esta ley orgánica extiende y desarrolla para las violencias sexuales todos aquellos aspectos preventivos, de atención, sanción, especialización o asistencia integral que, estando vigentes para otras violencias, no contaban con medidas específicas para poder abordar de forma adecuada y transversal las violencias sexuales. Además, como novedad, se desarrolla el derecho a la reparación, como uno de los ejes centrales de la responsabilidad institucional para lograr la completa recuperación de las víctimas y las garantías de no repetición de la violencia». El mensaje que la ley transmite, a mi juicio, es muy claro: se trata de proporcionar una protección de carácter integral a las víctimas de violencias sexuales. La cuestión de la gradación de las penas a los culpables no es, ni de lejos, su objetivo principal.
6. Cfr. STC 76/1983; STC 109/1987, STC 226/1993; STC 195/1996; STC 136/2001, por citar algunas.

7. Así, STC 150/1990; en el mismo sentido, STEDH, de 30 de julio de 2009.

8. El comunicado sostiene lo siguiente: «La aplicación de la norma más favorable constituye un principio básico del Derecho penal, derivado del artículo 9.3 de la Constitución Española y del artículo 2.2 del Código Penal, que establece que ‘tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena’. Las resoluciones judiciales conocidas en los últimos días y dictadas como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual resultan, por tanto, de la aplicación estricta de estos preceptos por parte de los miembros del Poder Judicial, sometidos únicamente al imperio de la ley tal y como dispone el artículo 117.1 de la Constitución Española. Este Consejo General del Poder Judicial, en ejercicio de las competencias que le atribuye el artículo 599.1.12ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial, emitió el 25 de febrero de 2021 el correspondiente informe sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, que fue aprobado por unanimidad. El informe, que fue remitido al prelegislador, constataba que el cuadro penológico contemplado en el anteproyecto para los delitos de agresiones sexuales tipificados en los capítulos I y II del título VIII del Código Penal suponía una reducción del límite máximo de algunas penas y concluía que ‘la reducción de los límites máximos de las penas comportará la revisión de aquellas condenas en las que se hayan impuesto las penas máximas conforme a la legislación vigente’. Esta Comisión Permanente, por otra parte, expresa su más firme repulsa a los intolerables ataques vertidos en las últimas horas contra los miembros del Poder Judicial por algunos responsables políticos, que se contraponen con el acreditado compromiso de la Carrera Judicial con la protección de las víctimas de los delitos contra la libertad sexual. Este tipo de actuaciones minan la confianza de las víctimas en las Administraciones y, singularmente, en la de Justicia, aumentando su desprotección». Disponible en: <<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/Comunicado-de-la-Comision-Permanente-en-relacion-con-las-resoluciones-judiciales-dictadas-como-consecuencia-de-la-entrada-en-vigor-de-la-Ley-Organica-10-2022--de-garantia-integral-de-la-libertad-sexual.>>.

9. Disponible en: <<https://elpais.com/espana/2022-11-29/el-supremo-eleva-las-penas-del-caso-aran-dina-pero-dice-que-serian-mas-altas-sin-la-ley-del-solo-si-es-si.html>>.

10. El FGE dictó el 21 de noviembre de 2022 un decreto para que todos los integrantes del Ministerio Fiscal den una respuesta uniforme que garantice el principio de unidad de actuación ante la revisión de sentencias firmes derivada de la entrada en vigor de la LO 10/2022, conforme al cual se instruye a los fiscales para que no se revisen las condenas firmes cuando la pena impuesta en la sentencia sea susceptible de ser aplicada con arreglo al nuevo marco legal resultante de la reforma. Disponible en: <<https://elderecho.com/decreto-fiscalia-general-estado-para-fijar-criterio-actuacion-sobre-ley-solo-si-es-si.>>.

11. Cfr. Serra, Uría y Parra (2002). Disponible en: <<https://elpais.com/opinion/2022-11-20/a-proposito-de-la-ley-solo-si-es-si-los-arboles-y-el-bosque.html>>. En el mismo sentido, Coscubiela (2022). Disponible en: <https://www.eldiario.es/opinion/zona-critica/lecciones-ley-si-si_129_9750838.html>.

12. Cfr. Carbonell (2022). Disponible en: <https://www.infolibre.es/opinion/plaza-publica/retroactividad_129_1373557.html>.

13. *De Civitate Dei*, IV, 4.

14. La justificación básica de la limitación es la enunciada por John Stuart Mill en su *On Liberty*, la misma que se encuentra en el célebre texto de Jeremías Bentham —el padre de la moderna teoría y técnica de la legislación— en 1789, *Introduction to the Principles of Moral and Legislation*: evitar causar daño a intereses, necesidades o, digámoslo así, bienes jurídicamente relevantes. La tesis del «coto vedado», un núcleo indisponible sobre el que la mayoría no debe ni puede decidir, fue formulada con mucha

claridad y elegancia conceptual por el profesor Garzón Valdés (1989: 143-163) en respuesta a algunas observaciones críticas que yo mismo le formulé (De Lucas, 1989: 209-213).

15. De nuevo, Carbonell (2022), cit., *supra*, n. 12.

16. Sobre ello, Mugerza (1994: 535-559). En contra, De Lucas (1995: 167-208).

BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel (1997): *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid: Civitas.
- BENTHAM, Jeremy (1990): *Falacias políticas*, Madrid: CEC.
- BOWRING, John (1838-1843): *The Works of Jeremy Bentham*, Edimburgo: William Tait.
- CARBONELL, Joan Carles (2022): «Retroactividad», *Infolibre*, 28 de noviembre.
- COSCUBIELLA, Joan (2022): «Lecciones de la ley del solo sí es sí», *eldiario.es*, 28 de noviembre.
- DE LUCAS, Javier (1989): «Algo más acerca del coto vedado», *Doxa*, 6, 209-213.
- (1995): «Conciencia y ley penal», en J. Jiménez Villarejo, *Vinculación del juez a la ley penal*, Madrid: CGPJ, 167-208.
- FERNÁNDEZ LIESA, Carlos, J. Daniel OLIVA MARTÍNEZ y Óscar PÉREZ DE LA FUENTE (2022): *Inflación y deflación normativa*, Madrid: Dykinson-Fundación Gregorio Peces Barba.
- GARCÍA ESCUDERO, Piedad (2005): «Nociones de técnica legislativa para uso parlamentario», *Asamblea. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 13, 121-164.
- (2011): *Manual de Técnica legislativa*, Pamplona: Civitas.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto (1989): «Democracia y representación», *Doxa*, 6, 143-163.
- GRETEL (1986): *La forma de las leyes: 10 estudios de técnica legislativa*, Barcelona: Bosch.
- (1989): *Curso de Técnica Legislativa*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- LOSANO, Mario G. (2004): «Las técnicas legislativas, de la “prudencia legislativa” a la informática», en A. Menéndez Menéndez, *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Madrid: Civitas, 163-181.
- MEEHAN, José Héctor (1976): *Teoría y técnica legislativas*, Buenos Aires: Depalma.
- MONTESQUIEU ([1748] 2002): *El espíritu de las leyes*, Madrid: Istmo.
- MUGUERZA CARPINTIER, Javier (1994): «El tribunal de la conciencia y la conciencia del tribunal. Una reflexión ético-jurídica sobre la ley y la conciencia», *Doxa*, 15/16, 535-559
- PENDÁS, Benigno (1989): «Función de los parlamentos en materia de técnica legislativa», en Parlamento Vasco, *La calidad de las leyes*, Vitoria: Parlamento Vasco, 339-370.
- (2018): «La ley, contra el Derecho. Reflexiones sobre la calidad de las normas», *Revista de las Cortes Generales*, 104, 215-220.
- SAINZ MORENO, Fernando y Juan Carlos DA SILVA OCHOA (coords.), PARLAMENTO VASCO (ed.) (1989): *La calidad de las leyes*, Vitoria: Parlamento Vasco.
- SAN AGUSTÍN (2000): *De Civitate Dei*, IV, 4, Madrid: BAC.
- SANZ PÉREZ, Ángel (2012): «Apuntes sobre la técnica legislativa en España», *Asamblea. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 26, 11-38.
- SERRA, Clara, Paloma URÍA y Noemí PARRA (2022): «Apropósito de la “ley del solo sí es sí”: los árboles y el bosque», *El País*, 20 de noviembre.
- ZAPATERO, Virgilio (2009): *El Arte de legislar*, Cizur Menor: Thomson-Reuters Aranzadi.

NORMAS DE EDICIÓN DE LA REVISTA

<http://teoriayderecho.tirant.com>

I. CRITERIOS GENERALES PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS A LA REVISTA *TEORÍA & DERECHO*

1. Los textos presentados para su publicación deberán ser trabajos originales e inéditos.
2. Los originales de los artículos de las dos primeras secciones («Debate» y «Estudios») tendrán una extensión de entre 8.000 y 14.000 palabras como máximo, un interlineado de 1.5 y letra de cuerpo 12. Deberán presentarse en soporte informático, preferentemente en Word (o formato revisable).
3. Los términos de presentación de originales finalizan el 1 de mayo (para el número que se publica en diciembre) y el 1 de noviembre (para el número que se publica en junio del año siguiente).
4. Al comienzo del texto han de indicarse el título del artículo, el nombre y apellidos del autor o autora, su cargo o profesión y la vinculación institucional con la que los autores o autoras desean aparecer identificados en el encabezamiento del artículo.
5. Los autores y autoras harán llegar con el artículo los datos suficientes para que la redacción de la Revista se pueda poner en contacto con ellos (dirección postal, teléfono y dirección electrónica).
6. Todos los artículos deberán ir acompañados de un resumen de 10 líneas o 1.000 caracteres en castellano y en inglés. También hay que incluir una lista de cinco o seis palabras clave o descriptores de la materia en castellano y en inglés. El título del artículo debe escribirse en español y en inglés.
7. Los artículos deben ir precedidos de un sumario de los diferentes apartados en que se estructuran. Los títulos y subtítulos de los textos seguirán el denominado «Sistema de numeración decimal de capítulos» y se escribirán solo con cifras arábigas. Las secciones se numerarán correlativamente a partir de 1; cada sección o epígrafe puede subdividirse en *n* partes (subtítulos o subepígrafes) desde 1 hasta *n*; cada subepígrafe, a su vez, puede dividirse en otras subsecciones o partes menores desde 1 hasta *n*, y así sucesivamente: (1., 1.1., 1.2., 1.2.1...) (4., 4.1, 4.1.1, 4.1.2...).
8. En el caso de los artículos publicados en la sección «Temas de Hoy», se podrán obviar algunos requisitos formales de la revista (resumen, informes externos, extensión, originalidad), pero nada impide que el original enviado los cumpla plenamente, en cuyo caso la Revista lo hará constar.
9. En las traducciones y textos de la sección titulada «Varia» no se exige el cumplimiento de los requisitos anteriores.

II. ADMISIÓN DE ORIGINALES Y SISTEMA DE EVALUACIÓN

Los originales publicados en las secciones «Debates» y «Estudios» serán sometidos al criterio de expertos. El sistema de arbitraje recurre a evaluadores externos y la Revista garantiza su anonimato. Cualquiera de los evaluadores puede hacer observaciones o sugerencias a los autores, siempre y cuando el trabajo haya sido aceptado. Los autores recibirán el resultado de la evaluación y, en su caso, se les concederá un período de tiempo suficiente para que puedan hacer las modificaciones propuestas por los evaluadores.

Los evaluadores tendrán en cuenta, especialmente: *i*) la idoneidad temática; *ii*) la calidad y el rigor de los argumentos que se presentan; *iii*) la adecuación de la estructura expositiva del texto; *iv*) la oportunidad y relevancia del artículo para la discusión de problemas en su área de investigación; y *v*) la validez de los datos y las fuentes bibliográficas.

Tras la evaluación realizada por los expertos, la publicación definitiva de los trabajos será sometida de nuevo a la consideración del Consejo Editorial de *Teoría & Derecho*, que se reserva la facultad de revisar y corregir los textos si estos presentan errores ortotipográficos, gramaticales o de estilo.

III. CORRESPONDENCIA CON LA REVISTA

Los originales deben ser enviados por correo electrónico a la dirección: teoria.derecho@uv.es. Los autores deben mandar dos archivos diferenciados en formato Word o compatible. El primero de ellos será el texto original que deberá estar completamente cegado y no contener ninguna referencia que permita al revisor/a conocer su autoría. En este mismo deberá aparecer el título, resumen y palabras clave en español e inglés. Asimismo, deberá suprimirse cualquier propiedad del archivo que haga referencia al autor o autora. El segundo documento debe contener título del texto, nombre y apellidos del autor, institución de origen, puesto que se ocupa en la actualidad, dirección de correo electrónico, así como los agradecimientos y referencias a proyectos de investigación en los que se enmarque la investigación del artículo.

Adjunto a los anteriores debe remitirse cumplimentado el formulario relativo a la gestión y protección de los datos personales por parte de la editorial de acuerdo con la normativa vigente. Dicho formulario puede encontrarse en la web de la revista: teoriayderecho.tirant.com.

También pueden remitirse por correo postal (copia impresa y en soporte digital) a la siguiente dirección: Revista *Teoría & Derecho*. Editorial Tirant lo Blanch, C/ Artes Gráficas 14, entresuelo, Valencia 46010.

IV. SISTEMA DE CITAS

1. Habida cuenta de la naturaleza de la revista, orientada fundamentalmente a la reflexión y al pensamiento teórico, el Consejo Editorial considera que la forma óptima de presentar las referencias es a través de una nota bibliográfica general situada al final del texto que refleje el estado de la cuestión, los textos más relevantes y la fundamentación de las tesis del autor.

2. Podrá utilizarse también el sistema fecha / autor (o «sistema Harvard») de citas, esto es, referencia en el texto y elenco bibliográfico al final del artículo.

Cuando se opte por este sistema, las citas se insertarán en el texto con un paréntesis que contenga: autor (coma), año de aparición de la obra y número(s) de página(s) precedido(s) de dos puntos. Ejemplo: (Vives, 2011:129).

Si se trata de una segunda (o posterior) edición de la obra, tal circunstancia se indicará con una voladita situada antes del año de publicación. Ejemplo: (Vives, ²2011: 129).

– Al final del artículo se incluirá un elenco con las referencias completas de todas las obras mencionadas, según los criterios que se indican seguidamente.

En el caso de que se citen varias obras del mismo autor, se ordenarán cronológicamente. En la segunda y siguientes menciones, se sustituirán los apellidos y el nombre del autor por una doble raya (—) seguida de un espacio fijo y sin ninguna puntuación antes del paréntesis en el que se indica el año de publicación.

Si se citan varias obras del mismo autor y año, tanto en las referencias del texto principal como en el elenco bibliográfico se ordenarán alfabéticamente con letra minúscula, que se escribirá en cursiva (2011*a*).

Si la obra referenciada es de dos o más autores, únicamente se invertirá el orden del nombre y los apellidos del primer autor de la obra, pero no el de los autores sucesivos. Ejemplo: Pérez López, José, Marisa Fernández García y Javier Rodríguez Jiménez (2015): «Los delitos económicos», *Revista de Penología*, 23 (2), 45-64.

La fórmula anterior es preferible a la de consignar únicamente el nombre del primer autor seguido de las expresiones *et al.* (en cursiva) o «y otros», que también son admisibles.

Tanto en el texto principal como en la bibliografía se utilizarán las comillas angulares o latinas (« »), no las inglesas (“ ”). Si dentro de una oración o segmento de texto ya entrecomillado hay una expresión o un enunciado también entrecomillado, se utilizarán las comillas inglesas: (« “ ” »)

– En todo caso, las referencias completas del elenco bibliográfico deberán ser presentadas de la siguiente forma:

- Libros: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero), año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título del libro (en cursiva y con mayúscula sólo en la inicial de la primera palabra: la mayúscula en todas las palabras del título es una práctica anglosajona), lugar de edición (dos puntos), nombre del editor, (y, eventualmente, colección).

Ejemplo: Vives Antón, Tomás S. (2011): *Fundamentos de derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.

- Capítulos de libro: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero) del (o de los) autores, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título de la obra (entre comillas angulares), responsables subordinados (compiladores, editores, etc., precedidos de «en»; el nombre de pila de los responsables subordinados puede consignarse con la inicial antes del apellido), título del libro (ver arriba), lugar de edición (dos puntos), nombre del editor, (y, eventualmente, colección) y páginas (sin las grafías «pp.»).

Ejemplo: Pérez Pérez, María y Laura Martínez Martínez (2014): «Algunas acotaciones sobre los actuales modelos de teoría de la legislación», en P. Rodríguez Pérez y M. Ramos Ramos (comps.), *Nuevos modelos de teoría de la legislación*, Madrid: Teorema, 34-51.

- Artículos de revista científica: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero) del (o de los) autores, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título del artículo (entre comillas angulares y con mayúscula solo en la primera palabra), nombre de la revista (en cursiva y mayúsculas), (eventualmente, volumen y número de la revista) y páginas (sin las grafías «pp.»).

Ejemplo: Cotterrell, Roger (2015): «The politics of jurisprudence revisited: a Swedish realist in historical context», *Ratio Juris*, 28 (1), 1-14.

- Recursos electrónicos: la inclusión de la referencia de los textos en formato electrónico en el elenco bibliográfico solo será obligatoria cuando el documento *únicamente* sea accesible en la red y no esté publicado en una revista o libro (incluidos los electrónicos). En este caso, la cita deberá presentarse del siguiente modo: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero) del (o de los) autores, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título de la obra, indicación de soporte entre corchetes («[en línea]»), dirección completa y disponibilidad, que empezará siempre con el protocolo de transferencia de hipertexto (http) e irá entre antitildas y con punto después de la antitilda de cierre (< >.), y fecha de consulta (entre corchetes y con punto final antes del corchete de cierre).

Ejemplo: Romero Carrascal, Susana (2008): «Archivos y delitos. La actuación de la Fiscalía de Patrimonio Histórico» [en línea], <<http://www.arxiv.org/index.php/documents/formacio-1/jornades-d-estudi-i-debat-1/228-jed-080528-romero-1/file>>. [Consulta: 12/06/2014.]

V. DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Los autores y autoras ceden en exclusiva a la Revista los derechos de reproducción en revistas científicas de los textos admitidos. Asimismo, permiten al Consejo de la revista distribuir sus contenidos en todas aquellas bases de datos científicas en la que se encuentre indexada la Revista, siempre con el objetivo de asegurar una amplia distribución de los contenidos cedidos por los autores.

VI. ÍNDICES DE CALIDAD Y BASES DE DATOS

Cumple todos los criterios de calidad de revistas establecidos por el Comité 9 CNEAI (sexenios) Journal Scholar Metrics. Revistas Españolas de Derecho
http://www.journal-scholar-metrics.infoec3.es/layout.php?id=rank&subject=law&start=100&order=h5_index&sort=DESC&related=T&country=es
ERIH PLUS (European Index for de Humanities and the Social Sciences) La revista Teoría y derecho ha sido incluida en este índice en febrero de 2017.
<https://dbh.nsd.uib.no/publiseringskanaler/erihplus/periodical/info?id=488762>
Google Scholar Metrics (2011-2015), Índice H de las revistas científicas españolas. La revista es la 81 de 148 posiciones.
CARHUS PLUS : valorada como A
RESH (Revistas españolas de ciencias sociales y humanidades).
Incluida en revistas jurídicas interdisciplinarias. La mejor valorada por los expertos
<http://epuc.cchs.csic.es/resh/indicadores>
DICE (Difusión y calidad editorial de las revistas españolas de humanidades y ciencias sociales y jurídicas) <http://dice.cindoc.csic.es/revista.php?rev=1888-3443>
LATINDEX: cumple 33 criterios, sobre 33.
ISOC: Sumarios Derecho
CIRC: Calificada como B

I. GENERAL CRITERIA FOR SUBMISSIONS TO THE JOURNAL *TEORÍA & DERECHO*

1. All manuscripts submitted for consideration should be original and unpublished.
2. «Debate» and «Estudios» original texts should average between 8.000 and 14.000 words in length, spaced in 1.5, and 12p for the body type. They must be submitted electronically, preferably in Word (or other similar revisable format).
3. Submissions are required to be sent before May 1st. (for December's issue) and before November 1st. (for next year's June's issue).
4. At the beginning of the article, authors must indicate the title of the paper, full name of the author(s), position of the author(s), and the institution they come from.
5. Authors must send their contact information (specifically: address, telephone number and e-mail) within their submission form in order to allow the Journal to maintain regular contact with them.
6. Submissions must include an abstract of 10 lines or 1000 characters and a list of 5-6 key words in Spanish and English languages in any case. Titles must be written in Spanish and English.
7. Submissions should include a Summary, where titles of the different sections of the text are written. Submission structure must follow the so-called «Decimal Numbering System for Chapters and Subheading», and they should be written only with Arabic figures. Sections will be numbered consecutively starting on number 1. Each one can be divided in n sections, from 1 to n ; each subsection can also be divided from 1 to n , and so on: (1., 1.1., 1.2., 1.2.1...) (4., 4.1., 4.1.1., 4.1.2...).
8. Submissions to the section «Temas de Hoy» may omit, fully or partially, the formal requirements mentioned (abstracts, peer review, length and the requirement to be an unpublished work), although the manuscript submitted may accomplished some or all of them. In this case, the Journal *Teoría & Derecho* would mention it.
9. In the case of texts and translations submitted to the «Varia» section, there is no need to comply with the formal requirements mentioned above.

II. PEER REVIEW PROCESS AND REVIEW OF SUBMISSIONS

In order to select the texts to be published, all submissions will be reviewed through a peer review process. The assessment will be carried out by two reviewers. These reviewers, preferably external experts, will be anonymous and they will present their reconsiderations on admitted texts. In order to be published, submissions should obtain a positive assessment of both reviewers. In case of contradiction, the final decision will be taken by the Editorial Board. Authors will receive the reviewers' reconsiderations and they will be given an appropriate period of time to modify their texts according to the comments of the experts.

Reviewers will take into consideration the following: *i)* the thematic suitability; *ii)* the scientific quality and the competence of the arguments presented; *iii)* the appropriateness of the text's structure; *iv)* the opportunity and relevance of the submission in a given research area; and *v)* the acceptance of the data and bibliographical resources used.

Once the revision process undertaken by the experts has finished, the final text to be published will be approved by the Editorial Board of the Journal, which will be competent as well to make orthotypographics, gramatical and writing-style corrections, if necessary.

III. CORRESPONDENCE WITH THE JOURNAL

Manuscripts should be sent to this e-mail address: teoria.derecho@uv.es

Authors must send two different files in Word (or compatible format). First the manuscript which must be completely blind. This is, no reference may let the reviewer know the authorship. In this one, the title, the abstract and the keywords must be include in English and Spanish. Moreover, all the properties of the file referring the author/s must be also erased. The second file should contain: the title, name and surname/s of the author/s, institution, current position, email address, and the acknowledgments and references to the research projects or so on within which the research has been developed.

Attached to the former ones, the form related to the personal data protection and its treatment should be submitted to the editorial, according to the current regulations. This form can be downloaded at the website of the journal: teoriayderecho.tirant.com

Manuscripts can be also sent through postal mail to Revista *Teoría & Derecho*. Editorial Tirant lo Blanch, C/ Artes Gráficas 14, entresuelo, 46010 Valencia.

IV. QUOTES CITATION FORMAT

Only two citation systems can be used:

1. Taking into account the nature of the Journal, which is orientated to theoretical thought, it should be preferred to include the bibliographical references at the end of the article, through a bibliographic note which reflects the state of the question, the most relevant articles and the fundamentals of the author's thesis or reasoning.

2. The date / author citation system (or Harvard system) could also be used. In this case, a list of bibliography must be placed at the end of the document.

Doing this, citations should go in brackets, including author's surname, date of publication and the page / s. For instance, (Vives 2011:129).

If it is a second or later edition, this matter will be indicated with a superscript, written just before the year of publication. For instance, (Vives, ²2011: 129).

– At the end of the article, a complete list of bibliography should be included according to the following criteria:

If several papers of the same author are cited, they should follow a chronological order. In second and subsequent mentions, authors' surnames and names will be substituted by a double line (—), followed by a space, and no punctuation before the brackets, with the year of publication.

If the articles or books are published by the same author in the same year, they will be ordered alphabetically with a lowercase letter written in italics (2001*a*).

If the paper referenced to is written by two or more authors, the order will be changed only in relation to the first author's name and surnames. For instance, Pérez López, José, Marisa Fernández García y Javier Rodríguez Jiménez (2015): «Los delitos económicos», *Revista de Penología*, 23 (2), 45-64.

The previous system will be preferable to the one in which the first author's name is followed by the expression *et al.* (italics) or «and others», although the latter is also allowed.

In the main text and in the bibliography, Latin / Spanish quotation marks (« ») will be used, not English quotation marks (“ ”). English quotation marks can be used whenever an expression and / or part of a sentence is already quoted, within the major sentence (« “ ” »).

– In any case, bibliographical references must be quoted in the following way:

Books: Author's or Authors' Surname / s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the book (italics and capital letter only the initial of the first word, not all the words), place of edition (colon), editor's name, and, eventually, collection.

For instance: Vives Antón, Tomás S. (2011): *Fundamentos de derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Book chapter: Author's or Authors' Surname / s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the chapter (double quotation marks), person in charge of the edition (editor, coordinator, compiler..., preceded by «in»; name of person in charge may be written with the initial before the surnames), title of the book (italics and capital letter only the first letter of the first word, not with all the words), place of edition (colon), editor's name, eventually, collection, and pages (without any graphical symbol).

For instance: Pérez Pérez, María y Laura Martínez Martínez (2014): «Algunas acotaciones sobre los actuales modelos de teoría de la legislación», en P. Rodríguez Pérez y M. Ramos Ramos (comps.), *Nuevos modelos de teoría de la legislación*, Madrid: Teorema, 34-51.

Article of Scientific Journals: Author's or Authors' Surname/s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the article (double quotation marks), title of the journal (italics and capital letters), eventually volumen and issue of the journal, and pages (without any graphical symbol).

For instance: Cotterrell, Roger (2015): «The politics of jurisprudence revisited: a Swedish realist in historical context», *Ratio Juris*, 28 (1), 1-14.

Electronic Resources: References to an electronic resources in the list of bibliography is not compulsory when the resource is only available online and it is not published in a journal or book (even electronic ones). If so, the reference should be as follows: Author's or Authors' Surname/s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the resource (double quotation marks), format between square brackets («[on line]»), link and availability, beginning always with the Hypertext Transfer Protocol (http) and it will be between broken brackets, followed by a stop after the end (< >.), and date of reference (with square brackets and full stop before the end square bracket).

For instance, Romero Carrascal, Susana (2008): «Archivos y delitos. La actuación de la Fiscalía de Patrimonio Histórico» [en línea], <<http://www.arxivars.com/index.php/documents/formacio-1/jornades-d-estudi-i-debat-1/228-jed-080528-romero-1/file>>. [Date of reference: 12/06/2014.]

V. COPYRIGHT NOTICE

The authors of submitted texts agree to assign their copyright and reproduction rights to the Journal. Therefore, the Journal will have exclusive rights to authorize the reproduction public display and / or distribution of the work. The authors authorize the Journal to make the work available and to share its content in scientific databases, in which the Journal is indexed, in order to make sure a greater citation of those contents granted by the authors.

VI. SCIENTIFIC RANKINGS AND DATABASES

The Journal meets the quality criteria established by the “Comité 9 CNEAI” (six-year terms) Journal Scholar Metrics / Spanish Scientific Legal Journals
http://www.journal-scholar-metrics.infoec3.es/layout.php?id=rank&subject=law&start=100&order=h5_index&sort=DESC&related=T&country=es

ERIH PLUS (European Reference Index for the Humanities and Social Sciences). The Journal *Teoría & Derecho* has been indexed in February 2017.

<https://dbh.nsd.uib.no/publiseringskanaler/erihplus/periodical/info?id=488762>

Google Scholar Metrics (2011-2015), H Index of Spanish Scientific Journals. The Journal is ranked 81 out of 148.

CARHUS PLUS : Position A

RESH (Spanish Journals of Social Sciences and Humanities). The journal is the highest ranked within the interdisciplinary scientific journals.

<http://epuc.cchs.csic.es/resh/indicadores>

DICE (Dissemination and editorial quality of the Spanish Scientific Journal of Humanities and Social and Legal Sciences)

<http://dice.cindoc.csic.es/revista.php?rev=1888-3443>

LATINDEX: it meets 33 criteria out of 33.

ISOC: Abstracts in Law

CIRC: Position B

the 1990s, the number of people in the UK who are employed in the public sector has increased from 10.5 million to 12.5 million, and the number of people in the public sector who are employed in health care has increased from 1.5 million to 2.5 million (Department of Health 2000).

There are a number of reasons for this increase. One of the main reasons is the increasing demand for health care services. The population of the UK is ageing, and there is a growing number of people with chronic conditions such as heart disease, diabetes, and cancer. This has led to an increase in the number of people who need to be treated in hospitals and other health care settings.

Another reason for the increase in the number of people employed in the public sector is the increasing demand for health care services. The population of the UK is ageing, and there is a growing number of people with chronic conditions such as heart disease, diabetes, and cancer. This has led to an increase in the number of people who need to be treated in hospitals and other health care settings.

A third reason for the increase in the number of people employed in the public sector is the increasing demand for health care services. The population of the UK is ageing, and there is a growing number of people with chronic conditions such as heart disease, diabetes, and cancer. This has led to an increase in the number of people who need to be treated in hospitals and other health care settings.

A fourth reason for the increase in the number of people employed in the public sector is the increasing demand for health care services. The population of the UK is ageing, and there is a growing number of people with chronic conditions such as heart disease, diabetes, and cancer. This has led to an increase in the number of people who need to be treated in hospitals and other health care settings.

A fifth reason for the increase in the number of people employed in the public sector is the increasing demand for health care services. The population of the UK is ageing, and there is a growing number of people with chronic conditions such as heart disease, diabetes, and cancer. This has led to an increase in the number of people who need to be treated in hospitals and other health care settings.

A sixth reason for the increase in the number of people employed in the public sector is the increasing demand for health care services. The population of the UK is ageing, and there is a growing number of people with chronic conditions such as heart disease, diabetes, and cancer. This has led to an increase in the number of people who need to be treated in hospitals and other health care settings.

A seventh reason for the increase in the number of people employed in the public sector is the increasing demand for health care services. The population of the UK is ageing, and there is a growing number of people with chronic conditions such as heart disease, diabetes, and cancer. This has led to an increase in the number of people who need to be treated in hospitals and other health care settings.

**NORMAS
ÉTICAS Y
DECLARACIÓN
DE BUENAS
PRÁCTICAS**

<http://teoriayderecho.tirant.com>

NORMAS ÉTICAS Y DECLARACIÓN DE BUENAS PRÁCTICAS

Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico es una revista académica que publica trabajos científicos y asume un firme compromiso con el cumplimiento de los estándares éticos y buenas prácticas. Tirant lo Blanch, editor de la revista, y su Comité editorial son responsables de determinar y mantener las siguientes normas en el proceso de selección y aceptación de contribuciones remitidas, así como de asumir las responsabilidades que deriven del proceso de publicación. Asimismo, se comprometen a velar por la ética y la calidad científica y académica de la revista, y a que todas las partes involucradas acepten y respeten los principios que siguen.

OBLIGACIONES DE LOS AUTORES

Los autores de los artículos deberán respetar las siguientes obligaciones, así como cumplir las instrucciones para los autores que pueden encontrarse en la página web de la Revista y que se incluyen en cada número.

Los autores se comprometen a presentar manuscritos que no estén sujetos a consideración o que hayan sido enviados previamente a otras publicaciones, y a someterlos a un proceso anónimo de revisión. La investigación debe haber sido desarrollada de acuerdo con estándares éticos e incluirse en la publicación, de modo que se aporte la suficiente información para permitir la réplica académica. Todos los autores deben mencionar las fuentes de financiación que les ha permitido llevar a cabo la investigación y alcanzar los resultados pertinentes, así como la posible influencia de estos en los mismos.

Los artículos remitidos deben ser trabajos completamente originales y, en el caso de que los autores hayan utilizado el trabajo y/o fragmentos de otros, estos deben ser citados de forma adecuada, según las indicaciones anteriormente referidas. Cualquier forma de plagio constituye una práctica contraria a estas buenas prácticas y no se aceptará bajo ninguna circunstancia. Los autores no deben plagiar, práctica por la que se entenderá una copia literal o casi literal, una paráfrasis del texto o de los resultados de la investigación de otros autores.

No es adecuado que un autor remita más de un trabajo en los que se describa una misma investigación, a menos que se trate de una remisión de un artículo rechazado para su publicación en otra revista.

En caso de conocer un error fundamental o una imprecisión relevante en los trabajos ya publicados, los autores deben comunicarlos a la revista.

OBLIGACIONES ÉTICAS DE LOS EDITORES

Los editores son responsables del cumplimiento de las obligaciones anteriormente enunciadas, deben velar por asegurar la calidad científica y académica de *Teoría & Derecho*, y son los principales responsables de la legalidad en materia de propiedad intelectual, derechos de autor, infracción y plagio.

El editor debe respetar la independencia intelectual de los autores y considerar todos los originales remitidos para su publicación, valorando cada una de las contribuciones de forma objetiva. También es el responsable de garantizar a autores y revisores que los manuscritos serán sometidos a un proceso de revisión anónimo. La decisión última y la responsabilidad sobre la aceptación o rechazo de un original recaerá en el Comité editorial.

Es obligación de los editores buscar revisores, que serán escogidos por razón de su prestigio, conocimientos y buen juicio, y valorarán la calidad científica de los trabajos remitidos a la revista. No obstante, los trabajos pueden ser rechazados para su publicación sin revisión externa si, a juicio de los editores, el trabajo es inapropiado para ser publicado en la revista. Esta decisión deberá basarse en la inadecuación del trabajo al contenido y la línea de la revista, la ausencia de actualidad o de suficiente interés, la

incorrección formal, o cualquiera otra razón relacionada con el ámbito de la revista. Los artículos, por tanto, se valorarán únicamente con base en su contenido, con independencia de intereses comerciales y sin discriminación de tipo étnico, racial, ideológico, religioso, de género o cualquier otra hacia el autor.

Los editores deben comunicar el resultado de los informes de valoración a los autores sin revelar ningún tipo de información acerca de la identidad de los revisores, pero informarán de los criterios utilizados por estos a la hora de evaluar el trabajo de cara a su publicación.

Los miembros del Comité editorial y cualquier otro editor no deben desvelar ningún tipo de información sobre un original sometido a consideración a nadie más que aquellos a quienes se solicite asesoramiento académico o científico. La confidencialidad debe ser protegida en todo caso durante el proceso de revisión (de los revisores para el autor, y viceversa). Los editores se abstendrán de participar de la evaluación y cualquier otro proceso editorial que incluya manuscritos en caso de tener algún conflicto de interés a causa de una posible relación competitiva, de colaboración o de otro tipo con cualquiera de los autores del manuscrito presentado.

La información no publicada, los argumentos o las interpretaciones contenidas en un original remitido a la revista no podrán ser utilizados en investigaciones desarrollada por los editores.

OBLIGACIONES DE LOS REVISORES

Los revisores tienen el deber de enjuiciar y valorar de forma objetiva la calidad de los originales, así como su originalidad, haciendo especial hincapié en el mantenimiento de la calidad científica y los estándares científicos. Los revisores ayudan a los editores en la toma de decisiones y pueden asistir a los autores a la mejora de los trabajos.

El revisor advertirá al editor de cualquier similitud sustantiva entre el manuscrito bajo revisión y cualquier artículo o manuscrito similar enviado o publicado en cualquier otra revista o editorial.

Los revisores deben actuar de forma adecuada, remitiendo su informe de valoración en el plazo establecido, aun de modo aproximado. Cuando un revisor propuesto considere no que no es la persona idónea o apta para valorar de la investigación presentada o que sepa que no será posible cumplir los plazos para la revisión, deberá notificar al editor y excusarse tan pronto como sea posible.

Los revisores deben considerar un original sometido a revisión como un documento confidencial. Nunca deberá ser mostrado o discutido con terceros, salvo en casos excepcionales en los que podrá consultarse a personas que puedan asesorar científica o académicamente; en estos supuestos, las identidades de las personas consultadas deben ser reveladas al editor.

CORRECCIONES Y RETRACTACIÓN

En caso de reconocer algún dato o información publicado en la revista *Teoría & Derecho* como falso, erróneo, engañoso o fraudulento, los editores deberán informar a los autores de estas circunstancias y esperar una respuesta de los mismos antes de tomar una decisión editorial. En caso de no quedar satisfechos con la respuesta o si no hay ninguna, los editores podrán decidir retractarse de lo publicado previo acuerdo del Consejo editorial.

La revista *Teoría & Derecho* atenderá cualquier reclamación y queja sobre los contenidos publicados a través de la dirección teoria.derecho@uv.es. Los editores se comprometen a hacer un seguimiento y proceder a la revisión y, en su caso, retractación si estos son necesarios.

Cuando proceda una retractación o una corrección de lo publicado en la revista, los editores se guiarán por los principios contenidos en las Guidelines for Retracting Articles del Committee on Publication Ethics (COPE).

ETHICAL GUIDELINES FOR JOURNAL PUBLICATION

Teoría & Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico is an academic journal publishing scientific articles with a firm commitment with the meeting of these ethical standards and good practices. Tirant lo Blanch, as editor of the journal, and its Editorial Board have the responsibility to establish and maintain the guidelines to select and accept papers submitted to this journal, assuming those responsibilities arising from the publishing process. Also, they fully commit to ensure that all parties involved meet the ethics, scientific and scholar standards.

ETHICAL OBLIGATIONS OF AUTHORS

The authors are expected to adhere to the following ethical guidelines and to respect the instructions for authors, posted to the website of the Journal and included within each issue.

The authors commit to submit originals which are not submitted to another journals, and to submit them to a double blind review process. The research conducted should be developed according to ethical standards, including sufficient information in the article to allow an academic response. The authors should refer the funding resources to develop the research and achieve the results, as well as the possible influence of these resources in the results.

The authors should ensure that they have written entirely original works, and if the authors have used the work and/or words of other, that this has been appropriately cited. Plagiarism in all its forms constitutes unethical and publishing behavior and is not acceptable. Authors should not engage in plagiarism —verbatim or near— verbatim copying, or very close paraphrasing, of text or results from another's work.

It is improper for an author to submit manuscripts describing essentially the same research to more than one journal of primary publication, unless it is a resubmission of a manuscript rejected for or withdrawn from publication.

When a fundamental error or a relevant inaccuracy within already published articles is known, the authors should advertise it to the editors.

ETHICAL OBLIGATIONS OF EDITORS

The Editor should be responsible for the accomplishment of these and above obligations, and shall ensure the scientific and academic quality of the journal *Teoría & Derecho*, including the respect of legal issues concerning submissions to this Journal, specially intellectual property rights.

The editor should respect the intellectual independence of authors and should consider manuscripts submitted for publication, judging each on its own merits. They are also in charge to ensure that authors and reviewers get involve in a double blind review process. The final decision and the responsibility for acceptance or rejection of a manuscript rests with the Editorial Board.

The editor is required to seek advice from reviewers, who will be chosen for their expertise and good judgment, as to the quality and reliability of manuscripts submitted for publication. However, manuscripts may be rejected without external review if considered by the editors to be inappropriate for the journal. Such rejections may be based on the failure of the manuscript to fit the scope of the journal, to be of current or sufficiently broad interest, to provide adequate depth of content, to be written properly, or other reasons related to the journal. Therefore, contributions may be reviewed solely according to their contents, regardless their commercial interest and without discrimination on the basis of racial, ideological, religious, gender, or any other feature of the author.

The editor should inform about the result of the assessment reports to the authors without disclosing any detail about the reviewers' identity, but the editor should provide the most detailed information about the criteria used by the reviewers to assess the submission.

Members of the Editorial Board and members of the editor's staff should not disclose any information about a manuscript under consideration to anyone other than those from whom professional advice is sought. Confidentiality shall be protected in any case during the peer-review process. The editor should refrain from participating in the review process in case of any conflict of interest due to a competitive or collaboration relation with the author/s of the submission.

Unpublished information, arguments, or interpretations disclosed in a submitted manuscript should not be used in an editor's own research.

ETHICAL OBLIGATIONS OF MANUSCRIPT REVIEWERS

Reviewers have an obligation to do a fair share of reviewing. A reviewer of a manuscript should judge objectively the quality of the manuscript and its originality, with due regard to the maintenance of high scientific and theoretical standards. A reviewer should call to the editor's attention any substantial similarity between the manuscript under consideration and any published paper or any manuscript submitted concurrently to another journal.

The reviewer should inform the editor about any substantive similarity of the submission under review with any other submission or published article in any other journal or publication.

Reviewers should act promptly, submitting a report in a timely manner. A chosen reviewer who feels inadequately qualified to judge the research reported in a manuscript or knows that its prompt review will be impossible should notify the editor and excuse himself from the review process as soon as possible.

A reviewer should treat a manuscript sent for review as a confidential document. It should neither be shown to nor discussed with others except, in special cases, to persons from whom specific advice may be sought; in that event, the identities of those consulted should be disclosed to the editor.

CORRECTIONS AND RETRACTION

In case of misconduct, inaccuracy or any fraudulent, false or misleading information published in the journal *Teoría & Derecho*, the editor should consult the author/s giving them the opportunity to respond to any allegations before taking an editorial decision. In case of insufficient or lack of response, the editor may decide to adopt a formal retraction or withdrawal of a publication from the journal, in conjunction with informing the head of the author or reviewer's department, Abstracting & Indexing services and the readership of the publication, with the agreement of the Editorial Board.

The journal *Teoría & Derecho* will take account of any claim and complaint about the published contents through the email teoria.derecho@uv.es. The editor is fully committed to follow them up and proceed to the review and, when applicable, to the retraction.

When a retraction or corrections proceed, the editor will follow the Guidelines for Retracting Articles del Committee on Publication Ethics (COPE).

the 1990s, the number of people in the UK who are employed in the public sector has increased from 10.5 million to 12.5 million, and the number of people in the public sector who are employed in health care has increased from 2.5 million to 3.5 million (Department of Health 2000).

There are a number of reasons for this increase in the number of people employed in the public sector. One of the main reasons is the increasing demand for health care services. The population of the UK is ageing, and there is a growing number of people with chronic conditions who require long-term care. This has led to an increase in the number of people employed in health care, particularly in the public sector.

Another reason for the increase in the number of people employed in the public sector is the increasing demand for social care services. The population of the UK is ageing, and there is a growing number of people who require long-term care. This has led to an increase in the number of people employed in social care, particularly in the public sector.

A third reason for the increase in the number of people employed in the public sector is the increasing demand for education services. The population of the UK is growing, and there is a growing number of people who require education. This has led to an increase in the number of people employed in education, particularly in the public sector.

There are a number of challenges facing the public sector in the UK. One of the main challenges is the increasing demand for services. The population of the UK is ageing, and there is a growing number of people who require long-term care. This has led to an increase in the number of people employed in health care, particularly in the public sector.

Another challenge facing the public sector is the increasing demand for social care services. The population of the UK is ageing, and there is a growing number of people who require long-term care. This has led to an increase in the number of people employed in social care, particularly in the public sector.

A third challenge facing the public sector is the increasing demand for education services. The population of the UK is growing, and there is a growing number of people who require education. This has led to an increase in the number of people employed in education, particularly in the public sector.

There are a number of ways in which the public sector can meet these challenges. One way is to increase the number of people employed in the public sector. This can be done by recruiting more people to the public sector and by providing training and development opportunities for existing staff.

Another way in which the public sector can meet these challenges is to improve the efficiency of its services. This can be done by streamlining processes and by using technology to improve service delivery.

Apuesta por Tirant Online, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa de España.*





www.tirantonline.com

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- * Biblioteca Virtual
- * Herramientas Salariales
- * Calculadoras de tasas y pensiones
- * Tirant TV
- * Personalización
- * Foros y Consultoría
- * Revistas Jurídicas
- * Gestión de despachos
- * Biblioteca GPS
- * Ayudas y subvenciones
- * Novedades

* Según ranking del CSIC

 96 369 17 28

 96 369 41 51

 atencionalcliente@tirantonline.com

 www.tirantonline.com