

**CIUDADANÍA Y DERECHOS
DE LAS PERSONAS MAYORES**

CIUDADANÍA Y DERECHOS DE LAS PERSONAS MAYORES

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada*

GRANADA

EDITORIAL COMARES, S.L.

2013

BIBLIOTECA COMARES DE CIENCIA JURÍDICA

Director de publicaciones
ANA DEL ARCO BLANCO

COLECCIÓN: CRÍTICA DEL DERECHO

SECCIÓN: DERECHO VIVO **46**

Director de la colección
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

Este libro se ha publicado en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación de Referencia DER2010-21101 (Subprograma JURI). «La edad de jubilación: un replanteamiento atendiendo a los cambios en el ciclo vital de las personas»



Esta es una publicación de acceso abierto, disponible en línea y distribuida bajo los términos de Creative Commons Attribution – Non Commercial – No Derivatives 4.0 Licencia internacional (CC BY-NC-ND 4.0), una copia de la cual está disponible en <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

José Luis Monereo Pérez

De esta edición: EDITORIAL COMARES

C/ Gran Capitán, 10-bajo
18002 Granada

TFNO.958465382•FAX 958 27 27 36

www.editorialcomares.com

[HTTP://www.comares.com](http://www.comares.com)• E-MAIL: libreriacomares@comares.com

ISBN:978-84-9045-057-4•DepósitoLegal:GR-965-2013

Printed in Spain

SUMARIO

I. CIUDADANÍA Y POLÍTICAS PÚBLICAS DIRIGIDAS A LAS PERSONAS MAYORES. . .	1
I.1. Evolución demográfica y diseño de las políticas públicas dirigidas a las personas mayores	1
I.2. La ciudadanía en el marco del Estado Social de Derecho. En particular: Los derechos sociales como derechos de «desmercantilización»	9
I.3. La garantía internacional de los derechos fundamentales de las personas.	26
1.3.1. El constitucionalismo social y la efectividad de los «derechos fundamentales»	26
1.3.1.1. La variedad de fórmulas de reconocimiento jurídico de los derechos de los mayores	26
1.3.1.2. Las «capacidades» de las personas mayores y su «juridificación».	37
II. LOS NUEVOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LOS DERECHOS SOCIALES DE LAS PERSONAS MAYORES	53
III. PRINCIPALES TEXTOS INTERNACIONALES DONDE SE «PROCLAMAN» O «GARANTIZAN» LOS DERECHOS DE LOS MAYORES	65
III.1. Las Naciones Unidas, el envejecimiento activo y los derechos de las personas mayores	65
III.1.1. Envejecimiento activo. El programa de la ONU sobre el envejecimiento	65
A. Perspectiva general	65
B. Los derechos de los mayores como «principios» y «objetivos»	65
III.2. La Organización Internacional del Trabajo y la protección de las personas mayores	79
III.3. Las políticas sobre el envejecimiento activo en Europa	80
III.3.1. Evolución de las políticas europeas sobre envejecimiento activo	83
III.3.2. Principales políticas actuales de envejecimiento y derechos de los mayores (Perspectiva de «Teoría general»)	91
A. Las principales políticas de envejecimiento activo	91
B. Mantenimiento de las capacidades de los mayores: señaladamente autonomía personal e integración social. Edades y capacidades	118
IV. EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MAYORES.	135
IV.1. Los derechos de las personas mayores garantizados como derechos fundamentales	135

A.	Los Textos de Derecho Internacional General	137
B.	Los Textos de Derecho Europeo y sus garantías. En particular: El Modelo normativo de garantía diseñado en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.	138
IV.2.	Valoración general del conjunto de garantías: Las garantías de los dere- chos fundamentales de los mayores entre continuidad y renovación . . .	167
V.	SOBRE LA NECESIDAD DE ORGANIZAR UNA POLÍTICA DEL DERECHO INTEGRAL PARA LAS PERSONAS MAYORES.	169
V.1.	Elementos fundamentales de la estrategia integral	169
V.2.	Iniciativas para mejorar la posición de las personas mayores en la sociedad del envejecimiento activo y de la solidaridad entre Genera- ciones.	176
VI.	TEXTOS JURÍDICOS ANEXOS SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PER- SONAS MAYORES (SELECCIÓN)	181
1.	Principios de la Naciones Unidas en Favor de las Personas de Edad (Adoptado el 16 de diciembre de 1991 –Resolución 46/91)	181
2.	Hacia un Instrumento Jurídico Internacional amplio e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas de edad (adoptado por las Naciones Unidas en la Sexagésimo séptimo período de sesiones, el 13 de febrero de 2013)	183
3.	Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (adoptado y abierto a la firma. Ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 (entrada en vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27) (selección)	187
4.	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Adoptada en Estrasburgo, el 12 de diciembre de 2007; versión posterior idéntica de 2010/C 83/02) (Selección)	193
5.	Carta Social Europea, versión Revisada (Adoptada en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996) (Selección)	197
6.	Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe (Adoptada en la tercera Conferencia regional intergu- bernamental sobre envejecimiento en América Latina y el Caribe, cele- brada en San José de Costa Rica, el 8 al 11 de mayo de 2012, organizada por la CEPAL y el Gobierno de Costa Rica)	205

I. CIUDADANÍA Y POLÍTICAS PÚBLICAS DIRIGIDAS A LAS PERSONAS MAYORES

Si la factibilidad fuera una condición necesaria para que las personas tuviesen derechos, entonces no sólo los derechos económicos y sociales, sino todos los derechos, incluso el derecho a la libertad, serían absurdos, dada la no factibilidad de asegurar la vida y la libertad a todos contra las violaciones. Garantizar que cada persona es «dejada sola» nunca ha sido particularmente fácil (...). Rechazar las exigencias de derechos humanos por su factibilidad incompleta significa ignorar que un derecho no realizado del todo es un derecho que exige reparación. La no realización no hace por sí misma que un derecho reclamado sea un no derecho. En su lugar mueve a más acción social. Excluir todos los derechos económicos y sociales del *sancta sanctorum* de los derechos humanos, y reservar ese espacio sólo para la libertad y otros derechos de primera generación, supone trazar una raya en la arena muy difícil de mantener

Amartya SEN¹

I.1. Evolución demográfica y diseño de las políticas públicas dirigidas a las personas mayores

La evolución demográfica en los últimos años se presenta como una situación a tener en cuenta para una reflexión sobre los derechos de ciudadanía y la exigibilidad de los derechos de las personas mayores. Las políticas públicas sociales deben atender a estos cambios para su correcto diseño en general y en particular para las de carácter social. Igualmente va a condicionar su desarrollo y va a hacer aparecer nuevas y distintas formas de protección que las que en un primer momento fueron establecidas por los sistemas de protección social clásicos.

La evolución demográfica que se está produciendo a nivel mundial y especialmente en los países europeos desemboca en un envejecimiento de la sociedad,

¹ SEN, A.: *La idea de la justicia*, Buenos Aires/Madrid, Ed. Taurus, 2011, pág. 417.

que, además, se acelera por el bajo índice de natalidad². En esta evolución coinciden dos fenómenos: por una parte, se espera una mayor esperanza de vida, y actualmente se desconocen los límites de ese aumento; y, por otra, el bajo índice de natalidad en los países desarrollo y señaladamente en Europa. El incremento del índice de natalidad casi con toda probabilidad no será suficiente para frenar la aceleración del envejecimiento.

Ahora bien, se debe evitar tener al respecto una visión simplificadora y meramente negativa, cuando no estigmatizadora de los mayores. El envejecimiento de los mayores, su mayor esperanza de vida, constituye un éxito de los sistemas públicos de Estado Social de Derecho. Es lo cierto que, como se ha señalado, por primera vez en la historia la inmensa mayoría de los ciudadanos europeos pueden llevar una vida activa, sana y participativa hasta una edad avanzada. Igualmente, las sociedades en proceso de envejecimiento presentan nuevas oportunidades para las empresas innovadoras a través de una demanda de bienes y servicios nuevos o adaptados³.

Es preciso abordar el impacto del envejecimiento de la población sobre los modelos sociales y el sistema de derechos de los mayores. El reto planteado es amplio, y omnicompreensivo al abarcar: el debate sobre la modernización de los sistemas de Seguridad Social y la prolongación de la vida activa, la Estrategia de Empleo, la estrategia para el empleo sostenible, la política educativa, el método abierto de coordinación en materia de pensiones, asistencia sanitaria, dependencia y cuidados de larga duración, estrategia de lucha contra la exclusión social, estrategia de integración de los jóvenes, así como el avance hacia unas finanzas públicas sostenibles en el contexto de una estrategia de estabilidad y crecimiento responsable.

Las necesidades sociales —viejas y nuevas— se disparan y se incrementan ostensiblemente. En cualquier caso, los costes que generará ese envejecimiento no se corresponden solamente a un mayor gasto en pensiones, sino también en lo que respecta al orden sanitario, farmacéutico, de dependencia, de servicios sociales en general, etcétera. Aumentará la necesidad de que el sector público proporcione

² Puede consultarse BAZO, M.^a T.: *La institución social de la jubilación: De la sociedad industrial a la postmodernidad*, Valencia, NauLlibres, Edicions Culturals Valencianes, 2001; *id.*: «Envejecimiento poblacional y mercado de trabajo: Nuevos desafíos», en MERCADER UGUINA, J. R. (Dir.): *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*, Valladolid, Lex Nova, 2009, págs. 97 a 114; VV. AA.: *Envejecimiento poblacional y el reto de la dependencia. El desafío del envejecimiento en los sistemas sanitarios y sociales de España y Europa*, Bazo, M.^a T. (Coord.), Valencia, NauLlibres-Edicions Culturals Valencianes, 2012, págs. 17 y sigs.; IMSERSO: *Atención a las personas en situación de dependencia. Libro Blanco*, Madrid, Imsero, 2005.

³ Comunicación de la Comisión Europea, «Abordar los efectos del envejecimiento de la población de la UE (*Informe de 2009 sobre el envejecimiento demográfico*)», COM(2009) 180 final, Bruselas, 29. 4. 2009, pág. 2.

transferencias y servicios relacionados con la edad. En este contexto, los mayores se convierten en un colectivo vulnerable, dada su posición de debilidad en las diversas esferas de la sociedad.

Las tendencias demográficas implicarán un aumento muy significativo del gasto público social en pensiones, sanidad, dependencia y servicios sociales en todos los Estados. Así, en Europa, casi todos los Estados miembros de la Unión Europea han endurecido los requisitos para poder optar a una pensión pública, prestaciones o servicios sociales públicos, especialmente aumentando la edad de jubilación y restringiendo el acceso a regímenes de jubilación anticipada; estableciendo el copago sanitario y farmacéutico; restringiendo el acceso a los servicios sociales y las prestaciones económicas en la situación de dependencia, etcétera.

En el caso particular de las pensiones estas reformas, aunque generalmente se introducirán de forma paulatina en un largo periodo, llevarían a un aumento de la tasa de *actividad* de los trabajadores de más edad, que también podría obtenerse reforzando la relación entre las pensiones y las cotizaciones, aumentando así los incentivos para permanecer en el mercado laboral. Aunque las tasas de empleo de los trabajadores de más edad han aumentado en los últimos años, aún queda mucho margen de mejora. Sólo alrededor del 50% de los cuidados de la UE siguen ocupados a la edad de sesenta años. Con todo, más allá de una opción político-ideológica concreta resulta innegable que el envejecimiento de la población exige la predisposición de medidas de adaptación del sistema de pensiones a las nuevas realidades demográficas. Los sistemas de pensiones no son simplemente un instrumento de ahorro, sino un sistema de aseguramiento contra los riesgos de la vejez, la incapacidad permanente y la muerte. Una sociedad comprometida con la justicia social es aquella que garantiza un estándar de vida digna a las personas mayores, evitando su marginación y su empobrecimiento.

En la lógica interna de contención/reducción del gasto, las reformas llevan igualmente a una disminución gradual de la proporción que representan las pensiones públicas en el conjunto de pensiones. El análisis reciente indica que los ingresos relativos de los futuros pensiones en la Unión Europea disminuirán sustancialmente en algunos Estados miembros. Incrementando el riesgo de pobreza en la vejez.

Paralelamente a la reforma de sus sistemas públicos de pensiones, muchos países han introducido, y se proponen ampliar el espacio asignado a los regímenes de pensiones complementarias (pensiones privadas).

Por otra parte, se prevé que los sistemas de asistencia sanitaria de la UE habrán de afrontar importantes retos en el futuro; el gasto público de la UE, paradigmáticamente, en asistencia sanitaria aumentaría 1,5 puntos porcentuales del PIB de aquí a 2060.

—Una población de más edad también requiere un aumento del gasto en cuidados de larga duración (vinculados a la situación de dependencia). Considerando

las políticas actuales, se prevé que el gasto público en cuidados de larga duración aumente un 1,25% del PIB de aquí a 2060 debido a que las personas de edad muy avanzada (superior a 80 años) constituirán la categoría de edad que aumentará más rápidamente en el futuro. Una vez más, los factores demográficos no serán los únicos factores, el cuidado de las personas de edad dependientes lo realizan en gran medida sus familiares. La modificación de las estructuras familiares, la mayor tasa de actividad de las mujeres y la creciente movilidad geográfica podrían reducir la disponibilidad de esta asistencia de carácter informal. Para los países que tienen sistemas de asistencia menos desarrollados, el aumento previsto del gasto en cuidados de larga duración podría subestimar las futuras presiones que dicho aumento provocaría sobre los recursos públicos⁴.

Ello plantea problemas típicamente «civilizatorios» de dimensión estructural y no meramente coyuntural, a saber: la «sociedad del envejecimiento» (que es también la realidad de una «sociedad envejecida») y los dilemas para el desarrollo de la dignidad humana en todas las etapas del ciclo de vida («en todas las edades»). Lo cual obligará a redefinir institucionalmente la organización de la sociedad.

En ese escenario es donde se tendrán que producir las adaptaciones, reformas e incluso «invención» de nuevos derechos en sentido jurídico. Invenciones, adaptaciones y reformas necesarias en el sistema de protección social (su ideal de cobertura) y en el considerado estándar de derechos fundamentales de los mayores y, más explícitamente, respecto de la jubilación, la dependencia de los mayores, la sanidad y servicios sociales. Cuestión central es la interrelación y comunicabilidad entre todas las «ramas de protección social pública» en la línea —sobre la que después me detendré— de una reforma integral y un tratamiento conexo y coherente.

Las disfuncionalidades de una mala o deficiente estructura del sistema vigente tienen sus límites y sus efectos con el transcurso del tiempo se agotan. Por ello, se hace necesario buscar nuevas fórmulas de cálculo de las pensiones, eliminar las medidas contradictorias que pueden neutralizarse entre sí, unificar las fórmulas de cálculo de todas las pensiones, e incluso repensar las propias pensiones mínimas, entre otros efectos. Será preciso articular medidas de racionalización (fines y medios) de la sanidad pública y de los servicios de dependencia y de los servicios sociales.

Estos cambios necesarios e importantes, pero susceptibles de distintas opciones de política del Derecho, se refieren al buen funcionamiento del sistema de protección social, pero sus efectos tendrán carácter temporal.

⁴ Comunicación de la Comisión Europea, «Abordar los efectos del envejecimiento de la población de la UE (*Informe de 2009 sobre el envejecimiento demográfico*), COM (2009) 180 final, Bruselas, 29. 4. 2009, págs. 5-6.

Ante esta nueva situación, será necesario acometer la reforma desde otras perspectivas, pues anteriormente, en los sucesivos cambios que se han venido produciendo en los instrumentos de protección social pública, nunca la evolución demográfica se consideraba de vital trascendencia.

(a) Las reformas que la situación demográfica vaya exigiendo no deberían significar un cambio radical del modelo actual. En particular en materia de pensiones, no debería suponer un cambio del modelo actual de reparto y de responsabilidad del Estado, pues es el modelo que a lo largo de toda la historia de la Seguridad Social mejor ha sabido adaptarse a las cambiantes situaciones sociales que constantemente se han venido produciendo.

(b) Los cambios que previsiblemente va a exigir la evolución y el contexto demográfico no deberían significar (implicar) una reducción del nivel de protección social hasta ahora alcanzado. Esa no debería ser la alternativa, pues hay modelos de solución más aceptables por la propia sociedad. Así, en caso de la pensión de jubilación, como es hacer coincidir paulatinamente la edad real con la edad legal de jubilación, modelo que puede incluir incluso la voluntariedad. Con esos mecanismos, se trata, en cualquier caso, de garantizar y superar el nivel de protección alcanzado y la confianza en el futuro de las pensiones.

(c) La utilización de otros mecanismos de protección social complementarios (por ejemplo, para completar las pensiones públicas) no debería aparecer como un mecanismo intrínsecamente perverso en sí mismo, sino como una solución para alcanzar un nivel más óptimo de protección, pues dependerá la concreta combinación entre lo público y lo privado y de su orientación estrictamente complementaria o de su carácter sustitutivo. La concertación social y la negociación colectiva no deberían ignorar esos mecanismos complementarios de protección de las personas. Probablemente, sería socialmente valorado y considerado como un elemento de solidez y madurez del sistema público. La protección complementaria a través de la iniciativa privada colectiva, puede contribuir al mantenimiento o a una mayor aproximación al nivel de ingresos o servicios alcanzados en la situación de activo.

Todo ello plantea la dialéctica público versus privado en los sistemas de protección social, dentro de dos lógicas operativas muy distintas: bien como combinación público/privado (sistemas de bienestar activos y positivos) o bien como sustitución (remercantilización y privatización).

El envejecimiento demográfico no puede ser contemplado como una mera redistribución de equilibrios en la pirámide de edades. En efecto, representa una de las mutaciones sociales más importantes en curso en la línea de lo que se podría decir, «*democratización*» de la *supervivencia*. Se trata de una transformación cualitativa que ha supuesto un cambio en las relaciones cuantitativas entre edades, e incluso la misma significación de estas en el ciclo vital de las sucesivas generaciones, y asimismo las relaciones intergeneracionales en cada fase histórica. Conviene

recordar, nuevamente, que el envejecimiento de las poblaciones constituye un éxito de las políticas de salud pública y, en general, del desarrollo social y económico. Sin duda es un triunfo, aunque también un desafío que nunca puede alcanzar a convertirse de modo simplificador en un «problema social». Tiene una innegable dimensión positiva. Hay que tener en cuenta que la generalización de la libertad es tanto el fin principal del desarrollo como su medio principal. El desarrollo consiste en la eliminación de algunos tipos de falta de libertad, de manera que la eliminación de la falta de libertades fundamentales es una parte constitutiva del desarrollo⁵.

Como ha señalado la OMS el envejecimiento activo y saludable es el proceso de optimización de las oportunidades de salud, participación y seguridad, con el fin de mejorar la calidad de vida a medida que las personas envejecen. Se aplica tanto a los individuos como a los grupos de población. «Salud» se refiere al bienestar físico, mental y social. «Activo» hace referencia a una participación continua en las cuestiones sociales, económicas, culturales, espirituales y cívicas, no solo referidas a la capacidad de estar físicamente activo o de participar en la fuerza laboral⁶. La participación activa social, cultural, económica y política de las personas mayores dependerá de que se asuma una imagen correcta y positiva de la edad. Pero también será necesario erradicar las actitudes contrarias a las personas mayores. Las personas deben poder participar activamente en la toma de decisiones.

Esto conduce a potenciar una *ciudadanía activa*. El enfoque del envejecimiento activo fue adoptado por la OMS a finales de los años noventa. Es de destacar que viene a sustituir la planificación estratégica sobre las personas mayores, basada en las «necesidades», por la basada en «los derechos» a la igualdad de oportunidades y de trabajo en todos los aspectos de su ciclo vital, haciendo más hincapié a medida que envejecen. La idea del envejecimiento activo se proyecta a las personas individualmente y a los grupos de población. Se trata de un camino a recorrer, cuya meta final está en conseguir que cada persona, realice su potencial de bienestar físico, social e intelectual, a lo largo de toda su vida y por lo tanto, pueda participar en la sociedad, y especialmente atendiendo a las necesidades para las personas mayores: autonomía o capacidad de controlar, afrontar y tomar decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias; independencia como la capacidad de desempeñar las funciones relacionadas con la vida diaria; calidad de vida sería la percepción individual de la propia posición en la vida dentro del contexto del sistema de valores en que se vive. Ello vendrá determinado,

⁵ SEN, A.: *Desarrollo y libertad*, Buenos Aires, Editorial Planeta, 2000, pág. 16.

⁶ COMISIÓN EUROPEA: «Plan estratégico de aplicación de la cooperación de innovación europea sobre el envejecimiento activo y saludable», 7. 11. 2011.

en no poco, por su capacidad para mantener la autonomía y la independencia. En este orden de ideas, hay que entender por esperanza de vida saludable el derecho a una esperanza de vida libre de discapacidades y con posibilidades reales de desarrollar las oportunidades vitales. Este enfoque de política social no significa desconocer que el envejecimiento comporta en sí una exigencia de adaptación de los sistemas públicos de protección social. Y, en verdad, aunque en una perspectiva excesivamente unilateral de contención del gasto público en protección social, en las últimas décadas se viene produciendo en los países europeos reformas en materia de pensiones marcadas, ante todo, por la preocupación preferente de la viabilidad financiera del sistema de pensiones. El programa reformista ha sido objeto de una cuidadosa planificación —previa y dinámica— a escala de la Unión Europea, con la realización simultánea de políticas nacionales análogas, y, sobre todo, coordinadas en sus objetivos compartidos (en lo principal)⁷. En este sentido una política preventiva exige la preparación para el envejecimiento de la población agravada en una coyuntura de crisis económica estructural⁸.

Por otra parte, la crisis económica y financiera ha llevado a un descenso vertiginoso de la actividad económica y a una recesión mundial, con un incremento del desempleo y grave deterioro de los positivos avances de la actividad económica y de la protección llevados a cabo por los Estados en las últimas décadas.

Pero al final se impone la constitución económica neoliberal (la razón o «sinrazón» económica) sobre la constitución social (la razón de la sociedad) y su reflejo en el gasto público social: políticas de «contención», «austeridad» y «reducción» del gasto público social. Necesario es subrayar que se trata ante todo de una «austeridad social», esto es, una reducción preferente del gasto social más que otra partida de gasto público. En la Unión Europea se ha puesto de manifiesto que las políticas sociales han tenido un carácter subordinado respecto a los objetivos económicos de rentabilidad y estabilidad económica. La crisis y las respuestas institucionales a la misma agravan los efectos económicos del envejecimiento demográfico sobre los sistemas de protección social. La gobernanza económica de la Unión Europea se ha centrado en la austeridad del gasto público social, sin equilibrio con otras partidas del gasto y relegando a un segundo plano los objetivos de crecimiento económico y progreso social. En particular, para los sistemas de pensiones por reparto, la ralentización de la economía real está produciendo presiones presupuestarias adicionales sobre la financiación y sobre las cotizaciones. En cuanto a

⁷ Véase MONEREO PÉREZ, J. L.: «La nueva fase del desarrollo del Pacto de Toledo: el acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección Social», en *Relaciones Laborales*, núm. 24 (2001), págs. 11 y sigs.

⁸ Comunicación de la Comisión Europea, «Abordar los efectos del envejecimiento de la población de la UE (*Informe de 2009 sobre el envejecimiento demográfico*)», COM(2009) 180 final, Bruselas, 29. 4. 2009, págs. 6 y sigs.

los sistemas de pensiones por capitalización, la crisis ha puesto de manifiesto su vulnerabilidad respecto del deterioro de los mercados financieros. Agrava la situación de los trabajadores mayores cada vez más deficitariamente protegidos. Al mismo tiempo, las políticas de austeridad y reducción de los derechos sociales no sólo producen desafección y desconfianza por parte de los ciudadanos europeos, sino que más ampliamente cuestionan la legitimidad democrática del proceso de construcción de la Unión. Basta reparar en el hecho de que la provisión del bienestar continúa siendo una competencia de los Estados miembros, no de la Unión, y sin embargo la misma se encuentra seriamente condicionada y subordinada a la política de gobernanza económica de la Unión. El giro neoliberal cuestiona en sí el ideal de la unidad europea como prolongación coherente de la tradición del constitucionalismo social.

Al respecto debe hacerse dos puntualizaciones. Por un lado, que no hay tan sólo un problema de recursos insuficientes (la economía y, por supuesto, la economía del bienestar, presupone la existencia de recursos escasos que hay que gestionar y distribuir), sino también y más precisamente un problema de decisión de política pública redistributiva de los recursos disponibles. Por otro, que la austeridad como respuesta político-institucional se enmarca en el auge de una ideología neodarwinista social respecto de los mayores, la cual contribuye a su posición de vulnerabilidad y desatención pública. Entra aquí en juego el principio de supervivencia de los «más aptos» y más «productivos»⁹.

La estrategia para afrontar los retos económicos y presupuestarios planteados por el envejecimiento de la población se han de articular en torno a tres ejes principales, a saber: a) reducir rápidamente el nivel de deuda, b) aumentar las tasas de empleo y la productividad, y c) reformar los sistemas de pensiones, asistencia sanitaria y cuidados de larga duración— y los cinco objetivos establecidos en la Comunicación de la Comisión Europea sobre el futuro demográfico de Europa siguen constituyendo una estrategia válida a largo plazo (COM(2006) 571 final). Estos objetivos son los siguientes:

- promover la renovación demográfica creando mejores condiciones para las familias;
- fomentar el empleo en Europa con más puestos de trabajo y vidas laborales más largas y de mejor calidad (la prioridad deberá ser garantizar que los jóvenes que no logren entrar en el mercado laboral no inicien una vida de dependencia permanente de las prestaciones de desempleo y lograr que los

⁹ Para esa ideología del darwinismo social y sus presupuestos, puede consultarse MONEREO PÉREZ, J. L.: «La ideología del «darwinismo social»: La política social de Herbert Spencer», en *Documentación Laboral*, números 87 (2009) y 90 (2010).

trabajadores de edad que hayan sido despedidos puedan volver a ocupar un puesto de trabajo una vez que haya mejorado la situación del mercado laboral. Aumentar las tasas de empleo de los trabajadores de más edad. Para animarlas a mantenerse en actividad han de suprimirse obstáculos al empleo, tales como la edad de jubilación obligatoria, e introducirse mecanismos de jubilación flexible que les permitan elegir el momento de la jubilación y obtener derechos de pensión adicionales. Los sistemas de trabajo a tiempo parcial pueden ser una buena solución para permitir a los trabajadores de más edad obtener ingresos suficientes y para aumentar la oferta de trabajo. Además de los incentivos incluidos en los sistemas de pensiones, tributarios y de prestaciones sociales, la estrategia de reforma deberá proponerse cambiar la actitud respecto de los trabajadores de más edad, desarrollando sus cualificaciones y sus posibilidades de empleo mediante un aprendizaje permanente eficaz (aprendizaje permanente que aparece como condición principal para la inclusión social, para mantenerse en el empleo, para el desarrollo personal y para poder participar eficazmente en la sociedad). Por lo demás, una población de edad avanzada con mejor estado de salud podrá permanecer más tiempo en su puesto de trabajo, permitiendo un aumento de la productividad, y de la tasa de actividad, y necesitará menos asistencia sanitaria, lo que en definitiva, implicará una menor presión sobre las finanzas públicas. Aumentar la esperanza de vida en buen estado de salud será un factor esencial a fin de alcanzar y retener a los trabajadores. Al mismo tiempo, unas *sociedades en proceso de envejecimiento representan una oportunidad* para una rápida creación de empleo en los sectores de servicios sanitarios y sociales y requerirán medidas de activación y formación);

- aumentar la productividad y el dinamismo de la economía;
- acoger e integrar a los inmigrantes en Europa;
- garantizar unas finanzas públicas sostenibles, que permitan una protección social adecuada y la equidad entre generaciones.

I.2. La ciudadanía en el marco del Estado Social de Derecho. En particular: Los derechos sociales como derechos de «desmercantilización»¹⁰

Hablamos de ciudadanía, ¿pero qué se entendemos por ciudadanía?

La *ciudadanía plena o integral* hace referencia a la cualidad de pertenecer a una determinada comunidad política. La ciudadanía adquiere una configuración dual: desde el punto de vista «formal» (ciudadanía como pertenencia), la ciudadanía

¹⁰ Véase ampliamente, MONEREO PÉREZ, J. L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social, 1996, págs. 159 y sigs.

hace referencia a la condición de miembro de una determinada comunidad política; desde el punto de vista «sustancial» (ciudadanía como dotación o atribución de derechos), la ciudadanía remite a la atribución al ciudadano de un conjunto de derechos reconocidos por el Estado ¹¹.

La noción de ciudadanía plena remite a la clásica triada que integra las tres dimensiones de la ciudadanía; a saber: la *ciudadanía política*, que se vincula con el principio participativo, y comprende los derechos políticos electorales y de participación institucional); la *ciudadanía civil*, ligada al principio de libertad, y que encuentra una expresión fundamentalmente en la libertad de contratación y asunción de obligaciones en las relaciones intersubjetivas y relaciones familiares; y, por último, la *ciudadanía social*, vinculada al principio fundamental de igualdad sustancial y configurada del modo en que se acaba de hacer aquí. Por su parte, la llamada «ciudadanía industrial», que entronca tanto con el principio participativo como con el principio de libertad y queda vinculada al ejercicio de los derechos sindicales y en general al reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales en la empresa (en el lugar de trabajo) y el sistema de empresas. Esta ciudadanía adjetivada de «industrial» viene a ser un «*tertium genus*» situado en la misma frontera entre la ciudadanía política y la ciudadanía civil ¹².

Por otra parte, conviene reparar en el dato de que los textos de la tradición del constitucionalismo social se preocupan de *garantizar* un núcleo básico de derechos sociales asociados a la ciudadanía plena, que son la cristalización refleja de principios fundamentales del ordenamiento constitucional: principio participativo, principio de libertad y principio de igualdad y solidaridad ¹³.

Entre los derechos sociales (que forman parte del «status» de ciudadanía social ¹⁴, que asumen la función en el orden constitucional de institutos de des-

¹¹ Para esta distinción entre noción formal y noción sustancial de ciudadanía, véase BOTTOMORE, T.: «Citizenship and Social Class, Fortyerson», en *Citizenship and Social Class*, Londres, págs. 55 y sigs., en particular págs. 66 y sigs.

¹² Como apuntara Marshall la ciudadanía industrial aparece como una figura paralela a la ciudadanía política. Vid. MARSHALL, T. H.: *Citizenship and Social Class*, Cambridge», 1950.

¹³ Principio participativo (ciudadanía política y su proyección como ciudadanía industrial en la empresa), principio de igualdad (ciudadanía social), y, en fin, principio de libertad (ciudadanía civil). Para la reconstrucción del texto constitucional con base a los principios fundamentales que lo informan y que en ella misma se consagran, véase por todos PIZZORUSSO, A.: *Lecciones de Derecho constitucional*, trad. J. Jiménez Campo, Madrid, 1984, págs. 101 y sigs.

¹⁴ Nótese que desde esta perspectiva los derechos asociados a la ciudadanía no tienen una consideración aislada sino que forman un sistema por su pertenencia a la ciudadanía y a la función político-constitucional que esta ocupa en la dinámica de funcionamiento de la formación social.

Como se ha dicho la ciudadanía se compone de tres momentos o elementos constitutivos: la ciudadanía política, la ciudadanía civil y la ciudadanía social. Cfr. MARSHALL, T. H.: «Citizenship

mercantilización y de neutralización de los resultados negativos producidos por el mercado¹⁵, se halla naturalmente el derecho a la Seguridad Social que se concede precisamente como derecho atribuido a los individuos en su condición de «ciudadanos»¹⁶. Lo que comporta que éstos tienen un conjunto de expectativas o pretensiones que en calidad de ciudadanos expresan frente al Estado para obtener las garantías de seguridad necesarias, en la vida y en el trabajo; y todo ello a fin de dar contenido de dignidad a la existencia individual. Estas pretensiones se resumen a veces en el «derecho» esencialmente a una cuota mínima de ingreso que no es proporcionar al valor de mercado del sujeto titular; aunque la ciudadanía social no se agota en ello¹⁷. Lo mismo se puede decir del reconocimiento de la ciudadanía «industrial»¹⁸, es decir, penetración de la Constitución y de los derechos y libertades constitucionales fundamentales en la empresa y Administraciones públicas¹⁹.

El concepto de desmercantilización es la base de la ciudadanía, asumiendo el Derecho Social del Trabajo el papel de Derecho racionalizador de la fuerza de trabajo en el mundo de las relaciones económicas de tipo capitalista, interesa incidir directamente en la misma noción de ciudadanía. Cuestión tanto más necesaria

and Social Class and other essays», Cambridge, 1950. Consúltese los ensayos recogidos en ZOLO, D. (Coord.): *La cittadinanza. Appartenenza, Identità, Diritti*, Roma-Bari, 1994.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, es decir en la perspectiva de los «derechos», se configura la ciudadanía social como un conjunto de situaciones subjetivas activas garantizadas por el ordenamiento jurídico.

¹⁵ La idea de desmercantilización del trabajo se halla presente implícitamente en el art. 427 del Tratado de Versalles cuando declaró el principio de que la mano de obra no podía ser considerada como una mercancía (bien o artículo de comercio).

¹⁶ Entendiendo el concepto no sólo enmarcado en el Estado-Nación, sino «político general» de status de pertenencia a la una comunidad política nacional o internacional; por lo que el concepto de ciudadanía no debe suponer necesariamente un «derecho de exclusión» de los «extranjeros».

En el fondo lo esencial en la teoría de la ciudadanía sobre el Estado del Bienestar es la calidad de miembro pleno de la comunidad, idea que enlaza con la noción de igualdad. Vid. HARRIS, D.: *La justificación del Estado de Bienestar*, trad. J. J. Fernández Cainzos, Madrid, 1990, págs. 347 y 366.

Por lo demás, la noción de ciudadanía adquiere en el marco de la Unión política Europea una dimensión supranacional y supraestatal, en tanto que se ha reconocido en el sistema de los Tratados fundacionales una ciudadanía europea, aunque ciertamente se trata de una ciudadanía incompleta. . .

¹⁷ Vid. BARCELLONA, P.: «Los sujetos y las normas. El concepto de Estado social», OLIVAS, E. (Coord.): *Problemas de legitimación en el Estado Social*, Madrid, 1991, págs. 29 y sigs.

¹⁸ Que ha de ser relacionada con la ciudadanía política general a la que complementa de forma paralela. Esta es la concepción de MARSHALL.

¹⁹ Sobre el tema en una perspectiva general y jurídico-laboral, puede consultarse BAYLOS GRAU, A.: «Derecho del Trabajo: modelo para armar», Madrid, 1991, págs. 87 y sigs.; BAYLOS GRAU, A. -APARICIO TOVAR, J. (Coord): *Autoridad y democracia en la empresa*, Madrid, 1992; MONEREO PÉREZ, J. L.: «Los derechos de información de los representantes de los trabajadores», Madrid, 1992, esp. págs. 77 y sigs.

por el hecho de que los derechos sociales de ciudadanía aparecen como elemento constitutivo del Estado del Bienestar contemporáneo. Éste se sitúa como instancia principal de provisión del bienestar social de los individuos, desmercantilizando relativamente su posición frente a las necesidades sociales y respecto de las otras dos grandes instancias de provisión: el mercado y la familia. De este modo, la legitimidad de las políticas públicas no es exclusivamente formal o procedimental, sino también de carácter eminentemente sustancial (legitimidad sustancial). La gran aspiración del Estado Social de la postguerra mundial ha sido la aspiración a instaurar un modelo de bienestar institucional expansivo (nivel amplio de desmercantilización y universalización objetiva y subjetiva de la atribución de los derechos) frente al modelo de bienestar residual (éste tiende a instaurar un nivel mínimo de desmercantilización; y en las políticas neoliberales actuales se impulsa una re-mercantilización de los derechos sociales impulsados durante la vigencia de los modelos expansivos, con lo que el individuo pasa a ser más dependiente del mercado; «Estado mínimo»). Ello no obstante, la intrahistoria de esta forma de Estado ha estado siempre presidida por la fuerte tensión entre ambos modelos²⁰; y las transformaciones actuales constituyen una actualización de esa tensión político-jurídica expresadas en las políticas de reforma social, que frecuentemente se traducen en políticas de recortes y desmantelamiento de garantías sociales. Esa tensión está presidida inevitablemente por el conflicto entre las clases y grupos sociales. No se trata sólo de la presencia de partidos y sindicatos comprometidos con políticas sociales avanzadas, sino también de la emergencia de otros recursos de poder detentados por colectivos diferenciados (y de creciente influencia política), como es el caso significativo de los pensionistas y en general de las personas mayores, en número creciente con el envejecimiento de la población.

Por otra parte, junto al objetivo desmercantilizador del Estado Social —vinculado al efecto redistributivo del mismo, con un fuerte impacto en la reducción de la pobreza y la desigualdad— se sitúa el objetivo de la integración y participación social y de las políticas de empleo como instrumentos de materialización del derecho al trabajo y de lucha contra las situaciones de exclusión social. Como se verá, las políticas de envejecimiento activo realzan no sólo el programa de transferencias públicas (incluso con la invención de nuevos derechos como el derecho a la autonomía personal y a la protección frente a las situaciones de dependencia en la vejez), sino también la realización de políticas de fomento de la participación en el mercado de trabajo y en la vida política de las personas mayores. Se trata de políticas o programas más *focalizados* en cuanto que dirigidos a destinar recursos

²⁰ Para la identificación teórica de estos dos grandes modelos tipo-ideales, véase su artífice originario, TITMUS, R.: *Política social*, Barcelona, Ed. Ariel, 1974.

económicos y acciones públicas a grupos específicos (mayores, pero también otros colectivos necesitados o vulnerables como los discapacitados, inmigrantes, mujeres, menores, etcétera).

En gran medida las nuevas políticas y programas sociales —tanto generales como focalizados— surgen de la presencia de nuevos riesgos y situaciones de necesidad derivados de los cambios económico-sociales y geopolíticos asociados a la transición a una sociedad postindustrial y más abierta, en sentido espacial (intensificación de la mundialización en la fase actual de la globalización) y cultural (surgimiento de valores postmaterialistas²¹; multiculturalismo²², etcétera). En el surgimiento de los nuevos riesgos sociales aparecen, al menos, varios procesos interrelacionados como son el incremento de la participación de la mujer en la mercado de trabajo; el aumento del colectivo de las personas mayores y su creciente vulnerabilidad; la precarización laboral, y las tendencias privatizadoras de los servicios públicos; a lo que cabe añadir la transformación de las estructuras familiares, los cambios en las formas de organización empresarial y de la organización del trabajo y la nueva división internacional del trabajo y una condiciones comparativas de competitividad que presionan hacia la transferencia de recursos del trabajo al capital (remercantilización de derechos sociales) y la deslocalización del capital²³. Más que el «welfarestate» se tiende al realzar el «workfarestate» vinculado a la participación activa del individuo en el mercado de trabajo y la llamada «activación» y «contractualización» de las protecciones sociales consideradas «pasivas». Nótese que bajo este modo de pensar se subraya la «empleabilidad» de los mayores. Pero, al mismo tiempo, respecto de los mayores se articulan nuevos derechos de vocación universalista como el derecho a la autonomía personal y a la protección de las situaciones de dependencia. Es lo cierto que esta evolución está haciendo que la ciudadanía moderna entre en crisis. Las causas son complejas, pues se trata de factores internos (de legitimación política y cultural, de regulación social, de recursos y costes y su distribución en la permanente tensión entra la racionalidad social y la racionalidad económica en un contexto global internacional) y externos (de impulso económico, problemas procedentes de las formaciones

²¹ Puede consultarse la obra de referencia al respecto, INGLEHART, R.: *El cambio cultural en las sociedades industriales avanzadas*, Madrid, CIS-Siglo XXI de España editores, 1991, espec., págs. 59 y sigs.

²² Por todos, KYMLICKA, W.: *Ciudadanía multicultural*, Barcelona, Eds. Paidós Ibérica, 2000, espec., págs. 25 y sigs; *Íd.: Las odiseas multiculturales. Las nuevas políticas internacionales de la diversidad*, Barcelona, Eds. Paidós Ibérica, 2009.

²³ Véase TAYLOR-GOOPY, P. (ed.): *New Risks, New Welfare. The Transformation of the European Welfare State*, Oxford, Oxford University Press, 2004; KARAMESSINI, M.: «Continuidad y cambio del modelo social del sur de Europa», en *Revista Internacional del Trabajo*, núm. 127 (2008), págs. 47 a 77; MARÍ-KLOSE, P. y MARÍ-KLOSE, M.: «Edad, vulnerabilidad económica y Estado de Bienestar: La protección social contra la pobreza de niños y personas mayores», en *Panorama Social*, núm. 15 (2012).

sociales intermedias, cambios demográficos, dificultades para gestionar grupos y estratos sociales ajenos al Estado) del sistema político y jurídico²⁴. En todo caso, las situaciones de desigualdad y desvertebración social irresueltas cuestionan la misma idea de ciudadanía social²⁵.

Estos procesos están contextualizados en la globalización que ha limitado el espacio de maniobra de las políticas naciones para obtener los recursos necesarios, y tanto más en la presente coyuntura de crisis económica. El capitalismo actual es un sistema mundial; una fase avanzada de la «economía-mundo»²⁶. Ahora bien, la globalización, en todas sus vertientes (actividad comercial, finanzas y movilidad laboral), es susceptible de reducir, pero no de eliminar, la capacidad de un Estado de actuar de forma independiente en la elaboración y diseño de sus instituciones; y esto mismo refuerza los beneficios de la coordinación internacional. Se constata que no existe un único modelo de respuesta a los requerimientos de adaptación de los sistemas de pensiones. En buena medida la globalización es un proceso construido; los mercados necesitan instituciones sociales que los apoyen, lo que permite considerar también que puede ser posible establecer nuevos principios para una «nueva globalización» más equilibrada entre lo globalizado y los ámbitos de autonomía estatal reservados. Los mercados deben estar profundamente integrados en sistemas comunes de gobernanza. Se trata de una economía global que reconozca la necesidad y el valor de la diversidad institucional más bien fomentará que reprimirá la experimentación y la evolución, de manera que los países tienen derecho —y posibilidades reales de hacerlo— a proteger sus propios sistemas sociales, normas e instituciones. La globalización debería ser un medio y no un fin en sí mismo, pues debería ser un instrumento para alcanzar los objetivos que las sociedades democráticas persiguen (calidad de vida, prosperidad, estabilidad, libertad, igualdad social, etcétera). El comercio exterior es un medio para alcanzar un fin, no es el fin en sí mismo, de manera que el comercio internacional no puede prevalecer sobre el medio ambiente, los derechos humanos o la toma democrática

²⁴ Una aproximación actual a estos problemas internos y externos puede encontrarse en HERRERA, M. y ROMERO, A.: «Las nuevas desafecciones políticas y la crisis de la ciudadanía social», en *Los nuevos problemas sociales. Duodécimo Foro sobre Tendencias Sociales*, José Feliz Tezanos (ed.), Madrid, Ed. Sistema, 2012, págs. 175 y sigs.

²⁵ En general, TEZANOS, J. F.: «Tendencias en desigualdad y desvertebración social y sus efectos políticos y económicos», y THERBORN, G.: «Evolución global y perspectivas de los diferentes tipos de desigualdad en el mundo», en *Los nuevos problemas sociales. Duodécimo Foro sobre Tendencias Sociales*, José Feliz Tezanos (ed.), Madrid, Ed. Sistema, 2012, págs. 205 y sigs., y 270 y sigs., respectivamente. También OCDE: *¿Seguimos divididos? ¿Por qué la desigualdad sigue aumentando?*, OCDE, 2011.

²⁶ Véase WALLERSTEIN, I.: *El sistema mundial. 3. La segunda era de gran expansión de la economía-mundo capitalista, 1730-1850*, Madrid, Siglo XXI, 1999; ZOLO, D.: *Globalización. Un mapa de los problemas*, trad. Miguel Montes, Bilbao, Eds. Mensajero, 2006.

de decisiones públicas. En este sentido, un sistema global sano y equilibrado tiene que apoyarse en la cooperación internacional y en buenas políticas pensadas para la economía nacional²⁷.

Los sistemas de pensiones han sufrido variaciones significativas, entre otras razones porque muchas de las estructuras iniciales resultaron inadecuadas para unos entornos sociales y económicos que han experimentado cambios de envergadura (demográficos; disminución de la participación en el mercado de trabajo de los mayores; incorporación de la mujer al mercado de trabajo, cambio en las estructuras familiares, etcétera)²⁸. Pero hay un hecho innegable, a pesar de las frecuentes afirmaciones en contrario, a saber: la capitalización no elimina la preocupación acerca del impacto del cambio demográfico en la financiación de las pensiones; un sistema capitalizado se ve afectado por el cambio demográfico²⁹. En gran medida, la causa principal de las crisis de las pensiones estriba en el fracaso de los sistemas de pensiones para adaptarse a las tendencias a largo plazo. Los sistemas de pensiones en muchos Estados se enfrentan a las tendencias universales a largo plazo (mayor expectativa de vida, disminución de la fertilidad y jubilación anticipada). Superpuestos a ellas existen dos fenómenos más recientes: los *baby boom* —generalizados, aunque no universales— y el incremento general en el tamaño de los sistemas de pensiones a partir de la Segunda Guerra Mundial, tanto en términos de cobertura como de niveles de prestaciones dispensadas. Como respuesta a estas tendencias, cualquier reforma de la financiación de un sistema de pensiones tiene que incidir en una o varias de las siguientes medidas: mayores tasas de contribución; menores prestaciones; jubilación más tardía con idéntica prestación; políticas, como un mayor ahorro, diseñadas para aumentar la producción nacional. Al tiempo, la «crisis» de las pensiones —en el marco de los sistemas de bienestar social— es un resultado de una deficiente adaptación o lenta en exceso a las tendencias detectadas a largo plazo. Tiene que adoptarse un enfoque preventivo en la realización de la reforma de las pensiones, atendiendo a su incidencia para la vida de las personas y para la economía en su conjunto³⁰.

Ese doble contexto —globalización económica postindustrial y crisis económica— ha impulsado políticas restrictivas de los derechos sociales (laborales y de

²⁷ RODRIK, D.: *La paradoja de la globalización. Democracia y el futuro de la economía mundial*, trad. María Dolores Crispín Sanchis, Barcelona, Antonio Bosch editor, 2011, espec., págs. 256 y sigs.

²⁸ Véase BARR, N. y DIAMOND, P.: *La reforma necesaria. El futuro de las pensiones*, trad. Diego Velasco, Madrid, El Hombre del Tres, 2012, pág. 35, con referencia a las distintas respuestas políticas a las tendencias demográficas (la mayor esperanza de vida y el incremento del coste de proporcionar pensiones) y a los dilemas planteado por la globalización (págs. 36 y sigs., y 213 y sigs., 247 y sigs.).

²⁹ BARR, N. y DIAMOND, P.: *La reforma necesaria. El futuro de las pensiones*, trad. Diego Velasco, Madrid, El Hombre del Tres, 2012, págs. 117-118.

³⁰ BARR, N. y DIAMOND, P.: *La reforma necesaria*, cit., págs. 334 a 336.

protección social) y la creciente redefinición del modelo de bienestar social hacia el modelo residual de tipo neoliberal, que renuncia a implantar una desmercantilización relevante a través de derechos sociales de gran intensidad protectora y apuesta decididamente por derechos sociales debilitados (de débil desmercantilización) y por una universalidad de intensidad mínima de protección social (lo que se ha dado en llamar red de seguridad minimalista). En términos generales se está produciendo una reducción cualitativa del gasto público social, que limita de manera determinante las políticas de transferencias sociales, una efectiva provisión pública de bienestar. Las políticas de austeridad permanente tienen el efecto paradójico de reducir el gasto social cuando precisamente se incrementan más las necesidades sociales y es necesario atender a los nuevos riesgos y situaciones de necesidad (como es el caso de las personas mayores, los menores y, en general, los colectivos más vulnerables, en situaciones de exclusión social o situados en esa zona fronteriza entre la inclusión y la exclusión como acontece con los trabajadores sometido a precarización laboral). A todo ello se une los informes ideológicamente orientados (en la perspectiva neoliberal) de la supuesta insostenibilidad económica del modelo de bienestar institucional-desarrollista ante las previsiones de envejecimiento poblacional, lo que viene incidiendo en la construcción de una pérdida de confianza de los ciudadanos hacia el mismo sistema y de una pasividad ciudadana frente a los constantes recortes sociales de prestaciones y servicios públicos, ignorando que más allá de las dificultades siempre se estará ante dilemas encuadrables en el plano de la *decisión* política y de política del Derecho determinante de las formas de armonizar el principio de justicia social con el principio de rentabilidad y competitividad económica, sin que haya una necesidad natural de hacer prevalecer la racionalidad económica sobre la racionalidad social. Estas previsiones mediatizadas ideológicamente pretenderían quebrar los apoyos y la legitimidad social hacia el Estado Social de Derecho. Es la ruptura del modelo social europeo propio de la tradición del constitucionalismo social implantado en los países más avanzados a partir de la segunda postguerra mundial³¹.

Estas respuestas institucionales constituyen un factor agravante del fenómeno del envejecimiento de la población, que exigiría precisamente un reforzamiento de los sistemas de protección social con la garantía de nuevos derechos sociales vinculados a los nuevos riesgos y situaciones de necesidad (según se verá, derecho a la protección en situaciones de dependencia y lo que supone de reducción o limitación de su capacidad de realización de manera autónoma las tareas o funcionamientos básicos en su desenvolvimiento vital, mejora y adaptación de los

³¹ Puede consultarse, MONEREO PÉREZ, J. L.: *Por un constitucionalismo social europeo. Un marco jurídico-político insuficiente para la construcción de la ciudadanía social europea*, Conferencia impartida en la Festividad del Patrón de la Facultad de Derecho, Granada, Facultad de Derecho, 2013.

sistemas de salud y de educación permanente, mejora y adaptación de la pensión de jubilación —con prestaciones de calidad, pero también con la incorporación de nuevos enfoques proactivos—, derecho a la vida laboral activa, el reforzamiento de los derechos de no discriminación en el trabajo de los mayores, etcétera. Todos ellos anudados en ese derecho matriz que podría denominarse «derecho a envejecer» dignamente).

Pero la política de austeridad del gasto social (que supone el desmantelamiento de las garantías sociales, la privatización de la provisión de bienestar y de los servicios sociales y la asistencialización en grado mínimo y la «residualización» de los instrumentos protectores y de las prestaciones sociales) cuestiona también la misma legitimidad política del Estado contemporáneo, pues la democracia moderna no se puede concebir tan sólo como una democracia formal y procedimental sino como una democracia sustancial y material, esto es, una «democracia social» presupuesta en el mismo concepto de ciudadanía social³². El concepto de ciudadanía social se concibe en sentido jurídico y político como un conjunto de pretensiones y expectativas que cada ciudadano en cuanto tal (con proyección universalista) expresa frente al Estado (o, más ampliamente, al poder público)³³ para obtener las garantías de seguridad necesarias, en la vida y en el trabajo; y todo ello a fin de dar contenido de dignidad a la existencia individual³⁴. En esta perspectiva, los derechos sociales son derechos básicos de la persona y en cuanto tales quedan equiparados a los tradicionales derechos civiles y políticos³⁵. Estas pretensiones

³² Sobre ello habían insistido ya algunos pensadores clásicos modernos como Antón Menger, Adler Otto Kirchheimer y es reiterado en el pensamiento contemporáneo. Véase Monereo Pérez, J. L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, CES, 1996; *id.*: *Estado y Democracia en Otto Kirchheimer*, Estudio preliminar a KIRCHHEIMER, O.: *Justicia política. Empleo del procedimiento legal para fines políticos*, trad. R. Quijano, Granada, Ed. Comares, 2001, págs. XVII a CLXXXV; *id.*: *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2009; y en una perspectiva más general FERRAJOLI, L.: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, 3 vols., traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Juan Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchis y Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Ed. Trotta, 2010; HABERMAS, J.: *Facticidad y validez*, trad. Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Ed. Trotta, 1998.

³³ Los derechos sociales presuponen un protagonismo activo de parte de los poderes públicos.

³⁴ Vid. HARRIS, D.: *La justificación del Estado de Bienestar*, trad. J. J. Fernández Cainzos», Madrid, 1990, págs. 103 y sigs.; DAHRENDORF, R.: «Cittadinanza: una nuova agenda per il cambiamento», en «Sociologia del Diritto», núm. 1 (1993), pág. 7 (que concibe la ciudadanía como un conjunto de derechos y deberes que se atribuyen por la pertenencia a la sociedad y se extienden progresivamente, como círculos concéntricos, desde la esfera civil a la política y la social).

³⁵ Vid. MONEREO PÉREZ, J. L.: «Carta Comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores (I) y (II)», en *Civitas. Revista española de Derecho del Trabajo (REDT)*, núms. 56-57 (1992-1993), esp. (II) págs. 78 a 89; *id.*: «Disposiciones generales que rigen la interpretación y la aplicación de la Carta (Artículos 51 a 54)», en VV. AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J. L. (Directores), Granada, Ed. Comares, 2012, págs. 1299 y sigs.

se suelen globalizar fundamentalmente en el «derecho» a una cuota mínima de ingresos, aunque no se agota en ello al abarcar un conjunto de posiciones activas de ventaja y de medidas de política pública que neutraliza las desigualdades generadas por el mercado, que es una instancia provisora del bienestar insuficiente para la satisfacción generalizada de las necesidades humanas fundamentales.

La tradición del constitucionalismo democrático social se consagra en los Textos constitucionales de las democracias contemporáneas. En la fórmula recogida en el art. 34 CDFUE (en realización con los artículos 25 y 35 del mismo texto europeo) y en el Convenio OIT, núm. 102³⁶ parece tener acogida una concepción desarrollista o institucional del bienestar que ha de procurar el sistema de Seguridad Social, incluidas las pensiones públicas, abarcando un compromiso institucionalizado de protección social encaminado a la efectiva (plena) satisfacción de las necesidades objeto de cobertura pública y a la autorrealización del individuo³⁷. Efectivamente, conforme a dicho precepto constitucional «los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad...». El precepto constitucional exige la garantía de prestaciones adecuadas que en cuanto tales vayan más allá del mero sostenimiento de una renta de subsistencia. No se olvide que esta norma se inserta dentro del grupo de normas constitucionales que aseguran un status jurídico material del ciudadano en el más amplio sentido.

Ahora bien: en el momento presente parece que, alejándose de este principio de adecuación, las estrategias gubernamentales abogan por la implantación de prestaciones mínimas públicas, incrementando el sector del mercado privado de la previsión social³⁸.

³⁶ La idea-fuerza de la desmercantilización como base de la ciudadanía social late en el art. 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (adoptada y proclamada por la 183 Asamblea General de la ONU en 10 de diciembre de 1948): «Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad».

³⁷ La diferenciación entre las concepciones «residual» y «desarrollista o institucional» del bienestar y del Estado del Bienestar, de debe a las elaboraciones de TITMUS, R. M.: *Política social*, trad. C. Rocha Pujol, Barcelona, 1981, especialmente págs. 27 y sigs., 62 y sigs., y 183 y sigs.

Para el principio de autorrealización del individuo como premisa de su traslado al campo de la política social, véase MASLOW, A. H.: *El hombre autorrealizado. Hacia una psicología del Ser*, trad. R. Ribé, 10.ª ed., Barcelona, 1993. Es significativa la tesis fundamental mantenida por MASLOW de que el hombre comienza a dirigirse hacia la autorrealización en cuanto quedan satisfechas sus necesidades básicas. También en esta línea de pensamiento WALZER y sustancialmente VON STEIN, en las obras antes citadas.

³⁸ Véase MONEREO PÉREZ, J. L.: *Público y privado en el sistema de pensiones*, Madrid, Ed. Tecnos, 1996; VV. AA.: *La edad de Jubilación*, Monereo Pérez, J. L. y Maldonado Molina, J. A. (Directores), Granada, Ed. Comares, 2011.

Los derechos a la seguridad y al bienestar social en cuanto derechos de ciudadanía social, comportan, como todos los derechos de este género, una cierta desmercantilización de la posición de los individuos respecto al mercado, en el sentido de que su bienestar no dependa enteramente o de forma principal del mercado. En efecto, la «desmercantilización» se produce —al menos en términos relativos— cuando el poder público presta un servicio para la satisfacción de necesidades sociales como una cuestión de derecho y cuando una persona tiene garantizada su supervivencia sin depender del mercado³⁹. El derecho a la prestación estatal es un tipo de pretensión atribuido al individuo para garantizarle un bien concreto bajo la forma de recursos y oportunidades de actuación. Desde esta perspectiva el requisito de «suficiencia» de la prestación pública debe conducir a que la Seguridad Social conceda prestaciones económicas que produzcan una desmercantilización importante, en el sentido de que permitan efectivamente liberar sustancialmente a los individuos de su dependencia del mercado. De este modo, el mandato constitucional no queda restringido (no se reduce) a la mera existencia de un sistema institucional de Seguridad Social (con doble presencia de previsión y asistencia pública). Es así que la política de Seguridad Social debe tener como objetivo prioritario constituirse en la instancia de provisión principal del bienestar social. No se trata de establecer programas o planes modestos de pensiones, sino de promover la igualdad en los estándares más elevados, no una igualdad en las pensiones mínimas⁴⁰. A diferencia del Estado del Bienestar «liberal», el Estado del Bienestar «social» busca una elevada desmercantilización de los derechos sociales y al mismo tiempo la implantación de programas universalistas. De ahí que los mecanismos de aseguramiento privado encaminados a la satisfacción de prestaciones adicionales tengan en este marco un papel marginal. En esta línea de política del Derecho (de política de Seguridad y Bienestar Social) se reafirma el derecho de las personas para sobrevivir dignamente fuera del mercado, que es lo que se está poniendo nuevamente en cuestión con las actuales políticas neoliberales proyectadas en el campo de la política social, las cuales acaban limitando (cuando no negando) el derecho de los individuos de adquirir su bienestar al margen de los circuitos del mercado. Aquí reside, por lo demás, la justificación sociopolítica del Estado del Bienestar social.

³⁹ Vid. ESPING-ANDERSEN, G.: *Los tres mundos del Estado del Bienestar*, trad. B. Arregui Lucro, Valencia, 1993, págs. 57 y sigs. HARRIS, D.: *La justificación del Estado de Bienestar*, trad. J. J. F. Cainzos, Madrid, 1990, págs. 395 y sigs.

⁴⁰ Este objetivo es el propio, sin embargo, del Estado de Bienestar «liberal». Esta forma de Estado del Bienestar residual refleja más que ninguna otra el dato político fundamental de que una cierta desmercantilización es necesaria para la supervivencia del sistema social. Vid. POLANYI, K.: *La gran transformación. Crítica del liberalismo económico*, Madrid, Ed. La Piqueta, 1989, pág. 321 y sigs., y 389 y sigs.

Desde la perspectiva de los «derechos» integrados en la ciudadanía, ésta aparece como un conjunto de situaciones jurídico subjetivas de ventaja garantizadas al individuo por el sistema jurídico. De este modo, el Estado «gestiona» determinados intereses reconocidos jurídicamente a los individuos. Y esto es sin duda imprescindible para dar contenido al Estado social de Derecho. Lo que une a los ciudadanos no es la existencia de vínculos naturales sino el tener los mismos derechos, es decir, el derecho a tener derechos como atributo fundamental del ciudadano ⁴¹. El problema se plantea más bien en la representación político-ideológica de contemplar reductivamente la ciudadanía de los derechos como una nueva versión del individualismo utilitarista, al colocar al ciudadano en un lugar pretendidamente aislado en consideración a su cualidad de formar parte de la Comunidad y, por tanto, sin consideración a su pertenencia a determinados grupos sociales en una sociedad fragmentada y profundamente desigual ⁴². Por lo demás, «el afán de articular un planteamiento completo de la justicia o una defensa de la igualdad mediante la multiplicación de los derechos, pronto convierte en una farsa aquello que va multiplicando» ⁴³. Un enfoque, éste, de la ciudadanía que ignora el papel de las organizaciones colectivas de protección de los intereses de los trabajadores (y en general de los ciudadanos ⁴⁴), y más ampliamente (y en relación a ello) es objetable en sede política porque este entendimiento de la ciudadanía que se limita únicamente a reafirmar posiciones jurídicas individuales es netamente insuficiente para crear las bases de un cambio hacia una sociedad más justa e igualitaria ⁴⁵. En efecto, esta visión de la ciudadanía «jurídica» (o de los derechos) no permite poner en cuestión la titularidad del poder de dirección y organización de la sociedad en su conjunto; y, por ello, incurre en la paradoja de «despolitizar» la ciudadanía social ⁴⁶. La lucha democrática por el ejercicio del poder de ordenación de la estructura social exige una consideración más colectiva y «política» de la ciudadanía que junto a la ciudadanía de los derechos contribuya

⁴¹ Vid. ARENDT, H.: *La condición humana*, trad. R. Gil Novalés, Barcelona, 1993, págs. 37 y sigs.

⁴² Vid. BARCELONA, P.: «Los sujetos y las normas. El concepto de Estado social», en OLIVAS, E. (Coord.): *Problemas de legitimación en el Estado social*, Madrid, Ed. Trotta, 1991, pág. 46.

⁴³ Cfr. WALZER, M.: *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, trad. H. Rubio, México, 1993, pág. 13.

⁴⁴ Reténgase la contribución al advenimiento y extensión de la ciudadanía de los viejos y nuevos movimientos sociales (feminismo, ecologismo, etc.). Vid. OFFE, C.: *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales*, trad. J. Gutierrez, Madrid, Ed. Sistema, 1992, esp. págs. 163 y sigs.; GIDDENS, A.: *Sociología*, 2.ª ed., rev., Madrid, 1994, págs. 217 y sigs., y 678 y sigs.

⁴⁵ Lo que implica poner en cuestión las bases de funcionamiento del sistema capitalista.

⁴⁶ Vid. ROCHE, F.: *Rethinking Citizenship: welfare, ideology and change in modern society*, Cambridge, 1992, págs. 32 y sigs. citado por ZAPATA, R.: «Sobre la fonamentació dels drets socials de la ciutadania: un debat pendent per a les teories de la democràcia», en *Perspectiva Social*, núm. 35 (1994), pág. 11.

a afirmar una ciudadanía «política» (no se debe confundir esta denominación con la dimensión política de la ciudadanía) de los poderes colectivos indispensables para progresar en el desarrollo de la ciudadanía y en la transformación del sistema social vigente en una sociedad más igualitaria otorgando nuevos contenidos a la ciudadanía.

Para comprender la importancia de la articulación de una estrategia de ciudadanía de doble presencia de lo «jurídico» y de lo «político» es sumamente ilustrativo recordar la contribución de la lucha colectiva por los derechos de ciudadanía desde los mismos orígenes del concepto. Históricamente han existido instituciones que se han creado para limitar la actuación libre de las fuerzas del mercado (mejorando las condiciones de reparto de recompensas por los servicios prestados que en el sistema establecido, siguiendo una pura lógica de racionalidad económica capitalista⁴⁷, tiende a ser connaturalmente desigual, injusta y opresiva) y que presionan por la igualdad sustancial de los individuos. Por su importancia son de señalar los sindicatos y la ciudadanía social. Pero la noción de ciudadanía (forma moderna de «status») en un sistema social conflictual no constituye (ni puede, ni debe serlo) una alternativa al sindicato y, en general, a las organizaciones de la clase trabajadora, en cuanto instituciones que han contribuido activamente a su gestión y que contribuyen aún a su permanente desarrollo y perfeccionamiento. Tampoco puede ser un sustituto de la forma partido, y en general, de la necesaria «lucha política» global por la garantía de los derechos de ciudadanía.

En definitiva, la ciudadanía, como la misma democracia moderna, es el resultado de las luchas en busca de una mayor igualdad, de una mayor participación y control de los ciudadanos sobre los procesos políticos y el sistema económico; y asimismo de una ampliación paulatina del espacio para la autonomía de los individuos en el seno de la comunidad política⁴⁸. Los distintos ámbitos de la ciudadanía son interdependientes y se hallan estrechamente unidos. Para comprobarlo basta reparar en el hecho de que sólo cuando se reconocen los derechos económicos, sociales y culturales fundamentales (que presuponen una reasignación solidarista de los recursos) los individuos están en condiciones óptimas para ejercer plenamente sus derechos políticos (como derechos participativos en sentido amplio)⁴⁹. Ahora

⁴⁷ Sobre la racionalidad económica capitalista, véase las brillantes observaciones de GODELIER, M.: *Racionalidad e irracionalidad en economía*, trad. N. Blanc, 7.ª Ed, México, 1976, págs. 30 y sigs.

⁴⁸ Vid. BOBBIO, N.: *El futuro de la democracia*, trad. J. Moreno, Madrid, 1984, págs. 25 y sigs. Es de sumo interés la consulta de las reflexiones agudísimas de NEUMANN, F.: «Note sulle teorie della dittadura», en *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, trad. G. Sivini, Bologna, 1973, págs. 329 y sigs.

⁴⁹ Sólo así encontramos al «hombre autorrealizado»: el hombre comienza a dirigirse hacia la autorrealización creativa en cuanto quedan satisfechas sus necesidades básicas. Esta es la tesis fundamental de MASLOW, A.: *El hombre autorrealizado. Hacia una psicología del Ser*, 10.ª ed., trad. R. Ribé, Barcelona, 1992, esp. págs. 171 y sigs.; Id.: MASLOW, A. H.: *Motivación y personalidad*, Madrid, 1991, págs. 192 y sigs.

bien: en el marco de una sociedad altamente compleja como es la del capitalismo avanzado con Estado del Bienestar se produce una tensión dialéctica en el sistema de derechos de la ciudadanía como reflejo de la contraposición permanente entre el principio igualitario que inspira la ciudadanía social y el principio de libertad y desigualdad que informa el sistema de mercado ⁵⁰.

Ahora bien, la ciudadanía en general es el producto de la lucha y el conflicto, siendo necesario destacar que la ciudadanía social comporta la directa realización de políticas distributivas mediante la atribución de beneficios materiales otorgados con base a la condición de ciudadano; siendo así que produce una suerte de atenuación de las situaciones de desigualdad derivadas de la distribución de la propiedad privada y de las relaciones de mercado en las sociedades fuertemente clasistas ⁵¹, pero es de señalar que no suprime la estratificación social y el conflicto en la marco de los actuales sistemas sociales. De ahí la ya referida tensión existente entre los derechos sociales de ciudadanía y las situaciones de clase y la relevancia del conflicto en orden a la puesta en práctica de políticas redistributivas.

Los derechos no se «otorgan» por el sistema o poder establecido; se «conquistán» tras un largo proceso de luchas sociales.

Por ello no parece forzado hablar ahora de una ciudadanía fundada en los poderes colectivos («ciudadanía conflictiva»). La práctica política y sindical ha mostrado la utilidad de este tipo de estrategia. La ciudadanía conflictiva (o, por decirlo, con mayor claridad, ciudadanía política) es, no obstante, una vía complementaria de la ciudadanía de los derechos. Es una estrategia sustancialmente política que pretende incidir en la atribución y distribución del poder en la sociedad y que sitúa el centro de gravedad de la actuación en la lucha política por la definición del «interés general» ⁵²; en las grandes elecciones políticas de gobierno de la sociedad ⁵³. Debe construirse una nueva forma de ciudadanía que permita el bienestar material de los ciudadanos y el cambio de organización social que supere el mero objetivo de búsqueda del crecimiento económico cuantitativo y que avance —sin descuidar el bienestar posible que evite las situaciones de despilfarro ⁵⁴—

⁵⁰ Vid. ZOLO, D.: *Democracia y complejidad. Un enfoque realista*, trad. H. Pons, Buenos Aires, 1994.

⁵¹ El mismo principio redistributivo comporta una intervención limitativa al connatural esquema de apropiación individualista de la riqueza inherente a un régimen de propiedad privada y de libertad de empresa en el marco de un sistema de economía de mercado.

⁵² Vid. BARCELONA, P.: «Los sujetos y las normas», cit., págs. 45-46.

⁵³ Advuértase que los derechos al bienestar se establecen sólo cuando una comunidad política adopta un programa de previsión mutua que determina el alcance de la justicia distributiva en la esfera del bienestar y la seguridad.

⁵⁴ Vid. BOWLES, S. -GORDON, D. M., y WEISSKOPT, T. E.: *La economía del despilfarro*, Madrid, 1989; ALTWATER, E.: «El precio del bienestar», trad. M. Ardid Lorés, Valencia, 1994, págs. 17 y sigs. El autor pone de relieve que determinadas formas de desarrollo entran en contradicción con el medio ambiente.

hacia la consecución como objetivo principal el crear las condiciones para que los individuos sean hombres autorrealizados⁵⁵.

La complementariedad entre la ciudadanía de los derechos y la de los poderes es clara y necesaria en el sistema actualmente existente: no es pensable una ciudadanía sin soporte jurídico en la construcción de un «Estado social de Derecho» (esta es la fórmula utilizada en la República de Weimar)⁵⁶; pero siendo indispensable no es suficiente la ausencia de impedimentos jurídicos, es necesario adicionalmente crear las condiciones reales para el ejercicio de los derechos y avanzar en el proceso de democratización de la sociedad. Con todo, cobra nueva actualidad el dato de que la clase trabajadora (en unión con otros movimientos sociales que han contribuido a la garantía de los derechos sociales de la ciudadanía) deberá luchar para que se implante un pleno derecho de ciudadanía en un mundo inhóspito⁵⁷. Reténgase que el factor político es en última instancia preeminente en la institucionalización de los derechos sociales de la ciudadanía: al tiempo la existencia de derechos legalmente garantizados depende de la correlación de fuerzas políticas; o dicho en otras palabras: de la capacidad de los grupos sociales para imponer una política de derechos fundamentales de carácter igualitario y participativo.

De lo que se trata no es de una vía alternativa de exclusión sino de la complementación de la ciudadanía de los derechos por la ciudadanía de los poderes, estableciendo a modo de una síntesis de las dos estrategias. Por lo demás la *lucha colectiva* por los derechos de ciudadanía ha sido siempre una lucha de poder en el que uno de los lados en conflicto no es sino el movimiento organizado sindical y políticamente. La pretendida disociación entre lo jurídico y lo político en la lucha por la ciudadanía es un reflejo de una estrategia ideológica que pretende ocultar la

⁵⁵ En el sentido que otorga a esta expresión MASLOW, A. H.: *Motivación y personalidad*, cit., págs. 49 y sigs. Se debe acompañar (si no superar) la ciudadanía del «tener» y la ciudadanía del «ser», en el sentido de MARX, y que oportunamente retomará después E. FROM, *¿Tener o ser?*, trad. C. Valdés, Madrid, 1980, págs. 77 y sigs. (diferencias fundamentales del «tener» y del «ser» como modos de existencia) y págs. 160 y sigs. (sobre el cambio hacia el hombre nuevo y la sociedad nueva). Aquí se aprecia también el dilema «ecológico», que aboga, más allá de la sociedad adquisitiva, por la construcción de un Estado de Bienestar «ecológico» que afronte la problemática de la forma y los límites del crecimiento.

⁵⁶ Vid. los diversos estudios de ABENDROTH, W.; FORSTHOFF, E.; DOEHRING, K.: *El Estado Social*, trad. J. Puente Egado, Madrid, 1986; HELLER, H.: *Teoría del Estado*, edición y estudio preliminar a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2004; MONEREO PÉREZ, J. L.: *La defensa del Estado Social de Derecho. La teoría política de Hermann Heller*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2009. Desde una perspectiva politológica e histórica sobre el nacimiento, contenido y desarrollo de la República de Weimar, consúltese KÜHNEL, R.: *La República de Weimar*, trad. R. Reig y E. Renau, Valencia, Alfons el Magnanim, 1991. Para su proyección en el Derecho del Trabajo, ARRIGO, G. -VARDARO, G.: *Laboratorio weimar. Conflitti e diritto del lavoro nella Germania nazista*, Roma, 1982.

⁵⁷ Vid. MARSHALL, T. H.: *Class, Citizens Ships and Social Development*, Nueva York, 1964, págs. 65 y 122.

contribución de las fuerzas sociales en su desarrollo, pero nunca ha sido una realidad en la práctica política. En este sentido, la política de ciudadanía ha de transitar por un doble camino: la lucha por la ampliación y perfeccionamiento de los derechos sociales mediante su reconocimiento jurídico y la constitución de poderes sociales de los ciudadanos en un sentido menos delegante que la política del «*Welfare*». Lo cual implica redefinir nuevamente las relaciones entre la sociedad política y la sociedad civil y su mutua relación en la garantía del bienestar de la población que rehuya al mismo tiempo el «estatalismo» y la mitificación de la sociedad civil⁵⁸.

Con todo, la ciudadanía y el Derecho Social del Trabajo van unidos en la historia del constitucionalismo democrático-social.

Como es sabido el Estado del Bienestar keynesiano (incluida la versión «débil» aplicada en España) se enfrenta a una gravísima crisis estructural por razones exógenas (ruptura de las bases económicas y políticas para su mantenimiento intacto; en realidad las principales) y endógenas (crisis del trabajo y precarización laboral; envejecimiento irreductible de la población; transformaciones demográficas y la propia crisis de la familia tradicionales, etc.). Pero lo que se discute realmente (al margen de los «ataques» ideológicos viscerales al Estado del Bienestar en sí y a los derechos sociales de cierto sector del pensamiento neoconservador⁵⁹) en el terreno de la práctica política (por no decir de la política «practicable») no es la desaparición pura y simple del Estado del Bienestar, sino sobre la necesidad de un cambio de modelo de Estado del Bienestar⁶⁰, retomando el viejo debate que enfrenta al modelo institucional (expansivo y desarrollista) con el modelo «residual» (marginalista y liberal). Ni desde el punto de vista político (necesidad de gobernabilidad de los sistemas democráticos y de adhesión legitimadora de los ciudadanos) ni desde el económico (función reguladora del capitalismo que asume el sistema de protección social pública) parece viable una alternativa de desmantelamiento y privatización absoluta de la Seguridad Social⁶¹.

⁵⁸ Vid. KEANE, J.: «Los límites de la acción estatal», en *Democracia y sociedad civil*, A. Escotado, Madrid, Alianza Editorial, 1992, págs. 47 y sigs.

⁵⁹ Lo cual es denunciado por la OIT: «Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa», adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésimo séptima reunión, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 10 de junio de 2008, Prefacio, pág. 4.

⁶⁰ De política social del Estado moderno y postindustrial. Constitucionalismo débil.

⁶¹ Este enfoque «realista» sobre la necesidades de no suprimir el Estado del Bienestar sino de revisarlo a la baja es la línea de razonamiento que subyace a las propuestas neoconservadoras del «Estado del Bienestar posible» en la coyuntura actual. Paradigma de este tipo de argumentación son los distintos ensayos recogidos en el número monográfico 1-2 (1994) de la Revista del Instituto de Estudios Económicos sobre «El Estado del Bienestar posible». Su punto de parte es harto significativo: en la actualidad el debate político prioritario no se plantea en los términos de cuál es el Estado del Bienestar deseable, sino de cuál es el Estado del Bienestar posible. Y esta interrogante exige la construcción de un modelo alternativo al actual Estado del Bienestar. Vid. «Estudio introductorio» al número monográfico 1-2 (1994) de la Revista del Instituto de Estudios Económicos sobre «El Estado del Bienestar posible», págs. LXVII y sigs.

En definitiva, haciendo una valoración política y jurídico-crítica general, se puede valorar el sentido de las reformas introducidas en la última década como la tendencia paulatina hacia el desplazamiento de «lo institucional» a «lo residual» o marginal, parece hacer referencia al proceso de «asistencialización» de las pensiones públicas y a la correlativa privatización parcial de los ámbitos funcionales de protección antes conferidos en grado de suficiencia por la Seguridad Social. De modo que en la dialéctica Estado-mercado en el campo de la previsión social, éste último acaba ganando posiciones en detrimento del primero. Así, pues, el *grado de inmunidad de mercado* que conferiría el derecho social a la pensión pública se ha visto reducido (y es probable que se continúe avanzando en esta dirección reductiva), la disminución de los recursos de los pensionistas, la extensión y la calidad de los derechos sociales de pensión, determinan que los individuos no podrán mantener un nivel de vida socialmente aceptable independientemente de su participación en el mercado, toda vez que la pensión pública no permitirá a los ciudadanos obtener las garantías de seguridad económica necesarias para dar contenido de dignidad a la existencia individual que es un última instancia el objetivo básico de la ciudadanía social: el sistema público de pensiones rehúsa convertir en objetivo principal la emancipación de los individuos de la dependencia del mercado de la previsión. Desde la óptica del proceso de reforma emprendida en los últimos años es la lógica de la mercantilización la que va adquiriendo primacía sobre la política pública de pensiones. Es por ello mismo que el paradigma de Estado de Bienestar «residual» (liberal) va cobrando vida a costa de la concepción del Estado de Bienestar desarrollista o institucional (socializante). Es decir, en el sistema de pensiones como totalidad la configuración «residual o marginal» del Estado de Bienestar que individualizara Titmuss⁶² la que mejor permite captar los rasgos distintivos del modelo de pensiones construido. A esa lógica residual se le añade la lógica individualista que informa la sustitución del sistema de reparto por la lógica de la capitalización de los planes privados de pensiones. En el modelo residual la tensión entre público y privado se resuelve en una ampliación —alenta da a través de subvenciones fiscales— del espacio vital atribuido la provisión privada; es decir, su espacio ha sido construido desde la política del Derecho, y no por la fuerza en sí de la esfera de iniciativa mercantil⁶³. Se trata de políticas de

⁶² Vid. TITMUSS, R. M.: *Política social*, cit., págs. 62 y sigs.

⁶³ Véase MONEREO PÉREZ, J. L.: *Público y privado en el sistema de pensiones*, Madrid, Ed. Tecnos, 1996; BLACKBURN, R.: *El futuro del sistema de pensiones. Crisis financiera y Estado de Bienestar*, Madrid, Ed. Akal, 2010; BARR, N.: *Economics of the Welfare State*, Oxford, Oxford University Press, 2012; BARR, N. y DIAMOND, P.: *La reforma necesaria. El futuro de las pensiones*, trad. Diego Velasco, Madrid, El Hombre del Tres, 2012.

re-mercantilización de las pensiones, que permiten que se incremente el espacio mercantil en la provisión de las pensiones, a través de opiniones técnicamente manipuladas y de una calculada ofensiva ideológico-cultural en apoyo de lo privado en descrédito de lo público. Se ha optado por una política del Derecho de vasos comunicantes en virtud de la cual el sector privado de la provisión de las pensiones se alimenta a costa del recorte de las pensiones públicas. Es de significar que la crisis actual ha puesto de manifiesto que los planes privados de pensiones se han mostrado más inseguros y menos adaptados a una sociedad del riesgo y a los ciclos económicos, incluso no formando parte de la solución sino del problema planteado la especulación financiera⁶⁴. Es triste reconocer que desde las actuales políticas de Seguridad Social (y, en particular, desde el sistema público de pensiones) se vuelve nuevamente a poner en juego el derecho de la gente para sobrevivir íntegramente (es decir, dignamente) fuera del mercado, siendo este (también) nuevamente uno de los asuntos más conflictivos de la política social. Y ese derecho de los individuos a la subsistencia digna fuera del mercado se pone en tela de juicio hoy no sólo económicamente, sino también en el plano ideológico de los valores individualistas vigentes sobre el papel del mercado como cauce de reasignación de los recursos en la sociedad.

Existe, pues, en la actual política de pensiones una tendencia hacia la configuración de un sistema de pensiones mínimas (inserto en el marco de la opción por un Estado mínimo o asistencial con una fuerte privatización del bienestar), que en el nivel contributivo profesional son de intensidad protectora decreciente y en el nivel no contributivo de cuantía mínima y de carácter universalista.

Rasgo característico de las políticas sociales en el constitucionalismo social con Estado Social de Derecho ha sido su organización y funcionalidad instrumental con los derechos sociales de la ciudadanía. Derecho social y política social son las dos caras de una misma medalla en la construcción de la ciudadanía social.

1.3. La garantía internacional de los derechos fundamentales de las personas

1.3.1. *El constitucionalismo social y la efectividad de los «derechos fundamentales»*

1.3.1.1. *La variedad de fórmulas de reconocimiento jurídico de los derechos de los mayores*

Las Declaraciones de Derechos decimonónicas eran ante todo Declaraciones de los derechos del hombre en forma de «proclamación». Esas declaraciones com-

⁶⁴ A pesar de ello, la Unión Europea continúa potenciando la implantación de los planes privados de pensiones. Véase COMISIÓN EUROPEA: *Whitepaper. An Agenda for Adequate, Safe and Sustainable Pensions*, Bruselas, 16 de febrero de 2012, pág. 18.

portaban, en efecto, una proclamación de derechos humanos⁶⁵ más en términos de principios o valores superiores a preservar por la Comunidad política que en el de derechos en sentido propio⁶⁶. Se trataba de Declaraciones de derechos frente

⁶⁵ Se han definido los derechos humanos positivados como las «facultades que el Derecho atribuye a las personas y a los grupos sociales, expresión de sus necesidades en los referente a la vida, la libertad, la igualdad, la participación política o social, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte al desarrollo integral de las personas en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto o la actuación de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado, y con garantía de los poderes públicos para restablecer su ejercicio en caso de violación o para realizar la prestación». Cfr. PECES BARBA, G. y otros.: *Derecho positivo de los derechos humanos*, Madrid, Debate, 1987, págs. 14-15.

⁶⁶ Hay que tener en cuenta que los «derechos humanos» «son derechos morales», «tienen validez solamente en razón de su corrección material. Su institucionalización, *positivación* o efectividad social no desempeñan ningún rol como criterio de validez. Lo característico de estos derechos es su fundamentalidad, propiedad que alude a la protección y la satisfacción de intereses y necesidades fundamentales. Por este motivo, los derechos humanos constituyen el núcleo de las teorías de la justicia. Estos derechos tienen validez universal, se atribuyen por igual a todos los hombres en el mundo. En esta medida, tienen prioridad frente al derecho positivo, pues representan una medida de legitimidad del mismo. Finalmente, también es característico de los derechos humanos su índole abstracta». Los derechos fundamentales son un intento de transformar los derechos humanos en derecho positivo (cfr. Alexy; Koller). Cfr. BOROWSKI, M.: *La estructura de los derechos fundamentales*, Bogotá (Colombia), Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 2003, págs. 30-31. Por su parte, los derechos fundamentales internacionales, supranacionales y nacionales son derechos que han adquirido una dimensión positiva en textos jurídicos. «Los derechos fundamentales internacionales son derechos que han sido consagrados en pactos y convenciones internacionales para la protección de los derechos humanos. *Estos derechos constituyen el intento de transformar los derechos humanos en derecho positivo*. Desde la perspectiva de su fuerza vinculante, regularmente se distingue entre varios niveles. Entre los pactos y convenciones de validez mundial deben mencionarse ante todo la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 19 de diciembre de 1966. Asimismo, en el continente europeo, debe citarse especialmente la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, así como la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961 (y su Protocolo Adicional de mayo de 1988), revisada en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996. Por su parte, los derechos fundamentales *supranacionales* corresponden a las libertades fundamentales de la Unión Europea, que en un principio fueron desarrolladas ampliamente por la jurisprudencia de la Corte Europea de Luxemburgo. Su desarrollo tuvo su punto de partida en el ámbito económico. Aunque muy pronto se reconoció ampliamente a todo un conjunto de libertades fundamentales no económicas, hasta hace muy poco tiempo no podían ser comprendidas como un catálogo de derechos fundamentales omnicompreensivo y con todos sus efectos. El paralelismo entre los derechos fundamentales nacionales y supranacionales origina también un paralelismo entre la jurisprudencia de la Corte Constitucional nacional y la Corte Supranacional, que conduce a conflictos de competencias». Por último, «los derechos fundamentales nacionales son los derechos individuales que adquieren una dimensión positiva en las constituciones nacionales de los Estados democráticos constitucionales y que por lo general representan un intento de transformar los derechos humanos en derecho positivo. A diferencia de los derechos fundamentales nacionales y supranacionales, estos derechos tienen la máxima jerarquía en el sistema jurídico nacional y son exigibles jurídicamente» (Ibid., págs. 31 a 33). Sobre la historia de la institucionalización de los derechos humanos como derechos fundamentales, puede consultarse ALEXY, R.: *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá (Colombia), Departamento de Publicaciones de la

al Estado postulando una obligación de abstención de éste⁶⁷. Esas Declaraciones se encuadran, así, dentro del movimiento de las declaraciones internacionales y nacionales de derechos. Pero cabe decir inmediatamente que en el sentido histórico más exacto este tipo de declaraciones abstractas se sitúan *al lado* —en un plano diverso, aunque no en confrontación de las garantías jurídico-institucionales de los derechos.

Es importante recordar el significado político-jurídico del movimiento evolutivo que va desde las declaraciones a las garantías jurídicas de los derechos dentro de la evolución del constitucionalismo moderno⁶⁸. En realidad, el desplazamiento de las declaraciones hacia las garantías jurídicas de los derechos obedece a la pretensión general de salvaguardar los derechos y libertades de los individuos y grupos sociales frente a los poderes públicos, elevando su protección a un ámbito de suprallegalidad ordinaria; y precisamente este esfuerzo de conferir a los derechos y libertades un rango supraestatal —como ha hecho notar Hauriou⁶⁹— deriva más de las garantías de los derechos que de las meras Declaraciones, como texto separado de las Constituciones o normas fundamentales, toda vez que las garantías de derecho se presentan «como reglas positivas y obligatorias, con valor vinculante que aseguran la aplicación dinámica de determinados derechos generalmente reconocidos y que se imponen, en particular, al legislador ordinario, y formando parte de la Constitución participan del mismo valor jurídico que ésta, pudiendo ser oponibles al legislador ordinario y, matizadamente, a los particulares. Las Declaraciones de derechos, por el contrario, cuando no están enmarcadas en las Constituciones (conformando ésta el contenido esencial de los derechos incorporados cuyo respeto se impone con fuerza vinculante general, es decir, dotándolos de garantías institucionales en el mismo texto constitucional) aparecen, ante todo, como enunciados de principios filosóficos y político-jurídicos, sin valor y eficacia jurídica directa. Se puede ir más lejos, en este orden de ideas, para afirmar que la garantía⁷⁰

Universidad Externado de Colombia, 2003, págs. 31 y sigs. También CRUZ VILLALÓN, P.: «Formación y evolución de los derechos fundamentales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25 (1989), págs. 35 a 62.

⁶⁷ Véase BATAGLIA, F.: «Los derechos fundamentales del hombre, del ciudadano y del trabajador. Esencia, evolución, perspectivas futuras», en *Estudios de Teoría del Estado*, Madrid, 1966, págs. 157 y sigs.

⁶⁸ Para la distinción entre Declaraciones y Garantías puede consultarse MONEREO PÉREZ, J. L.: *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2009, págs. 3 y sigs.

⁶⁹ HAURIOU, A.: *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Barcelona, Ariel, 1971, pág. 208.

⁷⁰ Desde la teoría del garantismo de Ferrajoli la garantía «es una expresión del léxico jurídico con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo». Cfr. FERRAJOLI, L.: «Garantías», en *Jueces para la Democracia. Información y Debate* (Madrid), núm. 38 (2000), págs. 39 y sigs., en particular pág. 30. Realza también Ferrajoli que «El enunciado constitucional de los derechos

de los derechos humanos fundamentales está entre las últimas causas de la constitucionalización del poder político, incorporando el catálogo de derechos al texto constitucional —en la norma fundamental que sienta las bases primordiales del sistema jurídico—. Así, una declaración de derechos constitucionalmente garantizada no puede ser considerada una mera declaración retórica, sino un conjunto de poderes jurídicos dotados de plena operatividad y efectividad. La corporeización de la Declaración de Derechos de 1948 en los grandes Pactos Internacionales de Derechos muestra que no se trataba simplemente de una Declaración abstracta y retórica, sino de un reconocimiento garantista de los derechos fundamentales⁷¹. Es éste el trasfondo político-jurídico del reconocimiento de los derechos humanos (indiferenciados y sociales) en términos de garantías jurídicas (es decir, los derechos fundamentales en sentido técnico-jurídico; *derechos del hombre garantizados por las instituciones jurídicas*)⁷², lo cual permite comprender la evolución histórica

de los ciudadanos a prestaciones positivas por parte del Estado, sin embargo, no se ha visto acompañado por la elaboración de *garantías sociales o positivas* adecuadas, es decir, por técnicas de defensa y de protección jurisdiccional parangonables a las previstas por las garantías liberales para la tutela de los derechos de libertad. *Las prestaciones positivas del Estado* en beneficio de los ciudadanos han tenido ciertamente un enorme desarrollo de hecho», pero no han venido acompañadas de las garantías suficientes y adecuadas para hacerlas valer. Cfr. FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón*, cit., págs. 863.

⁷¹ Cuestión distinta es que actualmente exista una marcada orientación conservadora que tiende a cuestionar la fuerza normativa de estos textos constitucionales e incluso a afirmar el carácter meramente programático del catálogo interno de derechos consagrados en las Constituciones sociales contemporáneas.

⁷² Para algún autor, los derechos humanos no pueden ser formulados como simple decisión del poder soberano en el plano del derecho positivo. Si bien no tienen carácter de derecho natural en el sentido de una validez pre-política absoluta, *son pre-sociales en un sentido totalmente diferente, pues se basan en «derechos latentes» de las unidades cuerpo-alma, en su identidad/autoconservación; y a la vez son pre-políticos y pre-jurídicos en cuanto se basan en el derecho vivo de los derechos humanos, que hace surgir tales derechos humanos y sus conquistas a partir de los conflictos comunicativos en la política, la moral, la religión o el derecho*. Su positivación como derecho técnico en la política y en el derecho no es una libre decisión del legislador legitimado democráticamente, sino que se basa en este doble subsuelo formado por los procesos auto-conservadores externos a la sociedad y por los conflictos en el interior de la sociedad. Es así, que «el problema de los «derechos humanos latentes» surge cada vez que se comunica: como «derechos intrínsecos» de la vida orgánica y de la vivencia psíquica frente a la puesta en peligro de su integridad mediante la comunicación social. Por otra parte, a la problemática tradicional de los derechos fundamentales en la modernidad se añade la creciente fragmentación de la sociedad, con la consiguiente multiplicación de los sistemas sociales expansivos. En este contexto, «El modelo *estatal* de los derechos fundamentales sólo funciona mientras el Estado se puede identificar con la sociedad, o al menos se pueda considerar el Estado como forma de organización de la sociedad, y la política como coordinación jerárquica de la sociedad. *Por la liberación y autonomización de otros medios comunicativos altamente especializados (dinero, saber, derecho, medicina, tecnología) este modelo se vuelve cada vez menos plausible. Exactamente en este punto surge la problemática de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales y humanos: la fragmentación de la sociedad multiplica las zonas fronterizas entre las matrices de comunicación autonomizadas y los hombres*. Los nuevos territorios de sentido trazan sus propios límites respecto

de las Declaraciones, como postulados filosóficos y jurídico-políticos (como valores superiores no positivizados), hacia las garantías de los derechos. Se puede resumir de forma concisa y rigurosa indicando que «la Declaración apela más bien a convencimientos, cree ingenuamente que formula verdades y espera que su simple

de los ambientes humanos. Ahí nacen nuevos peligros para la integridad del cuerpo y los hombres». Ahora bien: «Si la violación de los derechos fundamentales hay que atribuirla sistemáticamente a las tendencias *totalitarias* de racionalidades sociales parciales, entonces ya no tiene sentido ver la eficacia horizontal de los derechos fundamentales como si se tratase de relaciones entre actores privados, cuyos derechos fundamentales hubiese que ponderar recíprocamente. En la imagen de la «horizontalidad» sigue operando el absurdo punto de vista de la parte y el todo, minimizando la problemática de los derechos humanos de una manera inaceptable, como si solamente se tratase de que unos miembros de la sociedad amenazan a otros miembros». No obstante: En una simplificación precavida y aún por justificar, la problemática de los derechos humanos «horizontales» se puede calificar tal vez mediante categorías jurídicas conocidas: la problemática sólo existe si la amenaza a la integridad cuerpo/alma procede de «instituciones» sociales y económicas (y dentro de actores individuales sin más). Con «instituciones» se alude, en principio, a organizaciones formales privadas y a regímenes privados. Los casos más importantes entonces serían las empresas económicas, asociaciones privadas, hospitales, escuelas, universidades, como organizaciones formales. Y las condiciones generales de los negocios, homologaciones privadas y regulaciones privadas similares, como regímenes privados. (Pero hay que tener en cuenta que el concepto de institución sólo representa de manera imperfecta las cadenas de actos de comunicación amenazadores de la integridad, caracterizados por un medio especial —la «matriz» anónima—, y apenas hace visible su dinámica expansiva. Pero tiene para los juristas, que forzosamente se orientan a las normas y a las personas, la ventaja inapreciable de que la *institución se define como un haz de normas y se puede personificar a la vez*. El concepto de institución señalaría entonces el camino para la re-especificación de los derechos fundamentales en los ámbitos sociales (por decirlo así, el equivalente al Estado como institución y como persona). El resultado sería, pues, la fórmula de la «eficacia frente a terceros», plausible también para el jurista como tal: no una eficacia horizontal de los derechos fundamentales entre actores privados, como ponderación entre los derechos fundamentales de portadores individuales de derechos, sino derechos humanos y derechos discursivos *frente a las instituciones sociales*). En la dimensión funcional e institucional, lo que importa es poner el conflicto en su contexto social, y tener en cuenta que la catástrofe del sida u otro mal social implica en último término una colisión de lógicas de acción incompatibles. En particular TEUBNER, G.: Sociedad global-Justicia fragmentada. Sobre la violación de los derechos humanos por actores transnacionales «privados», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 39 (2005), págs. 551 y sigs. No existen razones impeditivas para no configurar los derechos sociales como verdaderos derechos subjetivos, lo que ocurre es que se insertan en una revisión de la categoría técnica de derecho subjetivo. Así, se ha señalado que un derecho subjetivo es la posición normativa de un sujeto para la que es posible dar razones válidas (derecho *prima facie*) y suficientes (derecho definitivo abstracto), y cuyo no reconocimiento injustificado le ocasiona un daño inminente al sujeto (derecho definitivo concreto). Cfr. ARANGO, R.: *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá (Colombia), Legis Editores-Universidad Nacional de Colombia, 2005, cap. I («Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos»). Para Arango los derechos subjetivos pueden concebirse como posiciones jurídicas cuyo no reconocimiento le ocasiona a su titular un daño inminente sin justificación jurídica. Las posiciones jurídicas son condiciones necesarias para los derechos subjetivos. La norma jurídica y la obligación jurídica no son características suficientes de la noción de derecho subjetivo. Los derechos fundamentales son derechos subjetivos con alto grado de importancia y carácter positivo general. No hay dificultades insalvables en esa construcción. No obstante, es preciso siempre hacer distinciones entre los diversos derechos sociales fundamentales, dados sus distintos contenidos y alcances (págs. 56-57).

enunciación bastará para su eficacia. La prescripción de garantía es obra jurídica y, por tanto, de relativa desconfianza en poderes o instituciones, contra cuyos posibles abusos o descarríos adopta posición precautoria»⁷³. Los derechos humanos, pues, son el resultado de la lucha constante por la dignidad humana⁷⁴. En un sentido amplio, la dignidad humana no es exclusivamente en sí un derecho fundamental, sino que constituye la base misma —valorativa o principialista— de todos los derechos fundamentales. De ahí su historicidad más allá de planteamientos exclusivamente esencialistas y abstractos. En esa perspectiva no se basan tanto en la personalidad abstracta —ni menos aún en el individualismo abstracto— como en la personalidad histórica, real, que le vincula al sistema de necesidades humanas que subyace a la vida humana y a la «cultura de los derechos». No se puede ignorar que la dignidad del hombre como fundamento de los textos constitucionales⁷⁵ de

⁷³ PÉREZ SERRANO, N.: *Tratado de Derecho Político*, Madrid, Civitas, 1976, págs. 587 y sigs., en particular, pág. 593. Sobre el sentido diferencial de los textos constitucionales, declaraciones y cartas de derechos, véase también BISCARETTI DI RUFFIA, P.: *Derecho constitucional*, trad. P. Lucas Verdú, reimp. de la 1.ª ed. de 1965, Madrid, 1973, págs. 665 y sigs.; GONZÁLEZ CASANOVA, J. A.: *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, Barcelona, 1980, págs. 241 y sigs. Sobre la noción de garantía, como realización de los derechos reconocidos en la norma, con especial referencia al Derecho Internacional en materia de los derechos del hombre, así como sus peculiaridades en este ámbito, véase, por todos, LATTANZI, F.: *Garanzie dei Diritti dell'uomo nel Diritto Internazionale generale*, Miliano, 1983, especialmente págs. 45 y sigs., y la amplia bibliografía allí citada. Sobre la diferenciación entre «declaración» y «garantía» de los derechos, véase MONEREO PÉREZ, J. L.: «Carta Comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores (I) y (II)», en *Civitas. Revista española de Derecho del Trabajo (REDT)*, núms. 56-57 (1992-1993); SALAZAR, C.: *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociale*, Torino, Giappichelli, 2000, y FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 2006.

⁷⁴ En este sentido sobre todo debe tomarse en cuenta el pensamiento del primer Marx y su concepto de alienación como fenómeno social, en el que subyace la idea de proteger la dignidad humana. Véase MARX, C.: *Manuscritos de economía y filosofía*, Madrid, Alianza, 2005. Véase al respecto HELLER, A.: *Teoría de las necesidades en Marx*, Barcelona, Eds. Península, 1978; ID.: *Más allá de la justicia*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1994; LUKÁCS, G.: *Marx, ontología del ser social*, Madrid, Akal, 2007; EYMAR, C.: *Kart Marx, crítico de los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1987; PLAMENAZTZ, J.: *Kart Marx y su filosofía del hombre*, México, FCE, 1986; ISRAEL, J.: *Teoría de la alienación*, Barcelona, Eds. Península, 1977; SCHAFF, A.: *La alienación como fenómeno social*, Barcelona, 1979, y la reflexión de conjunto más amplia de POSTONE, M.: *Tiempo, trabajo y dominación social. Una reinterpretación de la teoría crítica de Marx*, Madrid, Marcial Pons, 2006. También el concepto de *anomia* de Emilio Durkheim, como puede apreciarse en MONEREO PÉREZ, J. L.: *Razones para actuar: solidaridad orgánica, anomia y cohesión social en el pensamiento de Durkheim*, Estudio Preliminar a DURKHEIM, E.: *Sociología y filosofía*, Granada, Ed. Comares, 2006, págs. VII a LXVI.

⁷⁵ Así la *Carta de las Naciones Unidas*, de 26 de junio de 1945, que declara que «Nosotros, los pueblos de las Naciones Unidas, resueltos..., en reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y en el valor de la personalidad humana». También la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de 10 de diciembre de 1948, en cuyo Preámbulo se establece que: «El reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana». De mismo modo, en su art. 1: «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente lo su nos con los otros». Igualmente, el Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, y los Estatutos de la UNESCO, de 16 de noviembre de 1945.

los Estados democráticos y así se ha normativizado en las Constituciones⁷⁶. Se puede hablar igualmente de la dignidad del hombre como garantía constitucional, en el sentido de que la dignidad es una noción clave jurídico-constitucional respecto a la relación del hombre entre sí y con el Estado⁷⁷.

Si las Declaraciones adquieren el rango de reglas de derecho constitucional vinculantes, su aplicación efectiva se confía indefectiblemente a órganos judiciales independientes de los órganos políticos del Estado.

Una de las ideas-fuerza fundamentales del proceso de constitucionalización reforzado a partir de la segunda postguerra mundial ha sido la tendencia a reconocer la universalidad de los derechos humanos⁷⁸, superando su mera condición de derechos de «ciudadanía» estricta⁷⁹, mediante su atribución a la persona. El proceso vendría marcado por el desplazamiento de los derechos del ciudadano a los derechos de la persona⁸⁰. Sin embargo, el proceso es incompleto, en la medida en que quedan condicionados por los sistemas estatales y la demarcación de sus fronteras. Es decir, estamos ante los derechos de ciudadanía entendida ésta como el «estatus que se concede a los miembros de pleno derecho de una comunidad»

⁷⁶ V. gr., el art. 10 de nuestra Constitución y el art. 1. 1. de la Ley Fundamental alemana.

⁷⁷ Sobre la dignidad del hombre y sus fundamentos en los textos fundamentales, véase HÄBERLE, P.: «La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal», STARCK, C.: «La dignidad del hombre como garantía constitucional, en especial, en el Derecho Alemán», LUTHER, J.: «Ragionevolezza e dignità umana», todos ellos en FERNÁNDEZ SEGADO, F. (Coord.): *Dignidad de las personas, derechos fundamentales, justicia constitucional*, Madrid, Ed. Dykinson, 2008, págs. 175 y sigs., págs. 239 y sigs., y 303 y sigs., respectivamente. También HESSE, C.: «Significación de los derechos fundamentales» y BENDA, E.: «Dignidad humana y derechos de la personalidad», en BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE y HEYDE: *Manual de Derecho Constitucional*, edición, prolegomena y traducción de Antonio López Pina, Madrid, Marcial Pons, 1996, págs. 83 y sigs., y 117 y sigs., respectivamente.

⁷⁸ El fenómeno de la universalización de los derechos preside ante todo la refundación de los derechos en la segunda postguerra mundial. Véase, al respecto, FACCHI, A.: *Breve storia dei diritti umani*, Bologna, Il Mulino, 2007, cap. V, págs. 131 y sigs.

⁷⁹ En la lógica de la defensa de la universalidad de los derechos, se ha aportado una definición formal o estructural de derechos fundamentales como «todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derechos subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por *status* la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas». Cfr. FERRAJOLI, L.: *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, pág. 37. Es verdad que la experiencia histórica pone de manifiesto ciertas aporías de un discurso universalista, pues no son pocas las culturas que cuestionarían algunos de ellos. No obstante, tras la refundación del sistema internacional a partir de la Segunda Guerra Mundial inició un proyecto constituyente en el marco de la ONU que confiere un alto grado de legitimidad político-jurídica a las grandes Declaraciones y Pactos Internacionales de Derechos Humanos.

⁸⁰ FERRAJOLI, L.: *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, págs. 97 y sigs.

política⁸¹. La propuesta alternativa desde el garantismo jurídico ha sido la de recuperar el aliento universalista en una refundación del Derecho internacional, en la dirección utópica de una «ciudadanía cosmopolita». Se apuesta por «la elaboración de un constitucionalismo mundial capaz de atribuir a las diferentes cartas de derechos fundamentales, de las que dispone ya la comunidad internacional, aquellas garantías cuya ausencia genera ineffectividad. Si se desea que esas cartas sean tomadas en serio como normas y no como declaraciones retóricas, es necesario que esta ausencia de garantías sea reconocida por la cultura política y jurídica como una laguna que debe ser resuelta obligatoriamente por la ONU, y por tanto por los Estados que a ella se adhieren». La propuesta no residiría en establecer «un improbable y no deseable gobierno mundial. Si no, de forma mucho más simple, en la perspectiva de una efectiva limitación de la soberanía de los Estados mediante el establecimiento de garantías jurisdiccionales contra las violaciones de la paz en el exterior y de los derechos humano en el interior, avanzada por Kelsen hace exactamente cincuenta años en su libro *La paz por medio del derecho*»⁸². La propuesta se traduce en una suerte de globalismo jurídico⁸³. Este reforzamiento garantista de los derechos a escala internacional supondría, muy en particular, «una

⁸¹ Véase MARSHALL, T. H.: *Ciudadanía y clase social (1950)*, en MARSHALL, T. H. y BOTTOMORE, T.: *Ciudadanía y clase social*, trad. P. Linares, Madrid, Alianza, 1998.

⁸² FERRAJOLI, L.: *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, págs. 152-153. Ahora bien, lo discutible, por ingenuidad y también por razones de oportunidad (y quizás de realismo político), es la afirmación de Ferrajoli de que «el paradigma del viejo Estado soberano ha pasado a ser inadecuado y ha quedado obsoleto» (pág. 150). Es discutible que la globalización suponga la desaparición del Estado nacional. También subraya que «reconocer que la ciudadanía ya no es, como en los orígenes del Estado moderno, un factor de inclusión y de igualdad. Hoy, por el contrario, debemos admitir que la ciudadanía de nuestros países ricos representa el último privilegio de *status*, el último factor de exclusión y discriminación, el último resto premoderno de las desigualdades personales que contradice la aclamada igualdad de los derechos fundamentales». De ahí que para él la noción de ciudadanía es una categoría político-jurídica cuestionable y obsoleta. Cfr. FERRAJOLI, L.: «Cittadinanza e dirittifondamentali», en ZOLO, D. (ed.): *La cittadinanza. Apartenenza, identità, diritti*, Roma/Bari, Laterza, 1994, pág. 288. Más que de derechos del ciudadano de lo que debería hablarse y buscarse es de derechos de la persona. Pero también se ha planteado, en una lógica complementaria, se argumenta sobre el universalismo de los derechos y la necesidad de implantar una «ciudadanía cosmopolítica». Véase KYMLICKA, W.: *Ciudadanía multicultural*, trad. Carme CastellsAuleda, Barcelona, Ed. Paidós, 1996. Puede consultarse VITALE, E.: «Ciudadanía, ¿último privilegio?», VV. AA.: *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, edición de Miguel Carbonell y Pedro Salazar, Madrid, Trotta, 2005, págs. 463 y sigs.

⁸³ KELSEN, H.: *La paz por medio del derecho*, trad. L. Echávarri, Buenos Aires, Losada, 1946. La crítica de esta posición desde el realismo político se realiza en ZOLO, D.: *Cosmópolis. Perspectiva y riesgos de un gobierno mundial*, Barcelona, Paidós Ibérica, 2000. Sobre esta problemática, puede consultarse ampliamente MONEREO PÉREZ, J. L.: «Soberanía y orden internacional en Carl Schmitt», Est. preliminar a SCHMITT, C.: *El Nomos de la Tierra en el Derecho de Gentes del «Ius publicum europaeum*, Granada, Ed. Comares, 2002, págs XI a CXXVIII.

reforma de la actual jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, hoy escasamente relevante»⁸⁴. La importancia del garantismo internacional de los derechos, no debe desconocer, sin embargo, la estrategia de los poderes, pues todo derecho presupone una lucha para su reconocimiento y realización efectiva frente a la presión ejercida por los grupos antagonistas⁸⁵. Es una lucha por la dignidad humana⁸⁶ y sus condiciones de realización plena atendiendo a los modos de existencia del hombre, en cuyo eje se encuentra el derecho a la existencia (incluido el proceso de constitucionalización de los derechos en el ámbito de la Unión Europea, con la juridificación problemática de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE).

La eficacia real de los derechos fundamentales, como en el fondo la de todos los derechos que se tengan por tales mirados desde el punto de vista del sistema jurídico, depende íntimamente de la concurrencia de determinados presupuestos objetivos, de entre los cuales interesa aquí señalar los que revisten un carácter estrictamente jurídico (factores jurídicos determinantes de la existencia de los derechos sociales fundamentales). La existencia como realidad jurídica de un derecho *social* fundamental requiere de la actualización de dos tipos de requisitos interdependientes, a saber: el supuesto técnico-jurídico general de «positividad» y un sistema de garantías jurídicas e institucionales a través de determinadas técnicas específicas de organización jurídica.

Ahora bien: en el horizonte utópico se encuentra la idea de una «ciudadanía cosmopolítica» (Habermas; Falk; Held; Beck y Bauman) o «ciudadanía universal» o «ciudadanía europea», de manera que la ciudadanía nacional y la ciudadanía cosmopolítica podrían tender a unirse en un continuum social y político. Se estaría ante un proceso de transición entre el Derecho internacional «westfaliano» a un Derecho cosmopolítico, al que corresponde la dimensión sociopolítica y comunicativa de la ciudadanía universal. En la perspectiva de la

⁸⁴ FERRAJOLI, L.: *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, pág. 153.

⁸⁵ Véase la obra clásica de IHERING, R. V.: *La lucha por el derecho*, trad. Adolfo Posada, edición y estudio preliminar, «Ihering y la lucha por el derecho», Granada, Ed. Comares, 2008; y para la lucha por la integridad de los derechos de ciudadanía combinando y articulando la estrategia jurídica de los derechos y la estrategia jurídica de los poderes, dando cuenta de la relevancia de la juridificación y de la atención a las fuerzas e intereses políticos realmente en presencia, véase MONEREO PÉREZ, J. L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Trotta, 1996, espec., págs. 159 y sigs. («Una estrategia de ciudadanía basada en los derechos y en los poderes colectivos: las dos formas de concebir y extender la ciudadanía»).

⁸⁶ Sobre el valor de la dignidad humana en la dimensión europea, véase SERNA, P.: «La dignidad humana en la Constitución Europea», en VV. AA.: *Comentarios a la Constitución Europea*, Libro II, Enrique Álvarez Conde y Vicente Garrido Mayol, V. (directores), Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, págs. 191 y sigs.

realidad política este enfoque globalizador tienen a infravalorar el papel positivo de los Estados en la esfera internacional, el carácter contradictorio del proceso y su implicación directa en la determinación de las políticas internacionales. La ideología del globalismo jurídico mantiene una visión optimista del proceso e ignora ese perdurable papel de los Estados nacionales⁸⁷. Es lo cierto que el universalismo racionalista de la Ilustración quiere ir más allá del Estado con su impulso universal de la razón subjetiva en la afirmación de los derechos del hombre, pero nació como filosofía —e ideología— en el interior de las formas estatales existentes. De ahí que la afirmación de los derechos, lejos de realizarse universalmente, ha constituido un cauce importante de reforzamiento y de legitimación de la soberanía, es decir, de ese universal particular que es el Estado moderno (a pesar del hecho de que se pretendía también limitar —en cierta medida— el poder soberano del Estado). De hecho el Estado acabó siendo un instrumento especialmente adecuado y eficaz en la instrumentación de los derechos, realizando, así, una suerte de determinación territorial de los derechos. Al tiempo el impulso universalista de los derechos afirmados se resuelve en ideología con pretensiones expansivas de una verdad objetiva y absoluta, y será entonces cuando se manifiesta con la fuerza de —potencia— de romper la espacialidad del Estado nacional. La idea enlaza con la afirmación crítica de la tendencia hacia la universalidad de los derechos humanos y la reproposición *normativa* de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, en la era de la globalización. Con ello se produce una cierta tensión persistente entre la espacialidad del Estado y el aserto de la universalidad de los derechos del hombre, como derechos de la Humanidad en su totalidad indiferenciada. La modernidad tardía, con toda su complejidad y diversidad cultural, exige esa universalidad y la predisposición de mecanismos de tutela de carácter universalista o supranacional, es decir, derechos garantizables universalmente, con las mediaciones políticas necesarias⁸⁸. El problema continúa siendo el dato cultural de que la Declaración Universal es tributaria, en gran medida, de la tradición cultural europea, profundamente impregnada de la filosofía iusnaturalista cristiana. También se ha criticado la *inherencia generalizada* de los derechos del hombre a la naturaleza humana en cuanto tal, prescindiendo del particular contexto cultural que marcó su surgimiento en la historia particular

⁸⁷ Una crítica a esa ideología del «globalismo jurídico» en ZOLO, D.: *I signoridella pace. Una critica del gobalismo giuridico*, Roma, Carocci, 1998 (traducción castellana, *Los señores de la paz. Una crítica del globalismo jurídico*, Madrid, Dykinson, 2005); ID.: «Fundamentalismo umanitario», en IGNATIEFF, M.: *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Milán, Feltrinelli, 2003.

⁸⁸ Véase HABERMAS, J.: *La inclusión del otro: estudios de teoría política*, Barcelona, Paidós Ibérica, 1999; ID.: *Vergangenheits Zukunft*, Zúrich, Pendo Verlag, 1990.

europea ⁸⁹. En un sistema internacional que se encuentra condicionado por los intereses de las grandes empresas (reflejado en la *lex mercatoria*) y entidades financieras, el poder de decisión de las fuerzas del mercado tiende a prevalecer sobre la decreciente función reguladora de los sistemas jurídicos estatales. Un sistema internacional globalizado que se encuentra dominado por la ideología del liberalismo económico. Por lo demás, lo que se asiste es al fenómeno de redefinición —y en alguna medida desmantelamiento— del Estado social y la generalización de los niveles de inseguridad material de las personas. En este contexto global no encuentra facilidades las alternativas de *reespacialización* de la democracia como «democracia global» basada precisamente en el universalismo racional de los derechos humanos, moral y jurídicamente obligatorios ⁹⁰. Menos ingenua es la posición de Habermas, para el cual debe garantizarse la democracia y sus valores fundamentales en un contexto de crisis de la estatalidad y de expansión de un mercado libre de todo control político-democrático. La emergencia de la constelación post-nacional representa para él el gran reto actual de los sistemas democráticos. Respecto al cual se apuesta por la federación europea (la Unión Europea), como estrategia de reespacialización de la política en el mundo global, por un lado, y por otro, por la implantación de una democracia deliberativa global, que pondría —ni quizás debería— imponer algo más que un universalismo de las diferencias ⁹¹. En una dirección análoga se subraya la formación de nuevas formas de unidad política supraestatales, capaces de hacer frente a la exigencia de una «reespacialización» de la política democrática más allá de los confines del Estado (estructuras políticas parlamentarias de ámbito regional europeo, creciente obligatoriedad del Derecho internacional y elaboración de Cartas de Derechos internacionales jurídicamente vinculantes) y que permita gestionar los nuevos espacios de poder a través de formas de democracia deliberativa, comunicativas, pluralistas y participativas ⁹². Esa adaptación de los

⁸⁹ La crítica al particularismo filosófico y jurídico de los derechos se ha formulado, por ejemplo, por BACCELLI, L.: *Il particolarismo dei diritti. Poteri degli individui e paradossi dell' universalismo*, Roma, Carocci, 1999. Aunque tampoco se puede desconocer la realidad de que la «modernidad reflexiva» o «segunda modernidad» presenta un carácter global muy vinculado a la tradición cultural occidental, su concepción antropológica del individuo, de lo público y de lo privado, etcétera. Es la posición de BECK, U.: *¿Qué es la globalización?: falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Barcelona, Paidós Ibérica, 2001.

⁹⁰ Es lo que afirma el «globalismo jurídico» en los términos de autores como ARCHIBUGI, D. y BEETHAM, D.: *Diritti umani e democrazia cosmopolitica*, Milán, Feltrinelli, 1998; HÖFFE, O.: *Demokratieim Zeitalter der Globalisierung*, Munich, Beck, 1999; HELD, D.: *La democracia y el orden global: del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, Barcelona, Paidós Ibérica, 2002.

⁹¹ HABERMAS, J.: *La constelación posnacional. Ensayos políticos*, Barcelona, Paidós Ibérica, 2000.

⁹² HELD, D.: *La democracia y el orden global: Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, 3.ª ed., Barcelona, Paidós, 2002; ID.: *Un pacto global: la alternativa socialdemócrata al Consejo de Washington*, Madrid, Taurus, 2005.

espacios de la política permitiría articular una respuesta acorde con la internacionalización de la economía pretendiendo su control democrático.

1.3.1.2. *Las «capacidades» de las personas mayores y su «juridificación»*

No es difícil advertir, con tan sólo mirar de cerca la realidad social, que los sujetos más vulnerables —entre los que suelen encontrarse las personas mayores— no tienen apoyo en funciones esenciales de la vida humana en la mayor parte de las sociedades. Se encuentran peor alimentados que los hombres, presentan un nivel inferior de salud, y son más vulnerables a la violencia física y al abuso sexual. Además, es mucho menos probable que tengan verdadero acceso a la educación. Tienen más dificultades para acceder a los puestos de trabajo, a menudo son intimidadas por parte de las familias o del esposo, son discriminadas por razón de sexo en el salario y acoso sexual en el lugar de trabajo. Tampoco disponen de recursos legales efectivos para organizar una defensa de sus intereses. Los obstáculos son también impuestos para la participación efectiva en la vida política. En muchos casos las desigualdades son refrendadas por la legislación, muchos Estados, las personas débiles o marginadas no tienen plena igualdad ante la ley; ni tienen los mismos derechos de propiedad que los hombres; ni iguales derechos contractuales, de asociación, de movilidad, ni siquiera la misma libertad religiosa. En las vías de hecho, la desigualdad es obvia por la carencia de oportunidades vitales. Ello supone que no pueden desarrollar otras capacidades y facultades como oportunidades para el juego y para el cultivo de sus facultades imaginativas y cognitivas. El coste para el desarrollo personal y el bienestar emocional es inmenso. Con todo, las personas vulnerables ostentan menos oportunidades que los demás seres humanos para vivir libres de temores y de disfrutar de tipos más gratificantes de amor⁹³.

Es así que *las desiguales circunstancias sociales, políticas y jurídicas confieren a las personas vulnerables capacidades humanas desiguales*. Esta realidad exige «materializar» los derechos a través de la consideración de las capacidades de las personas. Por decirlo expresivamente: se da un trato a las personas desfavorecidas no consideradas como fines en sí mismos, como personas con una dignidad que debe ser garantizada por el Derecho y las instituciones. Son tratadas como simples instrumentos para los fines de otros de carácter instrumental. Se les otorga, en términos generales, un valor instrumental. Un análisis a nivel mundial pone de manifiesto que las personas desfavorecidas carecen de un apoyo esencial para

⁹³ MONEREO PÉREZ, J. L.: *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2009, págs. 143 y sigs.; y ampliamente MONEREO ATIENZA, C.: *Desigualdades de género y capacidades humanas*, Granada, Ed. Comares, 2010, *passim*.

llevar una vida plenamente humana y un libre desarrollo de la personalidad ⁹⁴. La garantía de las capacidades en la vida de las personas desfavorecidas o discriminadas es un campo específico para la *acción pública*, debiendo ser un interés urgente de los Estados y de los poderes públicos en general ⁹⁵. Es así, que el hecho de que las personas vulnerables, por esa situación de desigualdad *social*, no alcancen un nivel más elevado de capacidad que les permita acceder a las funciones humanas centrales es, en consecuencia, un *problema de justicia social*. El enfoque de las capacidades, muy especialmente a través de la asunción de las reflexiones de Amartya Sen sobre la desigualdad de las capacidades de las personas para actuar y desenvolverse, ha ejercido una influencia directa en el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) para establecer el Índice de Desarrollo Humano (IDH), el indicador multidimensional que actualmente utilizan el PNUD y otras muchas instituciones que se ocupan de la investigación social y económica. Se puede identificar tres tipos de desigualdad: 1.º La desigualdad vital, relativa a las desiguales oportunidades de que disponen los seres humanos y que se deben a factores eminentemente sociales; 2.º La desigualdad existencia, que hace referencia al distinto grado de capacitación y de libertad de las personas; y 3.º La desigualdad de recursos, que concierne a la desigualdad de los recursos de los que disponen las diferentes personas para actuar. En este caso se puede distinguir entre dos aspectos: a) La base, esto es, «el capital» del que se puede hacer uso (los ingresos y la riqueza; el poder; la cultura y la educación y los contactos y las «conexiones» sociales); b) El acceso a los recursos, las oportunidades y las condiciones que determinan las potencialidades. Todos estos factores interactúan y se entrelazan constantemente ⁹⁶. La toma en consideración de esta perspectiva más compleja e integradora de la desigualdad permitirá afrontar más correctamente las situaciones de mayor desigualdad tanto en las fases iniciales del ciclo vital (infancia y adolescencia), como en las de la vida adulta en activo y durante la ancianidad. Tanto más cuanto se repara a un creciente recorte de los mecanismos de provisión pública y el consiguiente traslado forzoso o impuesto del riesgo económica desde el Estado/poder público a las familias y a los individuos en todas las edades. Las consecuencias son una mayor desigualdad social y el surgimiento de nuevas formas de pobreza.

⁹⁴ Véase NUSSBAUM, M. C.: *Las mujeres y el desarrollo humano*, Barcelona, Herder, 2002, espec., pp. 27 y sigs.; y con amplia argumentación debe tenerse en cuenta la aportación de SEN, A.: *La idea de la justicia*, Buenos Aires/Madrid, Ed. Taurus, 2011.

⁹⁵ NUSSBAUM, M. C.: *Las mujeres y el desarrollo humano*, Barcelona, Herder, 2002, págs. 268 y sigs.

⁹⁶ Puede consultarse, THERBORN, G.: «Evolución global y perspectivas de los diferentes tipos de desigualdad en el mundo», en *Los nuevos problemas sociales. Duodécimo Foro sobre Tendencias Sociales*, José Feliz Tezanos (ed.), Madrid, Ed. Sistema, 2012, págs. 269 y sigs.

El Informe «2011 Estado del Futuro» es altamente significativo de los grandes dilemas mundiales ya planteados. En el denominado «The Millenium Project», un «thinktank» internacional e independiente con cuarenta nodos alrededor del mundo, elaboró su informe anual de prospectiva «2011 of thefuture», el cual incluye un listado de quince grandes problemas, desafíos o retos a escala mundial: Desarrollo sostenible y cambio climático que imponen límites al crecimiento (decrecimiento) y políticas ecológicamente sostenibles; agua limpia; población y recursos; democratización; perspectivas a largo plazo; convergencia global de las tecnologías de la información; brecha entre ricos y pobres vinculada a los excesos de la economía de mercado bajo condiciones capitalista de organización del orden económico; la salud; *capacidad para decidir* incrementando la capacidad de las personas y aprovechando las nuevas tecnologías de la información; paz y conflicto; situación de la mujer; crimen transnacional organizado; energía; ciencia y tecnología; ética global⁹⁷.

En la misma dirección insiste el Informe «2012. Estado del Futuro», sobre la base de esos grandes problemas, se considera que la humanidad necesita un enfoque global, multifacético, de cara al futuro, con visión general a largo plazo y metas de largo alcance, para ayudar a tomar mejores decisiones hoy para construir un futuro mejor. La consecución de estos objetivos a largo alcance como el aterrizaje en la luna o la erradicación de la viruela que se consideraban imposibles, inspiraron a muchas personas para ir más allá de los intereses económicos egoístas de corto plazo a los de grandes logros. A corto plazo, la toma de decisiones económica egoísta ha llevado a muchos problemas, que van desde la crisis del Euro, al estancamiento político en Washington y las acciones insuficientes en Río +20. Las opciones para crear y actualizar estrategias prospectivas nacionales, globales y corporativas son tan complejas y están cambiando tan rápidamente, que es casi imposible para los tomadores de decisiones recoger y comprender la información necesaria para elaborar y ejecutar políticas coherentes. Al mismo tiempo, las consecuencias de las políticas incoherentes son tan graves que los nuevos sistemas de inteligencia colectiva son necesarios para mejorar la capacidad de recuperación.

Por otra parte, se insiste en dicho Informe 2012 en que la aceleración del cambio reduce el tiempo entre el reconocimiento de la necesidad de tomar una decisión y el completar todos los pasos para tomar la decisión correcta. Como re-

⁹⁷ Véase GLENN, J. C., GORDON, TH. J. y FLORESCU, E.: *2011 Estado del Futuro*, Donostia (País Vasco), Prospektiker, 2011; y CASTILLA, A.: «Los problemas globales y sus impactos sociales», en *Los nuevos problemas sociales. Duodécimo Foro sobre Tendencias Sociales*, José Feliz Tezanos (ed.), Madrid, Ed. Sistema, 2012, págs. 325 y sigs; PAYNE, A. y PHILLIPS, N.: *Desarrollo*, Madrid, Alianza Editorial, 2012; MONEREO PÉREZ, J. L.: «Protección del medio ambiente (Artículo 37)», en VV. AA.: *La Europa de los derechos*, cit., págs. 1017 y sigs., y la bibliografía allí citada.

sultado, muchas de las instituciones del mundo y los procesos de toma de decisiones son ineficientes, lentos y están mal informados. Las estructuras institucionales no están anticipando y respondiendo lo suficientemente rápido a la aceleración del cambio, por lo que es probable que el malestar social continúe hasta que las nuevas estructuras proporcionen una mejor gestión. Esto también puede provocar una vuelta a la ciudad y a la cooperación subregional como el lugar del liderazgo político y la gestión. Los desafíos de hoy no pueden ser abordados por los gobiernos, las empresas, las organizaciones no gubernamentales, las universidades y los organismos intergubernamentales solos; por lo tanto, tiene que desarrollarse la toma de decisiones transinstitucional y tienen que crearse las plataformas comunes para la toma de decisiones estratégica y su implementación transinstitucional.

Ciertamente, como se hace notar, la humanidad necesita un enfoque global, multifacético, de cara al futuro, con visión general a largo plazo y metas de largo alcance, para ayudar a tomar mejores decisiones hoy para construir un futuro mejor. La consecución de estos objetivos a largo alcance como el aterrizaje en la luna o la erradicación de la viruela que se consideraban imposibles, inspiraron a muchas personas para ir más allá de los intereses económicos egoístas de corto plazo a los de grandes logros. A corto plazo, la toma de decisiones económica egoísta ha llevado a muchos problemas, que van desde la crisis del euro, al estancamiento político en Washington y las acciones insuficientes en Río +20. Las opciones para crear y actualizar estrategias prospectivas nacionales, globales y corporativas son tan complejas y están cambiando tan rápidamente, que es casi imposible para los tomadores de decisiones recoger y comprender la información necesaria para elaborar y ejecutar políticas coherentes. Al mismo tiempo, las consecuencias de las políticas incoherentes son tan graves que los nuevos sistemas de inteligencia colectiva son necesarios para mejorar la capacidad de recuperación⁹⁸.

En la remoción de estas desigualdades no quedaría al margen el problema del poder; la apuesta tiene que ser decididamente una estrategia de poderes y de derechos, y para algunos, en otra perspectiva, una estrategia *complementaria* de «*capacidades*» de realización del ser humano, y que deben ser impulsadas, promovidas y potenciadas institucionalmente, a fin de remover todos los obstáculos que impi-

⁹⁸ GLENN, J. C., GORDON, TH. J. y FLORESCU, E.: *The Millennium Project. Estado del Futuro 2012*, edición ejecutiva, Washington, Librería del Congreso, 2012, págs. 9 y sigs. En una valoración de conjunto se considera que se está avanzado en materias relativas al acceso al agua; tasa de alfabetización; expectativa de vida al nacer; pobreza; mortalidad infantil; guerras; prevalencia del SIDA; usuarios de Internet. Se está retrocediendo en deuda total; desempleo; desigualdad en el ingreso; huella ecológica/radio biocapacidad. No hay cambio significativo o el cambio no está claro en corrupción; derechos humanos; electricidad de fuentes renovables; tierras forestales; gastos en investigación y desarrollo (Ibid., pág. 10).

dan la libertad y el libre desarrollo de la personalidad humana⁹⁹. De este modo, la *universalidad actúa sobre las necesidades específicas, concretas, de los seres humanos*. Es significativo que la delimitación del concepto de capacidades haya sido utilizado para referir a las *posibilidades reales* de llevar a cabo una vida humana digna, en plena disposición de libertades sustanciales, y de participar activamente en las actividades sociales y políticas. Desde esa perspectiva, las situaciones de pobreza y de exclusión social supondrían una privación material de las «capacidades» de las personas. El enfoque de las capacidades se basa en una visión universalista de las funciones centrales de la persona, íntimamente vinculada a una forma de liberalismo político y social, de manera que una de las tareas prioritarias ha de ser defender este tipo de universalismo como una base válida con la cual afrontar los problemas de las personas en el mundo tanto desarrollado como subdesarrollado, con las lógicas diferencias específicas existente entre ellos. La meta ha de ser el aportar los fundamentos para una visión de los principios constitucionales básico que deben ser respetados e implementados por los gobiernos de todas las naciones como un mínimo exigido por el respeto a la dignidad humana. Estas consideraciones son importantes para construir un sistema de protección pública eficiente dirigido a las personas mayores.

La mejor aproximación a esta idea de un mínimo social básico proviene de un enfoque centrado en las *capacidades humanas*, es decir, en aquello que la gente es realmente capaz de hacer y de ser, de acuerdo a una idea intuitiva de la vida que

⁹⁹ Nussbaum, Martha C.: «Los sentimientos morales y el enfoque de las *capacidades*», en *Claves de Razón Práctica*, núm. 169 (2007), págs. 28-35; ID.: *Capacidades como titulaciones fundamentales: Sen y la justicia social*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005; ID.: *Los derechos en conflicto*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 2005; ID.: *Women and Human Development. The Capabilities Approach*, Cambridge University Press, 2000; ID.: *Las mujeres y el desarrollo humano: un enfoque de las capacidades*, Barcelona, Herder, 2002. Ofrece un enfoque radicalmente nuevo sobre cómo debe comprenderse la calidad de vida y sobre cuál ha de ser el umbral mínimo que los gobiernos deben asegurar a sus ciudadanos y ciudadanas para que puedan desarrollar sus *capacidades* como seres humanos. Se propone ofrecer un esquema de acción de valor universal, aplicable dondequiera que se de una situación de desigualdad y de injusticia. Señala la autora que en la mayor parte del mundo, las mujeres carecen de lo más elemental para el desarrollo de una vida humana. Reciben una alimentación inferior a los hombres, tienen una salud más precaria que ellos y son también más vulnerables a la violencia física y al abuso sexual. En muchos países, las mujeres no pueden tampoco participar en la vida política ni tienen los mismos derechos y libertades que los hombres. Estos y otros obstáculos y privaciones impiden que las mujeres puedan desarrollar sus *capacidades* humanas —cognitivas, emocionales, imaginativas— en la misma medida que los hombres. Martha C. Nussbaum, una de las voces filosóficas más innovadoras e influyentes de nuestro tiempo, ha llamado la atención en su obra sobre la necesidad de reconocer y comprender estos y otros problemas a los que las mujeres se enfrentan, por el simple hecho de ser mujeres, en la mayor parte del mundo. Las mujeres y el desarrollo humano combina la filosofía clásica y contemporánea, la economía y el derecho, con la experiencia personal de la autora en la India.

corresponda a la dignidad del ser humano. De ahí que considera necesario identificar una lista de capacidades básicas centrales, situándolas en un tipo de liberalismo político y social que las transforma en metas específicamente políticas y que las presenta libres de toda fundamentación específicamente metafísica. Estima que las capacidades pueden ser objeto de una «consenso traslapado» entre personas que, de otro modo, asumen concepciones comprehensivas muy distintas acerca del bien. Esas capacidades han de procurarse para todas y cada una de las personas, tratando a cada persona como fin y no como un simple instrumento para los fines de otros. Este enfoque de capacidades facilita adicionalmente las comparaciones de calidad de vida entre las personas de distintos países. Se subraya la potencialidad universalizante de este enfoque, pues las capacidades son relevantes para todos y cada uno de los individuos, en todos los Estados, y cada uno ha de ser tratado como un fin y no como un instrumento. En particular, las mujeres y las personas mayores sufren con carácter generalizado una acusada falta de capacidad¹⁰⁰. Este enfoque —que incluye la perspectiva de género— ha tenido un respaldo e influencia a través del *Informe sobre desarrollo humano*, del Programa de las Naciones Unidas por el Desarrollo (NUD); informes realizados a partir del año 1993.

El enfoque de las capacidades parte de una concepción política del ser humano y de la idea de una vida conforme con la dignidad humana. Dicho enfoque hace suya una noción de la especie y de las actividades características de la especie¹⁰¹. De ello resulta que las políticas públicas han de organizar todo un sistema de tutela jurídica e institucional coherente. Manteniendo un entronque con el liberalismo, subraya que en su «versión» del enfoque de las capacidades debe afirmarse el principio básico de que cada persona es un fin en sí mismo. Así, el sujeto primario de la justicia política es el individuo, no el grupo, y una política encaminada a mejorar la situación del grupo tendrá que ser rechazada si no fomenta las capacidades básicas de todos y cada uno de los individuos. Esta orientación de la asistencia se sitúa en la tradición del liberalismo. Ahora bien, el enfoque de las capacidades critica determinadas corrientes dentro de esa tradición liberal por entender que no prestan suficiente atención a las condiciones materiales e institucionales de la libertad¹⁰². En el fondo lo que propone es una revisión crítica del liberalismo. Propone el enfoque de las capacidades más allá de las fronteras nacionales, que permita conferir a todas las personas las opciones de vida básicas. Este enfoque afirma que un mundo donde los individuos disponen todas las capacidades de la lista es un mundo que cumple unas condiciones mínimas de justicia social y

¹⁰⁰ NUSSBAUM, M. C.: *Las mujeres y el desarrollo humano*, Barcelona, Herder, 2002, espec., págs. 31 y sigs.

¹⁰¹ *Las fronteras de la justicia*, cit., pág. 185.

¹⁰² *Las fronteras de la justicia*, cit., págs. 198 y sigs.

decencia. Se imponen principios e instituciones que garanticen que todos los seres humanos posean las capacidades de la lista, o puedan reclamarlas de forma efectiva si no es así. De este modo, mantiene una estrecha relación con el diseño institucional y constitucional. Lo que hay que determinar es lo que las personas tienen derecho a recibir, antes incluso de que podamos decir sobre quién recaen los deberes correspondientes. Esta reflexión conducirá a la conclusión de dichos deberes existen, y que existe un ámbito de obligación colectiva a garantizar que los individuos reciban lo que es debido. El enfoque de las capacidades parte de los derechos, tanto a nivel nacional como en el ámbito internacional y europeo¹⁰³. La justicia exige la satisfacción de ciertos bienes básicos en la vida de los seres humanos, debiéndose distribuir de tal modo que los bienes esenciales o primarios (Rawls) estén a disposición de todas las personas. Los individuos tienen que tener esos medios para el desarrollo de su dignidad, esto es, para llevar una vida acorde con la dignidad humana. Para el enfoque de las capacidades todas las personas tienen un derecho en justicia a un mínimo de cada uno de los bienes centrales de la lista de las capacidades identificadas. Si esto es así, si las personas tienen esta clase de derechos, de ello deriva la existencia de una obligación colectiva de proveer a todos los individuos del mundo con aquello que necesitan. El mundo sólo será mínimamente justo y decente si se garantiza el conjunto de capacidades básicas a todas las personas del mundo, hasta un umbral adecuado. Este enfoque es pragmático al respecto, pues la perspectiva de las capacidades se orienta eminente al «resultado», toda vez que trata de medir la justicia o la justicia parcial mínima, en términos de la capacidad de un Estado para garantizar a los individuos una lista de capacidades básicas. Este enfoque supera la idea dominante de un desarrollo meramente nominal: el método dominante para evaluar el bienestar o la calidad de vida en un Estado analizar simplemente el PIB per cápita. Este criterio tenía el inconveniente de que no tenía en cuenta la distribución y premiaba a los Estados por su crecimiento, aunque contuvieran grandes índices de pobreza y altos niveles de desigualdad¹⁰⁴.

El enfoque de las capacidades —tanto en la concepción de Nussbaum, como incluso en la de Amartya Sen— tiene la virtualidad, acaso, de evitar el riesgo de análisis formalistas en relación a la universalidad de los derechos humanos; análisis desprovistos de la toma en consideración de las condiciones sociales realmente existentes y que condicionan la satisfacción adecuada de las necesidades humanas a cuya satisfacción los derechos han de servir. No se trata de enfoques alternativos (capacidades versus derechos), sino de enfoques estrictamente complementarios desde el punto de vista teleológico y funcional (capacidades/derechos). Nussbaum

¹⁰³ *Las fronteras de la justicia*, cit., cap. V, págs. 273 y sigs.

¹⁰⁴ *Las fronteras de la justicia*, cit., págs. 279 a 281.

lo dice explícitamente al observar que resulta obvio que el enfoque de las capacidades se encuentra estrechamente asociado al enfoque de los derechos humanos. Es propiamente una especificación del enfoque de los derechos humanos. Ello se refleja significativa en el hecho de que las capacidades que figuran en su lista y la de Amartya Sen comprenden muchos de los derechos sobre los que defiende el movimiento de los derechos humanos: las libertades políticas, la libertad de asociación, la libertad de trabajo y diversos derechos económicos y sociales. Y las capacidades, al igual que los derechos humanos, aportan un conjunto de objetivos humanamente ricos para el desarrollo —cualitativo y no simplemente nominal y cuantitativo—, en lugar de la riqueza y la pobreza de los economistas. La conexión entre capacidades y derechos es intrínseca a ambos conceptos y modos de observación de la realidad social, pues, las capacidades cubren el terreno que ocupan tanto los derechos considerados de la primera generación (las libertades políticas y civiles) como los derechos de segunda generación (los derechos económicos, sociales y culturales). Capacidades y derechos humanos van juntas, en una relación de complementariedad, no de alternativa y menos aún de oposición. Cumplen un papel análogo, porque aportan el fundamento para los principios constitucionales básicos¹⁰⁵.

Además, las capacidades desempeñan un papel parecido, al aportar una *justificación* para unos derechos fundamentales de gran importancia que pueden servir como base tanto para el pensamiento constitucional en el marco nacional como para el pensamiento sobre la justicia en el ámbito. La relación es de complementariedad y especificación o concreción, porque el lenguaje de las capacidades precisa y complementa en sentidos importantes el lenguaje de los derechos. La teoría de los derechos siempre es problemática y discutida con muchos desacuerdos filosóficos e ideológico-jurídicos y políticos. A diferencia de ello —y complementándolo— el enfoque de las capacidades presenta la ventaja de asumir posiciones claras en relación a estas disputadas cuestiones, y establece también nítidamente cuáles son sus motivaciones y cuál es su objetivo central. E incluso va más allá al indicar que ese enfoque de las capacidades mantiene que los derechos relevantes

¹⁰⁵ NUSSBAUM, M. C.: *Las mujeres y el desarrollo humano*, cit., págs. 143 y sigs. Entiende que, en algunas áreas, la mejor manera de pensar acerca de los derechos es verlos como «capacidades combinadas». La mejor forma de pensar el derecho a la participación política, el derecho al libre ejercicio de la religión, el derecho a la libre expresión, como también otros derechos, es hacerlo como capacidades para el funcionamiento. En definitiva, garantizar los derechos a los ciudadanos en estas áreas es situarlos en una posición de capacidad combinada para funcionar en esta área. En términos de eficiencia, una persona tendrá realmente un derecho tan sólo cuando si existen medidas efectivas para hacer que los individuos sean verdaderamente capaces de desarrollar la facultad o facultades que comprende. Es un problema de *capacitación real para vivir*, qué es lo que es lo que es capaz de hacer y qué oportunidades tiene para su funcionamiento vital en sociedad.

son prepolíticos, no simples creaciones de la legislación y las instituciones. De este modo, un Estado que no haya garantizado estos derechos es en esta misma medida injusto. Es cierto que la mayoría de los enfoques de derechos humanos también mantienen estas ideas, pero no debe olvidarse que una tradición importante dentro de la reflexión sobre los derechos discrepa, y sostiene que los derechos son creaciones políticas. Ante ello, el enfoque de las capacidades constituye una especificación del enfoque de los derechos que aporta respuestas nítidas y soluciones adecuadas. Por lo demás, el lenguaje de los derechos presenta diversas ambigüedades.

La que se propone es una lista mínima (o, mejor, un nivel mínimo estándar) *necesaria* de capacidades funcionales humanas centrales que le permiten a la persona realizar una vida libremente orientada (vida saludable, integridad física, salud, capacidad relacional, capacidad de control sobre el entorno de cada uno, de ordenar autónomamente la propia vida, etcétera). Es importante para las personas mayores y cada vez más es tomado en consideración para las acciones dirigidas en favor de este colectivo poblacional. Esta teoría de la capacidad *produce normas constitucionales* que deben cumplir los Estados para garantizar que están dentro de la legitimidad¹⁰⁶. Tras este enfoque de las capacidades subyace una *perspectiva*

¹⁰⁶ Véase NUSSBAUM, M.: *Las mujeres y el desarrollo humano. El enfoque de las capacidades*, Barcelona, Paidós, 2002; *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*, Barcelona, Paidós, 2007; *Los límites del patriotismo. Identidad, pertenencia y «ciudadanía mundial»*, Joshua Cohen (comp.), Barcelona, Paidós Ibérica, 1999; *El ocultamiento de la humanidad. Una defensa clásica de la reforma en la educación liberal*, Barcelona, Paidós Ibérica, 2005. Autores próximos a Nussbaum, como John Tasioulas, cuestionan el discurso de los derechos humanos proclamados en tratados y declaraciones internacionales, entre otras cosas, porque, en su opinión, «carecen del carácter universal necesario». Entiende que todos tienen derecho moral de tener derechos humanos simplemente por el hecho de ser seres humanos. Y esto es así, aunque la capacidad humana para establecer este tipo de relaciones sea una consideración pertinente para la identificación de los derechos humanos. Los derechos humanos protegen la dignidad humana. Pero prefiere una concepción más pluralista de los intereses que dan origen a los derechos humanos. El objetivo esencial es *garantizar el acceso* de todas las personas a los medios de subsistencia (aire y agua limpia, alimentos, vestimenta y abrigo adecuados y un mínimo básico de atención médica- que permitan contar con lo necesario para tener una oportunidad razonable de llevar una vida medianamente saludable y activa de una duración relativamente normal, salvo por la acción de eventos trágicos que son inherentes al carácter contingente de la condición humana. Se trata de que el bienestar quede devaluado a un simple derecho retórico. Tiende a reforzar la idea de invocar directamente los intereses humanos fundamentales (autonomía, encontrarse libre de dolor y degradación, etc.), porque entiende que existe una situación insatisfactoria del discurso contemporáneo sobre los derechos humanos. Cfr. TASIOLAS, J.: «La realidad moral de los derechos humanos», *Anuario de Derechos Humanos 2008*, disponible en www.anuariocdh.uchile.cl, págs. 41 a 67. También en una perspectiva más amplia, BROWN, W. y WILLIAMS, P.: *La crítica de los derechos*, Bogotá, Facultad de Derecho-Universidad de los Andes, 2003.

Desde una perspectiva distinta, Rawls había establecido una clasificación de los bienes primarios que tienen que garantizarse a toda persona predisponiendo los correspondientes recursos económicos y sociales. En su crítica al utilitarismo Rawls diferencia entre «utilidad» y los «bienes sociales primarios». De

antropológica consistente en ver al ser humano como persona con capacidad de decisión real, y como fin en sí mismo en el imperativo kantiano¹⁰⁷. La dignidad humana aparece como la premisa antropológico-cultural de una sociedad bien organizada. El enfoque de las capacidades humanas, próximo al de las «necesidades», como concepto que encuentra más universalizante que de los «derechos humanos». Las capacidades humanas remiten a lo que las personas son realmente capaces de hacer y de ser. Su identificación permite establecer recomendaciones normativas que traspasan las fronteras de las culturas, las naciones y las clases. Para ello propone que ciertas normas universales de las capacidades humanas tendrían que ser centrales, en lo político, para las consideraciones sobre principios básicos que pueden ser útiles como soporte para una serie articulada de garantías constitucionales en todos los Estados (concepción universalista de las capacidades y necesidades de los individuos en todo el mundo). Éstos deberían reconocerlas como mínimo indispensable para satisfacer la exigencia de respeto hacia la dignidad humana. Ninguna persona debería de estar por debajo de umbral mínimo de capacidades básicas para el desarrollo de su personalidad y autonomía; situaciones como la pobreza y la exclusión social impiden un desarrollo real de las capacidades potenciales. En tal sentido, el envejecimiento del envejecimiento aumenta el riesgo de la pérdida o de la dificultad de su ejercicio de las capacidades funcionales de las personas ancianas en esa fase avanzada de su ciclo vital. Su resultado sería la preservación de libertades y oportunidades para cada persona, respetándolas como fines en sí, y no como agentes o promotores de los fines de otros individuos o de otras instituciones. Proteger las capacidades implica tutelar aquellas instituciones que contribuyen a ello y debe considerarse en sí como una *inversión social* que revierte en beneficio no solo de las personas necesitadas sino más ampliamente en el conjunto de la sociedad. En su identificación se muestra favorable al universalismo y muy crítica respecto al relativismo.

Existen distintos niveles de capacidades funcionales humanas básicas sin los cuales no puede hablarse, en términos reales, de una buena vida o vida deseable

manera que en una sociedad bien organizada, y conforme a una teoría de la «justicia como equidad», todos los individuos han de tener las mismas libertades básicas y oportunidades vitales equitativas (libertades básicas, libertad de movimiento y de elegir trabajo, las bases sociales del autorrespeto, etcétera). Véase RAWLS, J.: *Teoría de la justicia*, 1.ª ed., México, FCE, 1979, 2.ª ed., 1995. El liberalismo social originario de Hobbhouse había llegado a planteamientos análogos a los Rawls. Véase HOBHOUSE, L. T.: *Liberalismo*, edición y estudio preliminar «Los fundamentos del liberalismo social y sus límites», a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2007, y desde el socialismo democrático por LASKI, H. J., *La gramática de la política. El Estado moderno*, edición y est. prel., «La filosofía política de Harold J. Laski», a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2002. Sobre su pensamiento social y político, puede consultarse MONEREO PÉREZ, J. L.: *La democracia en crisis: Harold, J. Laski*, Madrid, El Viejo Topo, 2004.

¹⁰⁷ KANT, E.: *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Madrid, Alianza Editorial, 2002.

y saludable para las personas y especialmente respecto de las personas más vulnerables, entre las que suelen encontrarse las personas mayores: 1.º Habría que distinguir un primer nivel relativo a la figura de la forma humana de vida, que incluye: la mortalidad, como rechazo hacia la muerte; el cuerpo humano como forma humana que, más allá de particularidades, implica aquello que diferencia al ser humano de otras especies; la capacidad de placer y de dolor, aunque pueden estar culturalmente configuradas y diversificadas; la facultad cognitiva, como la percepción, la imaginación y el pensamiento, el desarrollo infantil temprano, la razón práctica, la sociabilidad con otros seres humanos, la relación con otras especies y con la naturaleza, el humor y el sentido lúdico y la individualidad o independencia. 2.º A partir de ahí se identificaría un segundo nivel, el concerniente a las distintas capacidades funcionales humanas básicas y sin las cuales no se podría hablar de buena vida o vida deseable y saludable, que incluye, a su vez: el poder vivir hasta el final una vida humana completa tanto como sea posible, sin morir prematuramente y sin que haya quedado tan reducida que no merezca la pena ser vivida; tener buena salud, que comprende las necesidades sobre el cuerpo humano; evitar el dolor y tener experiencias placenteras; poder usar los cinco sentidos, imaginar, pensar y razonar; poder relacionarse con personas y cosas fuera de nosotros mismos y desarrollar relaciones afectivas; formarse una concepción del bien y generar capacidad crítica (señaladamente, en el sentido de reflexiva); poder vivir con y para otros comprometidos en dinámicas familiares y sociales; poder preocuparse por el entorno social y biológico y por sus otras formas de vida; poder disfrutar de actividades recreativas y de ocio; poder vivir la propia vida con el propio entorno y contexto, entre otras ¹⁰⁸.

Todo ello se vincula a la idea de necesidades básicas indispensables para el despliegue de una vida humana digna. Ahora bien, la satisfacción de los estándares mínimos de necesidades está mediatizada y condicionada objetiva y universalmente por las desigualdades económicas. Es el caso de la salud y de la autonomía personal (concebida como la capacidad de elegir libremente entre opciones informadas sobre lo que hay que hacer y cómo realizarlas, incluso relativamente bajo condiciones de

¹⁰⁸ NUSSBAUM, M.: «Capacidades humanas y justicia social», en VV. AA.: *Necesitar, desear, vivir. Sobre necesidades, desarrollo humano, crecimiento económico y sustentabilidad*, Madrid, Libros de la Catarata, Madrid, 1999, págs. 43 a 104, en particular págs. 63 y sigs.; *id.*: *Las mujeres y el desarrollo humano. El enfoque de las capacidades*, trad. R. Bernet, Barcelona, Ed. Herder, 2002; *id.*: *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*, Barcelona, Ed. Paidós, 2006; NUSSBAUM, M. y SEN, A. (Compiladores): *La calidad de vida*, trad. de R. Reyes Mazzoni, México, FCE, 1998. Entre nosotros MONEREO ATIENZA, C.: *Desigualdades de género y capacidades humanas*, Granada, Ed. Comares, 2010; MONEREO PÉREZ, J. L.: *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Albacete, Ed. Bomaizo, 2009; y RIBOTTA, S.: *Las desigualdades económicas en las teorías de la justicia. Pobreza, redistribución e injusticia social*, Madrid, CEPC, 2010.

discapacidad objetiva) que se encuentran entre las necesidades humanas consideradas básicas¹⁰⁹. Se requieren condiciones sociales y económicas previas para un adecuado desarrollo de las capacidades y la cobertura de las necesidades básicas. Su presupuesto de efectividad es la remoción de los obstáculos que impidan la liberación de la pobreza y de las situaciones de desigualdad¹¹⁰. La igualdad de capacidades básicas para realizar determinadas funciones o tareas está también condicionada por una diversidad de factores entre los que se encuentran sin duda las circunstancias objetivas vinculadas a la situación socio-económica y al desarrollo. La plena disponibilidad de las capacidades básicas y la cobertura de las necesidades es lo que confiere una libertad real y una autonomía efectiva a la persona¹¹¹. En esa concepción de la libertad real o positiva, la libertad es concebida como una libertad de la persona para autorrealizarse o autodesarrollarse. La autorrealización supone la completa y libre actualización y exteriorización de las potencias y las habilidades de los individuos, esto es, la realización plena de todas las capacidades humanas¹¹². Se trata de crear las condiciones objetivas —materiales— para que toda persona pueda desplegar sus

¹⁰⁹ Véase DOYAL, L. y GOUGH, I.: *Teoría de las necesidades humanas*, trad. J. A. Mayano y A. Colás, Barcelona, Icaria y Fuhem, 1994, espec., págs. 193 y sigs. Su conexión con la teoría de los derechos en MONEREO PÉREZ, J. L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, CES, 1996; *íd.*: *La protección de los derechos fundamentales. El Modelo Europeo*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2009.

¹¹⁰ Puede consultarse ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS): *Informe sobre la salud en el mundo 1995. Reducir las desigualdades*, Ginebra, OMS, 1995; *íd.*: *Informe sobre la salud en el mundo: colaboremos por la salud*, Ginebra, OMS, 2006; POGGE, T.: *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, trad. de E. Weikert García, Barcelona, Eds. Paidós, 2005; PAUGAM, S.: *Las formas elementales de la pobreza*, trad. de María Hernández, Madrid, Alianza editorial, 2006; MONEREO PÉREZ, J. L.: «La ideología del «darwinismo social»: La política social de Herbert Spencer», en *Documentación Laboral*, números 87 (2009) y 90 (2010); *íd.*: «Pobreza, trabajo y exclusión social en la larga duración: una reflexión crítica a partir de Henry George», en *Documentación laboral*, núm. 83 (2008), y la obra clásica de GEORGE, H.: *Progreso y miseria*, edición y estudio preliminar, «La economía de la desigualdad», a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2008.

¹¹¹ Puede consultarse SEN, A.: *Desarrollo y libertad*, trad. E. Rabasco y L. Toharia, Barcelona, Ed. Planeta, 2000, espec., págs. 94 y sigs.; *íd.*: *Nuevos examen de la desigualdad*, trad. A. M. Bravo, Madrid, Alianza editorial, 1999, págs. 39, 51 y 102-103; *íd.*: *Bienestar, justicia y mercado*, trad. D. Salcedo, Barcelona, Ed. Paidós, 1997, págs. 16 y sigs.; *íd.*: *La desigualdad económica*, trad. E. L. Suárez Galindo, México, FCE, 2001, *passim*. La idea de libertad real de los individuos adquiere en Sen una influencia visible de la libertad real como autorrealización propia del pensamiento de Karl Marx. Puede consultarse, SÁNCHEZ GARRIDO, P.: *Raíces intelectuales de Amartya Sen. Aristóteles, Adam Smith y Karl Marx*, Madrid, CEPC, 2008, espec., págs. 523 y sigs.; BOSETTI, G.: «La libertad positiva. Entrevista con Amartya Kumar Sen», en *Debats*, marzo-junio, núm. 43/44 (1993); CORTINA, A. y PEREIRA, G. (eds.): *Pobreza y libertad. Erradicar la pobreza desde el enfoque de las necesidades de Amartya Sen*, Madrid, Ed. Tecnos, 2009. Para una excelente exposición de la teoría marxista de las necesidades, véase HELLER, A.: *Teoría de las necesidades en Marx*, Barcelona, Eds. Península, 1978.

¹¹² Véase ELSTER, J.: «La realización personal en el trabajo y en la política: La concepción marxista de la buena vida», en ELSTER, J. y MOENE, K. O. (Comps.): *Alternativas al capitalismo*, trad. Esther Rabasco, Madrid, Centro de Publicaciones. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1992, págs. 189 a 233.

capacidades humanas en igualdad y libertad realmente existentes, en contraposición a la concepción restrictiva de la igualdad y la libertad en un sentido exclusivamente jurídico-formal. En ausencia de tales condiciones objetivas los seres humanos deshumanizan su existencia al no poder realizar plenamente sus capacidades. La libertad requiere de la capacidad de desarrollo de las capacidades humanas. Una sociedad democrática debe garantizar esa autorrealización, autonomía y participación, creando tales condiciones materiales e instrumentando las correspondientes políticas públicas distributivas y promocionales de la igualdad, libertad y solidaridad. De ahí la necesaria vinculación existente entre los principios de libertad, igualdad y solidaridad y su plasmación en la triada de los derechos sociales (como fórmula de síntesis de los derechos económicos, sociales y culturales), civiles y políticos, que se refleja paradigmáticamente en la organización y sistematización jurídica de los derechos garantizados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2007/2010), sobre la base de los principios y valores fundamentales que ellos cristalizan ¹¹³.

El enfoque enlaza, en gran medida, con el de la OIT, «Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa», adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésimo séptima reunión, Ginebra, 10 de junio de 2008; y también con el que parece subyacer a la Carta de las Naciones Unidas de los principios a favor de las personas mayores de 1991 («Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de edad», adoptada el 16 de diciembre de 1991 — Resolución 46/91). En dicha Carta se agrupan los principios en torno a la «independencia», «participación», «cuidados», «autorrealización» y «dignidad», acentuando la integración entre necesidades, capacidades y derechos que las formalizan jurídicamente. Y por extensión subyace en la posterior propuesta de Convención Internacional de los derechos de las personas mayores o personas de edad: un instrumento jurídicamente vinculante que proteja los derechos de las personas mayores atendiendo a las nuevas situaciones de necesidad, a los nuevos derechos de los ancianos y a los nuevos enfoques realistas y materializados de los derechos humanos. Además, se percibe el envejecimiento en términos de derechos y capacidades humanas y no sólo como titulares pasivos derechos, sino como actores activos, esto es, como sujetos de derecho.

La Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa es heredera de la Declaración de Filadelfia, de 1944, y de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su segui-

¹¹³ Puede consultarse, MONEREO PÉREZ, J. L.: *La protección de los derechos fundamentales. El Modelo Europeo*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2009, espec., págs. 9 y sigs., y 107 y sigs; VV. AA: *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Ed. Comares, 2012, espec., los estudios relativos al Título VII, artículos 51 a 54 de la Carta.

miento, de 1998. Esa nueva Declaración de 2008 expresa la visión contemporánea del mandato de la OIT en la era de la globalización ¹¹⁴. Plantea la elaboración de un enfoque global e integrado, situando el pleno empleo y productivo y el trabajo decente como elemento central de las políticas económicas y sociales. Se basaría en cuatro objetivos estratégicos de la OIT de igual importancia, a través de los cuales se plasma el Programa de Trabajo Decente y que pueden resumirse como sigue:

1.º Promover el empleo creando un entorno institucional y económico sostenible en cuyo marco:

- las personas puedan adquirir y actualizar las *capacidades y competencias* que necesitan para poder trabajar de manera productiva en aras de su propia realización personal y el bienestar común;
- todas las empresas, tanto públicas como privadas, sean sostenibles para hacer posible el crecimiento y la generación de mayores oportunidades y perspectivas de empleo e ingresos para todos; y
- la sociedad pueda conseguir sus objetivos de desarrollo económico y de progreso social, así como alcanzar un buen nivel de vida;

2.º Adoptar y ampliar medidas de protección social —seguridad social y protección de los trabajadores— que sean sostenibles y estén adaptadas a las circunstancias nacionales, con inclusión:

- la ampliación de la Seguridad Social a todas las personas, *incluidas medidas para proporcionar ingresos básicos a quienes necesiten esa protección*, y la adaptación de su alcance y cobertura para *responder a las nuevas necesidades e incertidumbres generadas por la rapidez de los cambios tecnológicos, sociales, demográficos y económicos*;
- condiciones de trabajo saludables y seguras; y
- medidas en materia de salarios y ganancias y de horas y otras condiciones de trabajo, destinadas a garantizar a todos una justa distribución de los frutos del progreso y un *salario mínimo vital* para todos los que tengan empleo y necesiten esa clase de protección;

3.º Promover el diálogo social y el tripartismo como los métodos más apropiados para:

¹¹⁴ OIT: «Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa», adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésimo séptima reunión, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 10 de junio de 2008, Prefacio, pág. 1.

- adaptar la aplicación de los objetivos estratégicos a las necesidades y circunstancias de cada país;
- traducir el desarrollo económico en progreso social y el progreso social en desarrollo económico;
- facilitar la creación de consenso respecto de las políticas nacionales e internacionales que inciden en las estrategias y programas en materia de empleo y trabajo decente; y
- fomentar la eficacia de la legislación y las instituciones, laborales en particular respecto del reconocimiento de la relación de trabajo y el establecimiento de sistemas eficaces de inspección del trabajo; y

4.º Respetar, promover y aplicar los principios y derechos fundamentales en el trabajo, que revisten particular importancia, *no sólo como derechos sino también como condiciones propicias, necesarias para la plena realización de todos los objetivos estratégicos*, teniendo en cuenta:

- que la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva son particularmente importantes para permitir el logro de esos cuatro objetivos estratégicos; y
- que la violación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo no puede invocarse ni utilizarse de modo alguno como ventaja comparativa legítima y que las normas del trabajo no deberían utilizarse con fines comerciales proteccionistas.

Es de señalar, por otra parte, que para la OIT esos cuatro objetivos estratégicos son inseparables, están interrelacionados y se refuerzan mutuamente, que, en tal sentido, la falta de promoción de cualquiera de ellos menoscabaría el logro de los demás. Su promoción forma parte de una estrategia global e integrada de la OIT en pro del trabajo decente ¹¹⁵.

En esa línea discursiva se puede hacer notar que la edad cronológica es solamente uno de los múltiples rasgos que definen a una persona. Los conocimientos, habilidades y experiencias que poseen los diferentes grupos de edad representan un recurso vital para la sociedad. Una sociedad inclusiva para todas las edades exige

¹¹⁵ OIT: «Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa», adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésimo séptima reunión, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 10 de junio de 2008, págs. 9 a 11. Para la OIT, como para Amartya Sen el desarrollo es un proceso de expansión de las libertades reales de las personas, esto es, una plenitud de las capacidades humanas para vivir dignamente desplegando todos los atributos de la personalidad. Cfr. SEN, A.: *Desarrollo y Libertad*, Barcelona, Ed. Planeta, 2000.

la responsabilidad colectiva de los responsables políticos, de las partes interesadas y de los propios ciudadanos para formular políticas y prácticas que aseguren la equidad y la inclusión sin tener en cuenta la edad ¹¹⁶. Lo cual no contradice que sea necesario articular políticas activas de apoyo a los colectivos más vulnerables, como suele suceder con las personas mayores, realzando positivamente la capacidad y la contribución de las personas mayores y no su edad cronológica.

¹¹⁶ Véase Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «La implicación y participación de las personas mayores en la sociedad» (2013/C 11/04), de 19 de enero de 2012.

II. LOS NUEVOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LOS DERECHOS SOCIALES DE LAS PERSONAS MAYORES

Los grandes y clásicos Textos Internacionales en materia de Derechos Fundamentales contienen un estándar de derechos y, al propio tiempo, un cierto ideal de cobertura dotado de un estándar de protección, más o menos consolidado: ideal de cobertura que mira fijamente a las necesidades y capacidad humanas formuladas como derechos. Los derechos sociales (fórmula de síntesis —simplificadora— de los denominados derechos económicos, sociales y culturales vinculado a la persona, a la ciudadanía o a la residencia) son objeto de proclamación (garantía débil; por ejemplo, Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Bogotá, 1948; la Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe, adoptada en la tercera conferencia regional intergubernamental sobre envejecimiento en América Latina y el Caribe, San José de Costa Rica, 8 al 11 de mayo de 2012; o la Carta de los principios de las Naciones Unidas en favor de las Personas de edad, adoptada el 16 de diciembre de 1991, Resolución 46/91; Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, XVIII Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la Unidad Africana, Kenya, 27 de julio de 1981 en sí importantes pero sin eficacia jurídicamente vinculante) o de garantía en normas primarias y secundarias y en normas directivas fundamentales dirigidas a los Poderes Públicos (garantía fuerte) en prácticamente todos los textos fundamentales de referencia, aunque ciertamente con un carácter selectivo en lo concerniente también a la «lista» de los considerados como básicos o fundamentales a nivel internacional y europeo (por ejemplo, Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de las Naciones Unidas, acordada en 2007; Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969; Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, Naciones Unidas, 16 de diciembre de 1966 y sus dos Protocolos de 16 de diciembre de 1966 y de 15 de diciembre de 1989; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Naciones Unidas 16 de diciembre de 1966 y su Protocolo Facultativo de 10 de diciembre de 2008; Convención para la Protección de los Derechos Humanos

y de las Libertades Fundamentales, del Consejo de Europa, 4 de noviembre de 1950, y sus catorce Protocolos).

Entre las garantías se encuentran también, paradigmáticamente, las Cartas Sociales Europeas (la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea —CDFUE— Estrasburgo, 12 de diciembre de 2007 —versión posterior idéntica de 2010/C 83/02—, y la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, versión revisada de 3 de mayo de 1996, a las cuales remite el art. 151 TFUE)¹. En estos instrumentos normativos se considera como un derecho social fundamental la Seguridad Social, los servicios sociales, la dependencia, la salud y se garantizan como tales otros instrumentos de protección social pública. Y sobre todo en ellas se establecen derechos específicos de las personas mayores. Los sistemas de protección social pública remiten a un conjunto de medidas de acción y dotación «social» (vinculadas al tratamiento de «lo social») que persiguen la protección de las personas ante situaciones de necesidad relevantes; suponen un cierto nivel de «socialización» de los riesgos sociales y situaciones de necesidad; la articulación de esas protecciones sociales se enmarca dentro de la racionalidad de una «sociedad asegurada públicamente». La CDFUE, garantiza el derecho a la Seguridad Social y Ayuda Social, y el derecho a la protección de la salud. Son derechos sociales fundamentales que en el sistema de la Carta se ubican sistemáticamente dentro del valor de la solidaridad (Cap. IV); valor que, sin duda, ha sido uno de los que han vertebrado la construcción de las modernas políticas de Seguridad Social, Asistencia y Servicios Sociales². Garantiza igualmente el derecho a una protección específica de las personas mayores. El enfoque de sus contenidos es tributario de la Carta Social Europea y de la también anterior Carta Comunitaria de los derechos fundamentales de los trabajadores, debiendo ser interpretadas en una *perspectiva hermenéutica de conjunto*. Resalta con luz propia el hecho de que se reconozca expresamente el derecho a la protección de la «dependencia» como contingencia protegida por los Sistemas públicos (art. 34 CDFUE). Y no se olvide que esta Carta es un instrumento normativo con rango de Tratado europeo, en virtud del art. 6 del TUE.

¹ Puede consultarse MONEREO PÉREZ, J. L.: *La protección de los derechos fundamentales*, cit., págs. 240 y sigs; y ampliamente VV. AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J. L. (Directores), Granada, Ed. Comares, 2012.

² Para la constatación histórica de la persistencia presencia del valor de la solidaridad en el surgimiento de las políticas de Seguridad Social, véase MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España: José Maluquer y Salvador*, Granada, Ed. Comares, 2007; *id.*: «Los (pre)supuestos histórico-institucionales de la Seguridad Social en la Constitución Social del Trabajo», en ROJAS RIVERO, G. (Coord.): *Orígenes del contrato de trabajo y nacimiento del Sistema de Protección Social*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2012, págs. 203 a 328.

El art. 34 CDFUE se ocupa del derecho a la Seguridad Social y asistencia social («ayuda social») ³. Al respecto «1. La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la *dependencia o la vejez*, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales». También se realiza la protección frente al riesgo de exclusión social y la pobreza («3. Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales»). De nuevo es mecedor de crítica que los derechos a las prestaciones de Seguridad Social y a los Servicios Sociales se limiten estrictamente a «Toda persona que resida y se desplace *legalmente...*». Son derechos sociales de la persona (y normalmente en la Seguridad Social Contributiva vinculados a la condición de trabajador de derecho o de facto), y no deben considerarse condicionados por situaciones jurídico administrativas ⁴.

³ La Carta Europea Revisada, hecha en Estrasburgo, el 3 de mayo de 1996, contiene una regulación de los derechos de protección social pública mucho más completa. Véanse los artículos 12 (Derecho a la Seguridad Social), 11 (Derecho a la protección de la salud), 13 (Derecho a la asistencia social), 14 (Derecho a los beneficios de los servicios sociales), 15 (Derecho de las personas minusválidas a la autonomía, a la integración social y a la participación en la vida de la comunidad), 16 (Derecho de la familia a protección social, jurídica y económica), 17 (Derecho de los niños y adolescentes a la protección social, jurídica y económica), 19 (Derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y asistencia), 23 (*Derecho de las personas de edad avanzada a la protección social*), 30 (Derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social). Debe subrayarse que a todos estos derechos se les confiere un contenido mínimo que pretende garantizar su efectividad. No conviene olvidar la indicación del importante Preámbulo de la CDFUE, donde se declara significativamente que: «La presente Carta reafirma, dentro del respeto de las competencias y misiones de la Unión, así como del principio de subsidiariedad, los derechos que emanan, en particular, de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por el Consejo de Europa, así como de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE y del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. En este contexto, los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros interpretarán la Carta atendiendo debidamente a las explicaciones elaboradas bajo la autoridad del Praesidium de la Convención que redactó la Carta y actualizadas bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención Europea».

⁴ Es suficiente tomar en consideración el art. 36. 3 de la Ley Orgánica, 4/2000, de 7 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, para verificar cómo los derechos sociales fundamentales no deben de estar condicionados por la situación anómala del trabajador en el mercado de trabajo. Igualmente, téngase en cuenta, de nuevo, las previsiones del art. 6 del TUE. Es de hacer notar, por otra parte, que el «Preámbulo» de la Carta tiene una virtualidad de política del Derecho y su valor está inescindiblemente vinculado al contenido de toda la Carta. En él se precisan los objetivos y la significación de la Carta garante de derechos fundamentales.

Por otra parte, aunque la protección jurídica de las situaciones de dependencia (nuevo derecho social vinculado al envejecimiento tardío y la necesidad de cuidados de larga duración) es compleja y va más allá de la protección de las personas mayores (v.gr., muy señaladamente la discapacidad grave y limitativa del ámbito de autonomía de la persona), no se puede ignorar su estrecha vinculación con el envejecimiento y el fenómeno del «envejecimiento del envejecimiento» (lo que se ha dado en llamar la «cuarta edad»)⁵. En tal sentido se deber relacionar el art. 34 CDFUE con el art. 25 de la mismas, a cuyo tenor «la Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural», aunque es criticable que se garantiza ese derecho en términos debilitados e indirectos («reconoce y respeta el derecho...»), son los términos utilizados por la norma fundamental europea). Tampoco se puede desconocer el nexo de unión con el derecho a la autonomía y la integración de las personas discapacitadas, pues, de acuerdo con el art. 26 CDFUE, «la Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su *autonomía, su integración* social y profesional y su participación en la vida de la comunidad».

En el Sistema de los Tratados se establece que la Unión apoyará y *completará* la acción de los Estados miembros en el ámbito de la Seguridad Social y la protección social de los trabajadores y en lo relativo a la modernización de los sistemas de protección social (art. 153.1.c) y k del TFUE). Por lo demás, con la finalidad de alcanzar los objetivos sociales expuestos en el art. 151 TFUE, la Comisión fomentará la *colaboración* entre los Estados miembros y facilitará la *coordinación* de sus acciones en los ámbitos de la política social tratados en el presente capítulo, particularmente en las materias relacionadas con la Seguridad Social y, en concreto, la protección contra los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales (art. 156 TFUE).

Se constata la historicidad y el carácter evolutivo de la delimitación e institucionalización del estándar de derechos fundamentales (siempre abierto a la vida humana). Los derechos fundamentales no están en una situación estática, sino en una situación

⁵ Esto releja un nuevo ritmo en el curso vital en las sociedades contemporáneas avanzadas: La «tercera edad» y (205) la «Cuarta edad» y los «Viejos-Viejos», es decir, «el periodo de jubilación finaliza cuando las personas son «viejas-viejas», esto es, cuando el declive físico y mental se convierte en el centro de atención de sus vidas, creando una *dependencia* de los demás y la necesidad de recibir unos servicios de ayuda especiales. Si el periodo de las jubilaciones es considerado «la tercera edad», este periodo de dependencia podría denominarse «la cuarta edad». Ahora bien: Los términos viejos-jóvenes y viejos-viejos no se refieren a la edad cronológica, sino al estado de salud mental y física, así como la participación dentro de la familia y la comunidad. Una persona de ochenta años de edad puede ser viejo-joven, mientras que otra de sesenta años es un viejo-viejo. La naturaleza y el momento en que se producen los acontecimientos en la cuarta edad raramente están relacionados con la jubilación. Véase NEUGARTEN, B. L.: *Los significados de la edad*, trad. Cristina Halberstadt, Barcelona, Ed. Herder, 1999, págs. 148 y sigs., espec., págs. 148 y sigs., en particular págs. 205 a 210.

intrínsecamente dinámica, dada la misma historicidad de las necesidades sociales de las personas y de las mismas capacidades humanas que es preciso garantizar eficazmente. Lentamente —pero también paulatinamente— se han ido añadiendo e individualizando nuevos derechos de las personas atendiendo a las circunstancias concretas y a su posición específica en colectividades específicas. Es el caso de las personas mayores.

Por otra parte, están surgiendo un conjunto de nuevos derechos de las personas mayores, que presuponen y reflejan un doble proceso de diferenciación, a saber: un proceso de diferenciación social de los mayores que determinan un coextenso proceso de diferenciación jurídica en los sistemas de derechos. Se trata de un fenómeno de *especificación jurídica* de los derechos de las personas mayores. La especificación es un avance en el proceso de juridificación y garantía efectiva de los derechos humanos, que conecta con la transición de la consideración jurídica del hombre abstracto —el hombre en cuanto hombre— al hombre específico, esto es, en la especificidad e sus distintos *status* sociales, en relación a diversos criterios de diferenciación, el sexo, la edad, las condiciones físicas, cada uno de los cuales revela diferencias específicas, que reclaman un distinto tratamiento y protección. Se trata, pues, de un proceso de multiplicación por especificación que se ha venido produciendo prácticamente en todos los derechos, pero mayormente respecto de los derechos sociales (como fórmula de síntesis que abarca los derechos económicos, sociales y culturales). El proceso de especificación ha cristalizado ya no sólo en los textos constitucionales sin en las cartas de derechos internacionales de la segunda mitad del siglo veinte (La Convención sobre derechos políticos de la mujer, en 1952; La Declaración de los derechos del niño, en 1959; la Declaración de derechos del disminuido mental, en 1971; la Declaración de derechos de los minusválidos, en 1975; la Primera Asamblea mundial celebrada en Viena, sobre los derechos los personas mayores, en 1982, y las declaraciones posteriores que le han sucedido (señaladamente, los La Carta de los «Principios sobre personas mayores», aprobada en Resolución 46/91 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de fecha 16 de diciembre de 1991; y la propuesta de Convención Internacional los Derechos Humanos de las Personas Mayores en el marco de las Naciones Unidas, e igualmente el Proyecto de Convención Interamericana sobre los Derechos Humanos de las Personas Mayores, ambos instrumentos internacionales están en curso de elaboración); la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de las Naciones Unidas, acordada en 2007; a añadir también las numerosas Declaraciones de Derecho Internacional Regional, Europeo y latinoamericano ⁶. Es en el marco de ese proceso de especificación don-

⁶ Véase BOBBIO, N.: «Derechos del hombre y sociedad», en BOBBIO, N.: *El tiempo de los derechos*, trad. Rafael Así Roig, Madrid, Ed. Sistema, 1991, págs. 113 y sigs, en particular págs. 115 a 118. Pero, en realidad, esta idea de especificación vinculada al hombre concreto en los distinto ámbitos donde se desarrolla su personalidad es ante todo deudora de la construcción que propusiera GURVITCH, G.: *La*

de se insertan los derechos de las personas mayores como derechos específicos que atendiendo a las exigencias de una protección especial de este cada vez más amplio y heterogéneo (diferencias de posición social, de salud, discapacidad, exigencia de cuidados de larga duración..., vinculados a la fase de ancianidad del ciclo vital en la «tercera» y «cuarta edad») en sí mismo grupo de personas. Los mayores presentan situaciones de necesidad y problemas de autonomía y capacidad que lo han más vulnerables respecto al ejercicio efectivo de sus derechos, y aparte de ello, su misma situación en el sistema social exige una «re-especificación» de derechos clásicos y la decida «invención jurídica» de otros derechos que contemplen y atiendan a facilitar su autonomía y capacidad efectiva de decisión en todos los ámbitos o esferas de la estructura social. Y precisamente esa es la dirección seguida por la Carta de Principios de las Naciones Unidas de las Personas de Edad, adoptada el 16 de diciembre de 1991 (Resolución 46/91) y por el art. 25 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, dotada del máximo rango de tratado de la Unión Europea, conforme al art. 6 del TUE (Aparte de la proyectada convención internacional sobre los derechos de las personas mayores en el marco de la ONU).

Los nuevos derechos de las personas mayores (que en gran medida son prolongación, ampliación y desarrollo evolutivo a las nuevas necesidades de los mayores), podrían globalizarse en el *derecho a envejecer* (dignamente o con dignidad) como un derecho fundamental que debe ser incluido en las políticas públicas. Hay que tener en cuenta el contexto sociodemográfico en el que las sociedades evolucionan, y evolucionarán en las próximas décadas. Es necesario ofrecer claves para el análisis del envejecimiento demográfico y los derechos ciudadanos; por ello *el concepto de ciudadanía aplicada al proceso de envejecimiento*⁷ ha de ser una cuestión central junto con los relativos al envejecimiento y los modelos que se plantean como son el envejecimiento activo, el saludable, el exitoso o el productivo. De ahí que haya de insistirse en aspectos como el desinterés y el abandono sobre el envejecimiento, o los marcos analíticos en los que se encuentran las preguntas acerca del envejecimiento demográfico.

Esto se enmarca en la evolución hacia una Carta de Derechos de las Personas Mayores. Paradigmáticamente, se hace referencia al derecho de toda persona a la

idea del Derecho, traducción y estudio preliminar, «La 'Idea del Derechos Social' en la teoría general de los derechos: El pensamiento de Gurvitch» (págs. VII-LV), a cargo de J. L. Monereo Pérez y A. Márquez Prieto, Granada, Ed. Comares, 2005; MONEREO PÉREZ, J. L.: *Pluralismo jurídico y Derecho Social: La sociología del Derecho de Gurvitch*, estudio preliminar a la obra de GURVITCH, G.: *Elementos de sociología jurídica*, Granada, Ed. Comares, 2001, págs. XIII-CXLVI.

⁷ El envejecimiento no es una fase concreta, definida y menos todavía estática. En realidad hay que hablar de «proceso de envejecimiento». Véase NEUGARTEN, B. L.: «La personalidad y el proceso de envejecimiento», en *Los significados de edad*, trad. Cristina Halberstadt, Barcelona, Ed. Herder, 1999, págs. 225 y sigs.

protección especial durante su ancianidad (Organización de los Estados Americanos, «Protocolo de San Salvador» de 1988; Carta de los principios a favor de las personas mayores [ONU, Resolución 216/1991 de la Asamblea General]; Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe, adoptada en la tercera Conferencia regional intergubernamental sobre envejecimiento en América Latina y el Caribe, San José de Costa Rica, 8 al 11 de mayo de 2012). La Carta de los Principios a favor de las Personas Mayores (Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1991) es bien significativa del enfoque, tanto más teniendo en cuenta su relevancia en el actual proceso de elaboración de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas mayores, otorgando más visibilidad a los problemas y derechos de las personas mayores. En ella se establece un conjunto de derechos que tienen la virtualidad de vincular funcional y teleológicamente capacidades y derechos de las personas mayores:

- a) Tener acceso a alimentación, agua, vivienda, vestimenta y atención de salud adecuados, mediante ingresos, apoyo de sus familias y de la comunidad y su propia autosuficiencia.
- b) Tener la posibilidad de trabajar o de tener acceso a otras posibilidades de obtener ingresos.
- c) Poder aprovechar las oportunidades para desarrollar plenamente su potencial.
- d) Poder disfrutar de los cuidados y la protección de la familia y la comunidad de conformidad con el sistema de valores culturales de cada sociedad.
- e) Poder disfrutar de sus derechos humanos y libertades fundamentales cuando residan en hogares o instituciones donde se les brinden cuidados o tratamientos, con pleno respecto de su dignidad, creencias, necesidades e intimidad, así como de su derecho a adoptar decisiones sobre su cuidado y sobre la calidad de su vida.
- f) Poder residir en su propio domicilio por tanto tiempo como sea posible.
- g) Permanecer integradas en la sociedad, participar activamente en la formulación y aplicación de las políticas que afecten directamente a su bienestar y poder compartir sus conocimientos y habilidades con las generaciones más jóvenes.
- h) Poder buscar y aprovechar oportunidades de prestar servicios a la comunidad y de trabajar como voluntarios en puestos apropiados a sus intereses y capacidades.
- I) Poder formar movimientos o asociaciones de personas de edad avanzada.
- j) Tener acceso a programas educativos y de formación adecuados.
- k) Tener acceso a servicios de atención de salud que les ayuden a mantener o recuperar un nivel óptimo de bienestar físico, mental y emocional, así como a prevenir o retrasar la aparición de la enfermedad.

- l) Tener acceso a servicios sociales y jurídicos que les aseguren mayores niveles de autonomía, protección y cuidado.
- m) Tener acceso a medios apropiados de atención institucional que les proporcionen protección, rehabilitación y estímulo social y mental en un entorno humano y seguro.
- n) Tener la posibilidad de vivir en entornos seguros y adaptables a sus preferencias personales y sus capacidades en continuo cambio.
- ñ) Tener acceso a los recursos educativos, culturales, espirituales y recreativos de la sociedad.
- o) Poder vivir con dignidad y seguridad y verse libres de explotaciones y de malos tratos físicos o mentales.
- p) Poder participar en la determinación de cuándo y qué medida dejarán de desempeñar actividades laborales.
- q) Recibir un trato digno, independiente de la edad, sexo, raza o procedencia étnica, discapacidad u otras condiciones, y han de ser valorados independientemente de su contribución económica.

En esa dirección próxima (en la que se sitúan las grandes organizaciones internacionales y también la REIACTIS-Red Internacional para el Estudio sobre Edad, Ciudadanía e Integración Socio-Económica), se pueden plantear tres grandes temas vinculados al Derecho a Envejecer *como derecho de estructura compleja* (que comprende dentro sí varios derechos y facultades correspondientes íntimamente vinculados a las capacidades de las personas mayores), Ciudadanía, Integración Social y Participación Política de las Personas Mayores: los derechos ciudadanos y su continuidad en el envejecimiento; los derechos de las personas mayores y el derecho al envejecimiento. Se trata de un derecho matriz que opera transversalmente en todo el haz de derechos en la lógica de la Carta de principios en favor de las personas mayores de la ONU de 1991.

Esa transversalidad sesga horizontalmente los derechos civiles (vgr., los nuevos derechos de familia dados los cambios en las estructuras familiares, como el derecho de los mayores a visitar a sus nietos), los derechos sociales (como el nuevo derecho diferenciado a la autonomía personal y a la atención en situación de dependencia), culturales (derecho a la formación en todas las etapas de la vida de la persona) y políticos (derechos a la participación social y a la acción política; participación activa de las personas mayores en los procesos decisorios y su papel en la sociedad). Ello exige abordar desde el aspecto de la participación cuestiones tan importantes como la solidaridad intergeneracional, la multigeneralidad o el derecho a la formación y el derecho a la inclusión tecnológica (acceso a las nuevas tecnologías). Las prestaciones sociales, la protección económica, los *derechos a ser ciudadanos plenos*, la atención a las situaciones de dependencia (el derecho a la protección de la dependencia) y de enfermedad, la autonomía personal (derecho a la autonomía personal).

Pero el marco jurídico-institucional de los derechos de los mayores deberá abordar el problema de la dicotomía entre derechos formales y derechos reales, o el maltrato entre otros, son aspectos relevantes que se han de incorporar a los debates sobre el envejecimiento activo y positivo y la ciudadanía social activa. Asimismo, se ha de tomar en consideración y analizar la situación actual de los derechos de las personas mayores y su evolución desde la celebración de la II Asamblea de Naciones Unidas sobre envejecimiento, al tiempo que se hizo una proyección sobre su futuro (2012).

Lo realmente importante es el poder ejercitar los derechos que se tienen. En tal sentido se ha de establecer una garantía efectiva del derecho al trabajo y del derecho a la existencia de las personas mayores y la garantía efectiva del derecho a la igualdad y a la no discriminación por la razón de la edad de los mayores.

Estos derechos reforzados, dotados y enriquecidos de nuevos contenidos son especialmente importantes para articular una estrategia global acompañada de una política activa que aborde el envejecimiento y la denominada «economía planeada» adaptando la actividad productiva y los servicios a esas nuevas oportunidades vitales. Así, por ejemplo, la Disp. Final 4.^a de la Ley española 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que sin duda tiene muchos aspectos negativos y regresivos, pero que regula un conjunto de «Medidas para favorecer el mantenimiento del empleo de los trabajadores de más edad» incidiendo en dos aspectos: protección en los casos de despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años en empresas con beneficios, por un lado, y por otro, declarando nulas y sin efectos las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de seguridad social, cualquiera que sea la extensión y alcance de dichas cláusulas».

Estos derechos permitirán afrontar el envejecimiento en los diferentes momentos del ciclo de la vida y la capacidad de decisión y el respeto a la dignidad y libertad humana. Igualmente permitirá impulsar el desarrollo de una sociedad para todas las edades. Lo común, la vida en comunidad: las perspectivas internacionales en el ámbito comunitario en cuanto a la construcción de significados nuevos de vida a medida que se envejece, las redes internacionales y la comunicación y el diálogo para guiar el desarrollo del envejecimiento positivo, o las relaciones intergeneracionales son aspectos centrales del debate en el presente; en el que envejecer tiene como principal meta la adecuación del proceso a cada persona, de manera que las oportunidades y capacidades se enfoquen a un envejecimiento positivo y activo.

En todo esto se puede apreciar una progresión o crecimiento de los derechos humanos (formulados jurídicamente como derechos fundamentales) fundada desde las necesidades y capacidades funcionales humanas. En gran medida se puede decir que en las necesidades se localiza normalmente el soporte antropológico de los derechos fundamentales, siendo así la garantía de un derecho —señaladamente los de contenido social— la encarnación de un conjunto de necesidades, consi-

deradas como exigencias que se entienden ineludibles para el desenvolvimiento de una «vida digna»⁸. Esa vinculación entre necesidades y derechos muestra su carácter generalizable y universalista, pues de lo que se trata es que el individuo puede desplegar todas sus potencialidades en todos los ámbitos de la vida social⁹. Se trata de crear las condiciones objetivas para que la persona se integre y participe plenamente como parte activa de la sociedad. La ciudadanía plena remite tanto a una ciudadanía de los derechos y como de los poderes¹⁰.

Ahora bien en una perspectiva de teoría crítica, la explicación de la lógica subyacente a los derechos tendría que evitar la maniobra de poder que fue peculiar del constitucionalismo liberal (que es necesaria cuando los requisitos de la legitimidad del poder generan una promesa que no pueden cumplir) que se centra en otorgar libertad, igualdad y representación a sujetos abstractos en lugar de sujetos concretos¹¹. La sustitución de sujetos políticos reales por sujetos políticos abstractos no sólo destruye el proyecto de emancipación sino que puede subyugar precisamente al emancipar a nuestros abstractos representantes en el Estado y llamar a este proceso «libertad». De este modo, el sujeto es *idealmente* emancipado a través de su unguimiento como persona abstracta, un ser humano formalmente libre e igual, y es subordinado *prácticamente* mediante el repudio idealista de los constituyentes materiales de su personalidad que constriñen y contienen su libertad¹². La teoría crítica de los derechos puede funcionar más efectivamente como una advertencia contra la confusión del dominio de los derechos con el dominio de la contestación política: los derechos no deben ser confundidos con la igualdad realmente existente ni el reconocimiento legal con la emancipación. Es así que la fuerza democratizante del discurso de los derechos es inherente a su capacidad para representar un ideal de igualdad entre personas como personas, entonces el potencial político de los derechos no yace tanto en su concreción como en su

⁸ Para el alcance del derecho a la dignidad humana, puede consultarse por todos DE ASÍS, R.: «Dignidad humana (Artículo 1)», en *La Europa de los Derechos*, cit., págs. 3 y sigs.; BLÁZQUEZ, D.: «Los derechos (humanos) de las personas mayores», en VV. AA.: *Los derechos de las personas mayores*, Blázquez, D. (ed.), Madrid, Ed. Dykinson, 2006.

⁹ Sobre una «propuesta de fundamentación de los derechos desde las necesidades» puede consultarse, aparte de Nussbaum, Sen, AÑÓN ROIG, M.ª: *Necesidades y derechos. Ensayo de fundamentación*, Madrid, CEC, 1994, págs. 265 y sigs. También DOYAL, L. y GOUGH, I.: *Teoría de las necesidades humanas*, trad. J. A. Mayano y A. Colás, Barcelona, Icaria y Fuhem, 1994, espec., págs. 193 y sigs.

¹⁰ Véase, con apoyo en la teoría de la ciudadanía de T. H. Marshall, MONEREO PÉREZ, J. L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social, 1996, espec., págs. 159 y sigs.

¹¹ MARX, K.: *Manuscritos: economía y filosofía*, 3.ª ed., Madrid, Alianza editorial, 1970.

¹² BROWN, W.: «Lo que se pierde con los derechos», en BROWN, W. y WILLIAMS, P.: *La crítica de los derechos*, Bogotá (Colombia), Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes, 2003, págs. 97 y sigs.

idealismo, en su configuración ideal del igualitarismo social, un ideal que es contradictorio precisamente por la desigualdades socialmente sustantivas.

Las consecuencias de este discurso crítico de los derechos conduce, en primer lugar, a crear las condiciones objetivas para el disfrute efectivo de los derechos; en segundo lugar, a crear una «Convención Internacional sobre los derechos de las personas mayores», recordando que una «convención» en sentido estrictamente jurídico es un tratado que tiene carácter jurídicamente vinculante e igualmente recordando el hecho constatable de que la experiencia ha puesto de manifiesto la insuficiencia de los instrumentos jurídicos de garantía débil (como son Declaraciones y en general los instrumentos de *soft law*) para hacer valer efectivamente los derechos específicos de los mayores. En este sentido conviene atender al fenómeno de juridificación de los derechos humanos que va de las Declaraciones a las Garantías jurídicas e institucionales de tales derechos. Y, por último, se debe constituir un órgano internacional (de competencia universal en coherencia con el alcance universalista de la nueva Convención) de protección de los derechos de las personas, con atención especial a los mayores. Esta predisposición de instrumentos jurídicos e institucionales (de control y de garantía de justiciabilidad) conferirá un estándar completo y de contenido específico y abierto al tiempo de los derechos de las personas mayores. En esa funcionalidad garantista y delimitadora de la alcance de los derechos de los mayores es importante la experiencia previa respecto a las personas discapacitadas de la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006), que también había estado precedida de varias Declaraciones e instrumentos jurídico-políticos sobre principios y derechos de este colectivos de personas (Declaración de los Derechos del Retrasado Mental de 1971, Declaración de los Derechos de los Impedidos de 1975, Principios para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención de la salud mental de 1991 y Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad de 1994). La Convención —en cuanto tratado internacional— es un instrumento dotado de fuerza normativa vinculante, y como tal debería estar acompañado de un órgano de control específico, sea el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ampliando sus competencias, pues ahora se ocupan de los derechos garantizados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) o sea a través de la creación de un nuevo Comité de Derechos de las Personas Mayores (Nótese que la creación de un órgano específico ha sido la opción elegida para la vigilancia y control de cumplimiento de la Convención universal sobre los derechos específicos de las personas con discapacidad, mediante el llamado Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad).

Se retomará después a lo largo de la exposición toda esta problemática de los nuevos derechos y sus garantías de efectividad.

III. PRINCIPALES TEXTOS INTERNACIONALES DONDE SE «PROCLAMAN» O «GARANTIZAN» LOS DERECHOS DE LOS MAYORES

III.1. Las Naciones Unidas, el envejecimiento activo y los derechos de las personas mayores

III.1.1. *Envejecimiento activo. El programa de la ONU sobre el envejecimiento*

A. *Perspectiva general*

La política de las Naciones Unidas en materia de Envejecimiento se construye sobre la realidad subyacente de una emergente «sociedad del envejecimiento». Son sobradamente conocidos los datos demográficos sobre el envejecimiento de las sociedades actuales, característica que será definitoria de las sociedades del siglo XXI. Por ello, resulta fundamental para la cohesión y la propia supervivencia de las sociedades venideras el que el grueso de su población no esté al margen, sino que *participe de modo activo* en los diferentes ámbitos de la vida social.

Pero es de hacer notar que esa política de envejecimiento activo no queda aislada, sino que se enmarca e interrelaciona con otras políticas de las Naciones Unidas que promuevan el desarrollo humano (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, iniciada en 1965 e impulsada a partir de 1990 con la publicación de los Informes de Desarrollo Humano, que entiende el desarrollo no sólo como crecimiento económico, sino también como expansión de la calidad de vida de las personas, la cohesión social y la potenciación de la libertad de las personas), la expansión de las capacidades y del bienestar de las personas y la lucha contra las situaciones de pobreza y de desigualdad e exclusión social. Es decir, las políticas de envejecimiento de las Naciones Unidas pretenden incorporar a la globalización no sólo una dimensión económica, sino también una dimensión social y de defensa de los derechos humanos.

B. *Los derechos de los mayores como «principios» y «objetivos»*

En el marco de las Naciones Unidas se vienen realizando numerosas intervenciones impulsando el envejecimiento activo y en favor de políticas de protección de

las personas mayores. Esto es especialmente visible a partir de la I Asamblea Mundial sobre Envejecimiento, Ginebra 1982: «Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento», a la cual le siguen otras muchas intervenciones posteriores: «*Principios sobre personas mayores*», aprobado en Resolución 46/91 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de fecha 16 de diciembre de 1991; «*Proclamación sobre el Envejecimiento*», de 1992; «*1992: Año Internacional de las Personas de Edad («Hacia una sociedad para todas las edades»)*»; II Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, Madrid, 2002: «Declaración Política y el Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento»; Resolución 65/182, de 21 de diciembre de 2010, seguimiento de la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, en la que, entre otros aspectos, decidió establecer un grupo de trabajo de composición abierta en el pudieran 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 correspondiera, de la viabilidad de nuevos instrumentos y medidas. A lo que cabe añadir la Resolución de la Asamblea General de la ONU de 20 de diciembre de 2012 (A/RES/67/139. Distr. General 13 de febrero de 2013), que impulsa ya de modo decidido el Proyecto de Convención Internacional de la Carta de los Derechos de las Personas Mayores: «Hacia un instrumento jurídico internacional amplio e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas de edad» (derechos de los mayores). El punto de partida de esta Resolución es la insuficiencia de los instrumentos internacionales para la protección específica de los derechos de las personas mayores: «la mayoría de los tratados de derechos humanos fundamentales contienen numerosas obligaciones implícitas para con las personas de edad, pero que las referencias explícitas a la edad en los tratados internacionales básicos de derechos humanos son escasas, que no existe ningún instrumento relativo a las personas de edad, y que solo unos cuantos tienen referencias explícitas a la edad». Esa insuficiencia es la que exige la elaboración de un nuevo instrumento internacional de protección de los derechos de las personas mayores: «Solicita al Grupo de Trabajo que le presente lo antes posible una propuesta que contenga, entre otras cosas, 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»¹.

¹ Véase igualmente, la Resolución de la Asamblea General 67/143, relativa al Seguimiento de la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento (A/RES/67/143. Distr. General 21 de febrero de 2013). En esa se reitera que para 2050, más del 20% de la población mundial tendrá 60 años o más, y reconociendo también que el mayor y más rápido aumento del número de personas de edad se

Esta idea viene propugnándose desde la década de los ochenta del siglo pasado en diferentes textos y documentos de organismos internacionales, sobresaliendo la actividad de las Naciones Unidas en este campo. En estos documentos se diseñan objetivos, pero no se reconocen o garantizan derechos en sentido técnico-jurídico, como sí sucede, paradigmáticamente, con preceptos como los recogidos en los artículos art. 25 y 34 CDFUE².

Como se indicó anteriormente, en esas iniciativas ocupa un lugar central la Carta de «*Principios sobre personas mayores*» aprobada en Resolución 46/91 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de fecha 16 de diciembre de 1991. Estos principios fueron: Independencia y capacidades funcionales (que hace referencia al derecho a tener acceso a ingresos, alimentación, vivienda, medicamentos, así como a una educación y formación adecuada); Participación (en la vida social y política: «Las personas de edad deberán permanecer integradas en la sociedad, participar activamente en la formulación y la aplicación de las políticas que afecten directamente a su bienestar y poder compartir sus conocimientos y habilidades con las generaciones más jóvenes; Las personas de edad deberán poder buscar y aprovechar oportunidades de prestar servicio a la comunidad y de trabajar como voluntarios en puestos apropiados a sus intereses y capacidades; Las personas de edad deberán poder formar movimientos o asociaciones de personas de edad avanzada»); Cuidados y bienestar (atención a la salud y el bienestar, disponibilidad de recursos, servicios sociales y de la calidad de vida de las personas mayores); Autorrealización y recursos («Las personas de edad deberán poder aprovechar las oportunidades para desarrollar plenamente su potencial. Las personas de edad deberán tener acceso a los recursos educativos, culturales, espirituales y recreativos de la sociedad»); y Dignidad y Seguridad («Las personas de edad deberán poder vivir con dignidad y seguridad y verse libres de explotaciones y de malos

producirá en el mundo en desarrollo. Además, se muestra una gran preocupación porque en muchas partes del mundo la situación de las personas de edad se ha visto afectada negativamente por la crisis financiera y económica mundial. En relación a ello, alienta a los gobiernos a que presten mayor atención a la creación de capacidad para erradicar la pobreza entre las personas de edad, en particular las mujeres, incorporando las cuestiones relacionadas con el envejecimiento en las estrategias de erradicación de la pobreza y los planes nacionales de desarrollo, y a que incluyan políticas específicas en materia de envejecimiento e iniciativas de integración de la cuestión del envejecimiento en sus estrategias nacionales. También trata de impulsar la labor del Grupo de Trabajo de composición abierta sobre el envejecimiento establecido por la Asamblea General en virtud del párrafo 28 de su resolución 65/182, y reconoce las contribuciones positivas de los Estados Miembros.

² Véase MONEREO PÉREZ, J. L. y MALDONADO MOLINA, J. A.: «Derechos de las personas mayores (Artículo 25)», en *La Europa de los Derechos*, cit., págs. 557 y sigs.; y en la misma obra colectiva, MONEREO PÉREZ, J. L.: «Seguridad Social y Ayuda Social (Artículo 34)», págs. 893 y sigs.

tratos físicos o mentales. Las personas de edad deberán recibir un trato digno, independientemente de la edad, sexo, raza o procedencia étnica, discapacidad u otras condiciones, y han de ser valoradas independientemente de su contribución económica»).

Hasta prácticamente el año 2010, las Naciones Unidas había realizado una importante labor de promoción de políticas de envejecimiento activo y de protección de las personas mayores, de manera que las personas de edad puedan participar en la vida económica, social, política y cultural de sus sociedades, pero no existía un explícito compromiso de crear una nueva Convención Internacional de protección de los derechos de las personas de edad avanzada. Ese compromiso se hace más explícito el 21 de diciembre de 2010, fecha en la que la Asamblea General aprobó la Resolución 65/182, seguimiento de la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, en la cual, entre otras cuestión relevantes, acordó establecer un grupo de trabajo de composición abierta, en el que puedan participar todos los Estados Miembros, 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. Un paso sobre esa andadura se refleja en la Asamblea de la ONU de 29 de noviembre de 2012, en la que se alude expresamente al compromiso de elaborar un Proyecto de Convención Internacional de Carta de Derechos de las Personas Mayores: Hacia un instrumento jurídico de los derechos de los mayores.

Hay que tener en cuenta que se asiste a un momento constituyente de relanzamiento de la protección de los derechos humanos de las personas mayores. Este el caso del «Proyecto de Convención Interamericana sobre los Derechos Humanos de las Personas Mayores»³. Este Proyecto se encuentra en un avanzado estado de gestación. Hasta tal punto es así que se dispone de un texto completo en borrador y en intenso proceso de elaboración y discusión. En su Preámbulo se afirma «la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la necesidad de garantizar que las personas mayores los ejerzan plenamente sin discriminación ni violencia, considerándolos sujetos de plenos de derecho y no objetos pasivos de las políticas públicas». Su realza también la «particular vulnerabilidad de las personas mayores» como grupo de especial consideración y que «el envejecimiento puede

³ Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos. Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos. Grupo de Trabajo sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (OEA. Ser. G. CAJP/GT/DHPM- 37/12. 30 abril 2012).

generar discapacidades y consecuentemente dependencia que requieren servicios especiales orientados a su atención integral, que impone salir del abordaje del mero tratamiento de la enfermedad, que en oportunidades general el encarnizamiento terapéutico, a fin de propiciar servicios integrales socio-sanitarios que consideren los determinantes sociales de la salud, incorporando para las personas mayores el criterio preventivo y de minimización de los riesgos de dependencia, que favorezcan la calidad de vida, como también logren la comprensión de la morbilidad». En tal sentido, «una Convención Interamericana amplia e integral para promover, proteger y asegurar los derechos y la dignidad de las personas mayores contribuirá significativamente a disminuir la dispersión normativa, unifica los conceptos criterios, abordajes, estándares relativos a los derechos de las personas mayores, al mismo tiempo que incentivará la creación de instancias que observen los avances, facilitará la labor de los Estados responsables de la adopción de medidas legislativas y de políticas a nivel interno que resguarden los derechos de las personas mayores, así como de los propios titulares de los derechos y de otros interesados, y promoverá la inclusión y participación de las personas mayores, con igualdad de oportunidad, en los ámbitos civil, político, económico, social y cultural, tanto en los países en desarrollo como en los desarrollos, fomentando el envejecimiento activo y exitoso».

El art. 1 del Proyecto de Convención Interamericana delimita su ámbito de aplicación indicando que: «El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas mayores, sin distinción de ninguna especie, promover el respeto de su dignidad inherente y promover su plena integración en la sociedad. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por «persona mayor» a aquella de edad igual o superior a los 60 años». En el Capítulo IV enuncia los derechos protegidos, incluyendo la igualdad y no discriminación por razón de la edad (art. 6), derecho a la vida, independencia, autonomía y dignidad al final de la vida (art. 7), derecho a la integridad física, patrimonial, mental y emocional, y no a sufrir malos tratos (art. 8), derecho a brindar consentimiento libre e informado (art. 10), derecho a la libertad y seguridad personal (art. 11), derecho a la libertad de expresión y al acceso a la información (art. 12), derecho a la nacionalidad y a la libre circulación (art. 13), derecho a la privacidad y a la intimidad (art. 14), derecho a la Seguridad Social (art. 15), derecho al y en el trabajo (art. 16), derecho al disfrute del más alto nivel posible de la salud física y mental (art. 17), derecho a la educación (art. 18), derecho de propiedad (art. 19), derecho a la vivienda y a un medio ambiente sano (art. 20), derecho a un nivel de vida adecuado, a los servicios socio-sanitarios adecuados y a la accesibilidad (art. 21), derecho a la participación e integración comunitaria (art. 22), derecho a la participación en la vida política y pública (art. 23), derecho a la participación en la vida cultural (art.

24), derecho a la recreación, al esparcimiento y el deporte (art. 25). Por su parte, el Capítulo V regula los que llama «Derechos de grupos específicos», abarcando medidas afirmativas (art. 26), derechos de las mujeres mayores (art. 27), derechos de las personas mayores indígenas (art. 28), derechos de las personas mayores pertenecientes a grupos étnicos, raciales, nacionales, lingüísticos, religiosos y rurales (art. 29), derechos a la diversas orientaciones sexuales e identidades de género (art. 30), situaciones de riesgo y emergencias humanitarias (art. 31). El Capítulo V contempla el «Acceso a la Justicia», estableciendo con detalle las garantías judiciales⁴.

El siglo XXI enfrenta a la protección social con nuevos retos ante la «presión» demográfica. Como se indicó, uno de los factores demográficos que vienen a cuestionar la fisonomía actual de los sistemas públicos de protección social es el fenómeno del envejecimiento de la población, vinculado al hecho, sin duda muy positivo desde el punto de vista civilizatorio, de alargamiento del ciclo vital de la vida.

La población mundial se espera que crezca otros dos mil millones en sólo 38 años, creando una demandas in precedentes de recursos. La mayor parte de ese crecimiento se dará en países de bajos ingresos urbanos en Asia. Hoy en día Asia tiene 4,2 mil millones de personas y se espera que crezca a 5,9 mil millones en 2050. En 2030, la clase media mundial se estima que crezca en un 66% aproximadamente —alrededor de 3 millones de dólares más de consumidores con mayor poder adquisitivo y expectativas. La dinámica de la población está cambiando de una alta mortalidad y alta fertilidad a una baja mortalidad y baja fertilidad. La tasa mundial de fecundidad ha descendido de 6 niños en 1900 a 2,5 en la actualidad. Si las tasas de fecundidad siguen disminuyendo, la población mundial podría en realidad reducir el tamaño a 6,2 millones en 2100, creando un mundo de ancianos difícil de mantener. Hoy en día la esperanza de vida al nacer es de 68 años, y está previsto que aumente para el año 2100 a 81. En 2050, podría haber más personas mayores de 65 años, que de 15 años, lo que requiere nuevos conceptos de jubilación. Probablemente los avances científicos y médicos durante los próximos 20-30 años podrían dar a la gente una vida más larga y productiva que lo que la mayoría de la gente creería posible hoy en día. La gente trabajará más y creará muchos tipos de trabajadores por cuenta propia, tele-trabajo, trabajo de tiempo parcial, y rotación laboral para reducir la carga económica de las genera-

⁴ El Proyecto está en plena fase de elaboración y discusión. Muestra de ello es el documento intitulado, «Artículos considerados durante la reunión celebrada el 11 y 12 de febrero de 2013», del Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos. Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos. Grupo de Trabajo sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (OEA. Serv. G. CAJP/GT/DHPM-37/12 add. 6 rev. 1. 22 febrero 2013).

ciones más jóvenes y para mantener los niveles de vida. Si los nuevos conceptos de empleo no se inventan, la inestabilidad política creciente parece inevitable. Los cambios demográficos actuales y una mejor educación, agravadas por la volatilidad económica, aumentarán la demanda de sistemas democráticos más transparentes. Aunque la democracia ha estado creciendo por más de 20 años, Freedom House informa que las libertades políticas y civiles se redujeron en 2011, por sexto año consecutivo. Las nuevas democracias deben abordar los abusos anteriores de poder para ganar la lealtad de los ciudadanos sin aumentar la discordia social, retardar el proceso de reconciliación y la reducción de los derechos humanos. Un público educado e informado correctamente es fundamental para la democracia, por lo tanto, es importante aprender a contrarrestar y prevenir diversas campañas de desinformación ideológica, la guerra de información, la censura del gobierno por motivos políticos, la auto-censura periodística y el control de los grupos de interés a través de Internet y otros medios de comunicación, al tiempo que se refuerza la búsqueda de la verdad⁵.

El punto de partida de una necesaria respuesta institucional no debe ser precisamente apocalíptico y de dimensiones proféticas. Por lo pronto, las personas mayores pueden presentar en sí un valor añadido para las empresas, para la economía y para la sociedad. Aportan su saber y su experiencia. Deben abandonarse los estereotipos tradicionales sobre el envejecimiento de la población para afrontar el envejecimiento y el incremento de la esperanza de vida en una dimensión más positiva. Una de esas dimensiones puede ser la de valorar la conveniencia de una prolongación de la edad de jubilación. Se ha advertido, al respecto, que es preciso llevar a cabo una reforma cualitativa de los sistemas públicos de pensiones y de los mecanismos de anticipación de la edad de jubilación (señaladamente, la jubilación anticipada) para hacer frente al envejecimiento de la población.

No obstante, estas reformas no serán suficientes para *fomentar la jubilación tardía* y para reducir el riesgo de que surja una escasez de mano de obra en el futuro. Igualmente es necesario adoptar medidas para adaptar las prácticas de fijación de los salarios al envejecimiento de la población trabajadora, para luchar contra la discriminación por razones de edad y contra las actitudes negativas hacia el hecho de trabajar a una edad avanzada, para mejorar las cualificaciones de los trabajadores de edad avanzada y sus condiciones de trabajo y para «activar» mejor a los demandantes de empleo de edad avanzada⁶. En el ámbito de las políticas

⁵ GLENN, J. C., GORDON, TH. J. y FLORESCU, E.: *The Millennium Project. Estado del Futuro 2012*, edición ejecutiva, Washington, Librería del Congreso, 2012, págs. 1-2.

⁶ Véase OCDE: *Envejecimiento y políticas de empleo. España*, Madrid, MTAS-Informes OCDE, 2004, pág. 11.

activas esta es una medida que debe potenciarse. En el caso de nuestro país se aprecian cambios demográficos de envergadura en un sentido análogo a la de otros países europeos. En primer lugar, las tasas de fecundidad se han reducido drásticamente, situándose entre las más bajas del mundo; y, en segundo lugar, se ha incrementado la esperanza medida de vida. Esa combinación de factores explica el proceso de rápido envejecimiento que se está produciendo en la población. Se calcula que en 2050, las personas entre veinte y sesenta y cuatro años tan sólo representarán a la mitad de la población total, mientras que el porcentaje actual es de un sesenta y dos por ciento aproximadamente. Los sistemas de pensiones irán viendo aumentados sus gastos no sólo en pensiones, sino también en lo que se refiere a asistencia sanitaria y los cuidados a personas mayores y ancianos. Por ello, actualmente parece equivocada la orientación político-jurídico de presionar para animar a los trabajadores de edad avanzada (es decir, a los de cincuenta-sesenta y cuatro años) a abandonar el mercado de trabajo antes de la edad normal de jubilación de sesenta y cinco años. De ahí las tendencias a la prolongación de la vida activa. Lo que corresponde hacer es precisamente lo contrario: proceder a la ampliación de los incentivos para la permanencia en activo de las personas mayores, influyendo en las decisiones de las personas. La reforma que introduce la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en materia de Seguridad, va en esa dirección de política del Derecho, al fomentar expresamente la prolongación voluntaria de la vida laboral más allá de la edad ordinaria (Disposición adicional octava, Disposición adicional vigésima).

Ahora bien, lo que no parece admisible es que entre en juego una medida restrictiva de recorte de la cuantía de las pensiones para supuestamente «no socavar» los incentivos para trabajar, partiendo de la premisa de que una elevada tasa de sustitución constituye un incentivo para jubilarse, mientras que una baja tasa de sustitución tendría el efecto justamente contrario. Por ello, se aduce desde la OCDE, que España presenta una tasa neta de sustitución muy alta en las pensiones públicas, en comparación con otros países de la OCDE⁷. Es criticable esta filosofía social: reducción de la intensidad de la protección dispensada como medida «persuasiva» y de «control social» de la población mayor. Implica adoptar un enfoque disciplinario, de manera que se optaría por una lógica de política de control excluyente, rehusando la adopción de políticas de inclusión.

En un sentido distinto parecen, afortunadamente, situarse algunas reformas adoptadas en los últimos años para hacer frente al reto demográfico. Se ha establecido diversas medidas con la finalidad de mejorar las tasas de ocupación de los trabajadores de edad madura. Es el caso del sistema de «*jubilación flexible*»,

⁷ OCDE: *Envejecimiento y políticas de empleo*, cit., págs. 13-14.

implantado desde el año dos mil dos con el acuerdo previo de los agentes sociales. El sistema de jubilación flexible estaría llamado a desplazar en lo posible a las anticuadas medidas de jubilación anticipada. Ésta se penaliza con reducciones proporcionales de la tasa de sustitución. Nuevamente la idea es mantener a los trabajadores de edad avanzado en activo el máximo tiempo posible, pero para ello, aparte del endurecimiento de los requisitos de anticipación de la edad de jubilación, es necesario mejorar la empleabilidad de los trabajadores maduros tanto con políticas de recualificación profesional como con políticas de apoyo para garantizar sus oportunidades vitales en el trabajo. Esto también debería suponer la predisposición de límites estrictos a las políticas de «jubilación forzosa» por convenio colectivo que no estén acompañadas de verdaderas razones de política de empleo; y no en base a meras declaraciones abstractas⁸. En una lógica más restrictiva de la anticipación de la edad abunda el proceso actual de reforma de la Seguridad Social (que tiene su expresión más evidente ahora en el proceso de reformas «sociales» iniciado a partir de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en materia de Seguridad).

En esa línea se sitúan las Naciones Unidas, la OCDE y las instituciones políticas Europeas (Consejo de Europa y Unión Europea⁹), expresada en una multiplicada de instrumentos jurídicos y de documentos políticos de diversa naturaleza y alcance. Se han propuesto las siguientes recomendaciones:

- Reformas recientes para penalizar la jubilación anticipada y fomentar la jubilación tardía: el objetivo es alargar de hecho la vida laboral de las personas de edad avanzada en un intento de frenar la tendencia ascendente del gasto en pensiones.
- Asegurarse de que el sistema de «jubilación flexible» introducido frena realmente la tendencia a la jubilación anticipada.
- Revisar el cálculo de las pensiones de jubilación. El hecho de que puedan adquirirse unos derechos limitados a una pensión durante los últimos años de empleo (y a la inversa, el hecho de que los años iniciales de empleo

⁸ Al menos, una vez admitidas por la disposición adicional décima de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores), debería cumplirse estrictamente con los requisitos legalmente exigidos. Lo que resulta inadmisibles desde todo punto de vista son las jubilaciones forzosas anticipadas con carácter incondicionado.

⁹ Las propuestas programadas vienen siendo formuladas desde hace tiempo. Véase, entre la amplia bibliografía al respecto, VV. AA.: *La Seguridad Social en una sociedad cambiante*, Madrid, MTSS, 1992; *Libro Blanco de la Jubilación*, Madrid, MTSS, 1994; *La Seguridad Social y las nuevas formas de organización del trabajo. Las carreras de seguro atípicas*, Madrid, MTAS, 2003. Véase DE LA FUENTE LAVÍN, M.: *El sistema de pensiones en España. Evolución y perspectivas de futuro*, Granada, Ed. Comares, 2006.

- generen unos derechos desproporcionadamente grandes a una pensión) reduce los incentivos para permanecer más tiempo en el mercado de trabajo.
- Examinar con los interlocutores sociales el grado en que los convenios colectivos pueden afectar a la nueva legislación sobre la «jubilación flexible». Los convenios colectivos a menudo especifican una edad obligatoria de jubilación. Estas cláusulas deben revisarse a la luz de la nueva legislación.
 - Asegurarse de que las pensiones Privadas no constituyen una subvención implícita a la jubilación anticipada. Las medidas legislativas sobre los sistemas privados de pensiones adoptadas suponen una política de apoyo público a estos instrumentos de previsión privada. No obstante, debe evitar que los sistemas privados actúen en la práctica como una subvención a las jubilaciones anticipadas.
 - Reformar algunas disposiciones relacionadas con las prestaciones por enfermedad y por incapacidad. Para reducir la utilización de las prestaciones por enfermedad y por incapacidad para abandonar anticipadamente el mercado de trabajo, tal vez sea necesario alargar el período durante el cual los empresarios son económicamente responsables de la baja.
 - Introducir prestaciones subordinadas al empleo para los parados de edad avanzada que acepten un empleo.
 - Reforzar los elementos de «activación» que contienen las prestaciones por desempleo para los trabajadores de edad avanzada y revisar el papel de los servicios públicos de empleo.* Eso significa que se debe poner a disposición de los parados de edad avanzada *programas de asesoramiento y formación para la búsqueda de empleo.* Por otra parte, debe aplicarse mejor el requisito de la búsqueda de empleo para poder percibir prestaciones, para lo cual será necesario una importante reforma de los servicios públicos de empleo, incluidos la contratación de personal cualificado y la revisión de las prácticas actuales. Sería bueno acompañar estas reformas institucionales de un reforzamiento de las medidas que pretenden hacer que compense trabajar («Activación» como control social disciplinario).
 - Eliminar los obstáculos en el lado de la demanda (empresarial). La OCDE ha insistido en la necesidad de incrementar los incentivos al trabajo que contienen los sistemas públicos de protección social, pero subrayando que se necesitan adicionalmente otras medidas de acompañamiento. En tal sentido será preciso establecer medidas para conseguir que los empresarios tengan interés en mantener en su puesto a los trabajadores de edad avanzada y de contratar personas de este grupo, lo cual plantea cuestiones relacionadas con la manera en que se determinan los salarios y lleva a preguntarse si los salarios basados en la antigüedad son un obstáculo para el empleo de los trabajadores de edad avanzada. La legislación puede ser un instrumento que colabore en los objetivos (v.gr.,

política de cotizaciones a la Seguridad Social, jubilación a tiempo parcial, etc.)¹⁰.

—Todo ello implica gobernar y controlar las *transiciones* de los trabajadores de edad avanzada del trabajo a la jubilación en nuestro país, como en los demás Estados europeos.

—También de afrontarse la calidad de vida en la vejez, precisamente con la finalidad de garantizar su seguridad económica y evitar el riesgo de la pobreza y la exclusión social.

Si no se garantiza la seguridad económica en la vejez es posible pensar que un gran número de jubilados pueden ingresar las bolsas de pobreza. Toda persona de edad avanzada después de una larga trayectoria profesional debe poder ostentar los derechos de ciudadanía (derecho al trabajo, derecho a la protección social pública) que le permita realizarse plenamente y mantener a su familia con un mínimo decoroso de vida. Es el derecho a una vida digna.

Las garantías sociales de las personas de *edad avanzada* deben establecerse y actuar a lo largo de todo el ciclo vital de la persona mayor, favoreciendo su permanencia en el trabajo —deseada—, y facilitando las *transiciones* hacia el retiro. La situación de viudez puede suponer una reducción de los ingresos ajustados por necesidades y aumentar la probabilidad de pobreza o exclusión social en los hogares con personas mayores. Este hecho tiene directa relación con las transferencias sociales que reciben las personas mayores. Es igualmente relevante el papel de las ayudas familiares en la seguridad económica en la vejez. En todo caso, lo que debe de garantizarse es la provisión de ingresos suficientes a través de los tres cauces alternativos o complementarios que permite un sistema de bienestar social: Estado (protección pública, con reconocimiento de derechos sociales «desmercantilizados»), Familia (ingresos de las unidades familiares) y Mercado (desarrollo de una vida laboral activa, con retribuciones justas).

El riesgo es realizar políticas desequilibrantes, como ha podido ocurrir con las políticas públicas de apoyo al mercado y la reducción de los ámbitos de protección social; o con la realización de políticas privatizadoras de ámbitos protectores antes asumidos por el sistema público. Estas políticas selectivas y unilaterales ponen en cuestión el equilibrio deseable entre las tres típicas instancias de provisión del bienestar (Estado-Familia-Mercado). El Estado debe mantener su compromiso de garantizar los derechos sociales de las personas mayores, a través de prestaciones

¹⁰ OCDE: *Envejecimiento y políticas de empleo*, Madrid, MTAS-Infórmes OCDE, 2004, págs. 63 y sigs. En una perspectiva más amplia, OCDE: *Perspectiva del empleo*, Madrid, MESS-Infórmes OCDE, 2012.

sociales (económicas, asistenciales y servicios), apoyos a la mejora de la empleabilidad de las personas mayores, ayudas a las familias (políticas familiares); y debe también propiciar la integración de las personas mayores en el mercado de trabajo sin que ello entrañe un detrimento de la productividad del tejido empresarial.

El *envejecimiento demográfico* no puede ser contemplado como una mera redistribución de equilibrios en la pirámide de edades. En efecto, representa una de las mutaciones sociales más importantes en curso en la línea de lo que se podría decir, «democratización» de la supervivencia y la eficacia reproductiva resultantes. Se trata de una transformación cualitativa que ha supuesto un cambio en las relaciones cuantitativas entre edades, e incluso la misma significación de estas en el ciclo vital de las sucesivas generaciones, y asimismo las relaciones intergeneracionales en cada fase histórica. Conviene recordar, ahora, que el envejecimiento de las poblaciones constituye un éxito de las políticas de salud pública y, en general, del desarrollo social y económico. Sin duda es un triunfo, aunque también un desafío que nunca puede alcanzar a convertirse de modo simplificador en un «problema social». Tiene una innegable dimensión positiva.

Como ha señalado la OMS el envejecimiento activo es el *proceso de optimización* de las oportunidades de salud, participación y seguridad, con el fin de mejorar la calidad de vida a medida que las personas envejecen. El enfoque del *envejecimiento activo* fue adoptado por la OMS a finales de los años noventa. Es de destacar que viene a sustituir la planificación estratégica sobre las personas mayores, basada en las «necesidades», por la basada en «los derechos» a la igualdad de oportunidades y de trabajo en todos los aspectos de su ciclo vital, haciendo más hincapié a medida que envejecen. La idea del envejecimiento activo se proyecta a las personas individualmente y a los grupos de población. Se trata de un camino a recorrer, cuya meta final está en conseguir que cada persona, realice su potencial de bienestar físico, social e intelectual, a lo largo de toda su vida y por lo tanto, pueda participar en la sociedad, y especialmente atendiendo a las necesidades para las personas mayores: autonomía o capacidad de controlar, afrontar y tomar decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias; independencia como la capacidad de desempeñar las funciones relacionadas con la vida diaria; calidad de vida sería la percepción individual de la propia posición en la vida dentro del contexto del sistema de valores en que se vive. Ello vendrá determinado, en no poco, por su capacidad para mantener la autonomía y la independencia.

En este orden de ideas, hay que entender por esperanza de vida saludable el derecho a una esperanza de vida libre de discapacidades y con posibilidades reales de desarrollar las oportunidades vitales. Este enfoque de política social no significa desconocer que el envejecimiento comporta en sí una exigencia de adaptación de los sistemas públicos de protección social. Y, en verdad, aunque en una perspectiva excesivamente unilateral de contención del gasto público en protección social,

en las últimas décadas se viene produciendo en los países europeos reformas en materia de pensiones marcadas, ante todo, por la preocupación preferente de la viabilidad financiera del sistema de pensiones. El programa reformista ha sido objeto de una cuidadosa planificación —previa y dinámica— a escala de la Unión Europea, con la realización simultánea de políticas nacionales análogas, y, sobre todo, coordinadas en sus objetivos compartidos (en lo principal)¹¹.

Tradicionalmente, *la vejez* se ha relacionado con la enfermedad, la dependencia y la jubilación. Las políticas y programas vinculados a este paradigma hoy desfasado, no reflejan la realidad. Sobre todo en los países de desarrollo, muchas personas mayores, continúan trabajando en el mercado de trabajo y en sector del trabajo informal. En los países desarrollados van siendo piezas clave y no remuneradas en el trabajo doméstico, cuidado de nietos/as (en Estados Unidos, cada vez son más los niños que consideran la casa de sus abuelos como su propio hogar) e incluso también en la ayuda a las personas enfermas. Con esta contribución, se permite a los miembros más jóvenes de la familia poder incorporarse al trabajo laboral remunerado.

En una perspectiva de *ciclo vital*, la política general encaminada a afrontar el problema del envejecimiento demográfico abarcaría todo el ciclo vital de la persona, esto es, el envejecimiento a lo largo de la vida, percibiendo el envejecimiento como fenómeno dinámico y de cambio permanente¹². En este sentido es preciso elaborar una política transversal que opere transversalmente por todos los sectores, e integral, que comprenda tanto a la población anciana de hoy como a la del mañana, con medidas para que el país se prepare para el envejecimiento progresivo. La política de envejecimiento y vejez, que ha de enmarcarse dentro de una política pública para la población en general, ha de combinar acciones tanto para la actual coyuntura como para el futuro. Dicha política debe partir de la consideración de la familia como uno de sus ejes principales, pero sin descuidar las políticas de pensiones y la atención a las situaciones de dependencia. Si se atiende a la política de pensiones efectivamente realizadas en nuestro país se aprecia la orientación hacia la universalización de las pensiones a través de los niveles asistenciales o no contributivos, y la simultánea política de contención del gasto público en pensiones.

¹¹ Véase MONEREO PÉREZ, J. L.: «La nueva fase del desarrollo del Pacto de Toledo: el acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección Social», en *Relaciones Laborales*, núm. 24 (2001), págs. 11 y sigs.; *íd.*: «El sistema de pensiones en el marco de la acción protectora de Seguridad Social», en ANTÓN, A. (Coord.): *La reforma del sistema de pensiones*, Madrid, Talasa Ediciones, 2010, págs. 15 y sigs.

¹² Para ese enfoque de ciclo vital aplicado a la política social, puede consultarse MONEREO PÉREZ, J. L.: «Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una realidad cambiante», en RMTAS, Número Extraordinario (2008), págs. 49 y sigs.

Aparte de ello se constatan relevantes diferencias por sexo, que refleja la situación de desigualdad de la mujer trabajadora. Igualmente, existen diferencias en atención a la organización territorial del Estado y atendiendo a la actividad, lo que refleja, a su vez, las desigualdades salariales y de empleo que presenta un mercado fragmentado, segmentado, como es el español. Ello pone de manifiesto que la política de pensiones debe *enmarcarse* en el conjunto más amplio de las políticas públicas (política de empleo, política económica y política cultural, señaladamente).

Como se puede comprobar el sistema público de protección social tendrá que continuar adaptándose a las exigencias de tutela específica de las situaciones de los mayores estableciendo nuevas medidas de protección social que atiendan a esta fase avanzada del ciclo de vida de las personas.

III.1.2. *Los derechos de los mayores como «derechos fundamentales»*

Ahora bien: los derechos de las personas mayores pueden estar reconocidos y garantizados no como simples principios y objetivos de políticas públicas, sino como auténticos «derechos fundamentales». Así se aprecia en una serie de instrumentos jurídicos de diverso alcance, pero situados en esa dirección y con la finalidad no sólo de «proclamar» derechos, sino también de «garantizarlos» efectivamente a través de diversas técnicas jurídicas e institucionales. Sin embargo, no se trata de reconocer tanto los «nuevos» derechos de las personas mayores, como los clásicos derechos vinculados a la vejez y la llamada tercera edad (señaladamente, la jubilación, la protección de la discapacidad, asistencia sanitaria y servicios sociales para —o vinculados a— los mayores o ancianos). En el marco de la ONU destacan en este sentido: Los dos Pactos internacionales de derechos humanos de las Naciones Unidas de 19 de diciembre de 1966, anudados entre si y que, es de realzar, que «materializan la Declaración Universal de los derechos humanos de 10 de diciembre de 1948; y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de las Naciones Unidas, acordada en 2007.

Pero aun siendo extraordinariamente importantes, estos derechos enmarcados en la lógica de la Seguridad Social permiten una protección limitada a la cobertura de las necesidades sociales tradicionales de la época de la sociedad moderna, pero deja fuera otras nuevas necesidades diferenciadas como señaladamente las situaciones de dependencia. Pero, aparte de ello, como es obvio, deja al margen lo que no constituye propiamente Seguridad Social y Protección Social Pública, es decir, todo lo concerniente a los derechos civiles, culturales y políticos que conforman una nueva generación de derechos para las personas mayores. En este sentido, el problema de los nuevos derechos sociales, económico y culturales y de los derechos civiles y políticos debería encontrar una garantía a través de una ordenación específica más integral, como la que se prevé en el Proyecto de Convención Internacional en favor de los derechos de las personas mayores, la cual, entre otras

cosas, tendría la virtualidad de garantizar en un mismo instrumento jurídico internacional la triada interdependiente de derechos fundamentales de las personas mayores. Por lo demás, esta ha sido la que ya han seguido las dos grandes Cartas normativas europeas de derechos fundamentales (Carta Social Europea en versión de 1996; y Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en versión no modificada de 2007/2010), que consagran derechos específicos integrados de las personas mayores, sobreañadidos a los derechos sociales prestacionales de tipo clásico relativos a la Seguridad Social, Asistencia y Servicios Sociales.

III. 2. **La Organización Internacional del Trabajo y la protección de las personas mayores**

En el marco de la OIT se plantea un problema análogo, donde coexisten los derechos proclamados como «principios» u «objetivos» de la política social y los derechos sociales garantizados como «derechos fundamentales». Igualmente, se aprecia que en todos los casos se trata, evidentemente, de derechos sociales (es decir, de derechos de protección social y de carácter laboral), sin abarcar a los derechos civiles, culturales y políticos.

Así entre los derechos proclamados como «principios» u «objetivos» de la política social se pueden destacar: la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima séptima reunión, Ginebra, 10 de junio de 2008; y Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su octogésima sexta reunión, Ginebra, 18 de junio de 1998.

Por su parte, entre los derechos garantizados como «derechos fundamentales» en los instrumentos normativos de la OIT, cabe destacar, entre otros muchos, los siguientes: Convenio OIT núm. 102, sobre Norma Mínima de la Seguridad Social (es sin duda la normativa de Seguridad Social más importante e influyente del Derecho Internacional General, y que comprende un conjunto de derechos sociales vinculados a la vejez, como la jubilación, asistencia sanitaria, asistencia y servicios sociales); Convenio OIT núm. 128 y Recomendación OIT núm. 131; Convenio OIT núm. 122, sobre la política de empleo. Recomendación OIT núm. 169; Convenio OIT núm. 117, sobre política social (normas y objetivos básicos); Convenio OIT núm. 111, sobre la discriminación (empleo y ocupación) y Recomendación OIT núm. 111, sobre la discriminación (empleo y ocupación); Convenio OIT núm. 156, sobre los trabajadores con responsabilidades familiares y Recomendación OIT núm. 165, sobre los trabajadores con responsabilidades familiares.

III. 3. Las políticas sobre el envejecimiento activo en Europa

Las políticas sobre envejecimiento activo en Europa y su instrumentación normativa tienen necesariamente que partir de la premisa de enmarcarla y situarla en lo que se ha dado en llamar ambiguamente el «modelo social europeo». Un modelo que si es remitido a los países nucleares de la Unión Europea sólo podría hacerse verdaderamente por remisión a la tradición del constitucionalismo social de los Estados miembros más avanzados. Ahora bien, en las últimas décadas se está produciendo dentro de la Unión un acusado dominio de la constitución económica sobre la constitución social y un paralelo desplazamiento de la constitución social garantista (garantismo fuerte) por una constitución social débil o debilitada (garantismo débil). De manera que de un «modelo social Europeo» situado en la tradición del constitucionalismo social se transita lentamente —pero inexorablemente— hacia un constitucionalismo débil de tipo neoliberal. Lo que en términos de formas de Estado determina un cambio radical, a saber: desde el Estado Social de Derecho a formas de Estado postsocial, que pueden ser calificadas de formas diversas como forma de «Estado Mercado», «Estado de competencia económica», «Estado regulador», etcétera. Pero que presenta la nota común de ser una forma de Estado que se encuentra ante todo al servicio del mercado y de la competitividad de la economía, dejando en un segundo plano el proceso de democratización de la economía y la garantía efectiva de los derechos sociales, económicos y culturales.

Se trata desde luego de un proceso en construcción, que no cabe duda que ha puesto en crisis el denominado «modelo social europeo» en la dirección apuntada hacia un predominio absoluto de la constitución económica neoliberal sobre el constitucionalismo democrático-social de la tradición civilizatoria apreciable al menos desde la segunda postguerra mundial. Resulta paradigmático el discurso asumido por las instituciones de la Unión Europea en su particular concepción del envejecimiento activo y de las políticas de vejez en general. En dicho discurso se promueve la protección de los mayores, realizando propuestas de prolongación de la vida activa, retraso de la edad ordinaria de jubilación, limitación de las jubilaciones anticipadas, protección de los mayores frente a las discriminaciones en el empleo, introducción del factor de sostenibilidad, etcétera. Sin embargo, se parte de un diagnóstico que toma como premisa subyacente la insostenibilidad del sistema público de pensiones y en general de las protecciones sociales de los mayores, derivado del desequilibrio considerado estructural —y no simplemente coyuntural— entre cotizantes y pensiones y perceptores de diversas prestaciones sociales. Se trata de un desequilibrio de los grupos de edad —pensionistas y trabajadores en activo cotizantes— que refleja sin duda un profundo cambio en el ciclo vital consistente no sólo en la mayor esperanza de vida (con más años en la fase de jubilación), sino también en los cambios en la conformación de los

mercados de trabajo, en las estructuras familiares, etcétera. Pero que en lugar de afrontar el problema para garantizar la sostenibilidad desde la perspectiva de la política activa de empleo (empleabilidad positiva de los mayores, con verdaderas garantías de acceso y mantenimiento del empleo) y de las políticas complementarias de financiación (mayor aportación de recursos públicos con cargo a fiscalidad general para no hacer depender el equilibrio financiero exclusivamente del método financiero de reparto) apuesta por impulsar políticas de «equilibrio financiero interno» (rechazando nuevas vías de financiación con cargo a la fiscalidad general o a través del establecimiento de impuestos específicos adicionales), lo que le permite defender tan sólo estrategias defensivas no sólo de contención del gasto, sino de reducción del mismo y de los derechos sociales anudados a la vejez y al envejecimiento. Es decir, reducciones sistemáticas y combinadas de derechos sociales durante la fase activa (aumento del esfuerzo de cotizaciones o ahorro a largo plazo, pero además atendiendo a una cada vez más generalizada precarización laboral) y durante la fase pasiva (reducción de la cuantía de las pensiones y de los servicios dispensados por el sistema público; abriendo una cada vez mayor distancia entre las rentas de activo y las rentas en el período de inactividad, y con ello ampliando los espacios vitales de los sistemas privados de previsión, de carácter mercantil y subjetivamente selectivo; y por consiguiente difícilmente generalizable para todos) a lo largo del ciclo vital de las personas ¹³.

No se puede decir que el «modelo social europeo» o, mejor, el constitucionalismo democrático-social europeo haya permanecido estático, pues lejos de ello se puede constatar fácilmente que los modelos nacionales europeos situados en esa tradición (tanto los «modelos beveridgianos» como los «modelos Bismarkianos») han tratado de responder a los retos planteados por la emergencia de nuevas necesidades en una economía globalizada que prioriza la competitividad y la contención del gasto público. Ha tratado adaptarse a los cambios en el mercado de trabajo, en las estructuras familiares y, en general, a la desestandarización del ciclo de vida de las personas en una sociedad del riesgo y de la incertidumbre. Esto había venido suponiendo el diseño de una amplia panoplia de medidas de renovación e innovación en los sistemas de protección social y más ampliamente en los modos de organización de la sociedad contemporánea.

A consecuencia de ello en el mismo interior de los modelos nacionales preside una mayor heterogeneidad frente a la mayor uniformidad que existía en la época precedente entre los países de referencia comparables. A la par que se han incorporado nuevos principios y valores sobreañadidos a los considerados clásicos

¹³ Puede consultarse al respecto, ANTÓN, A. (Coord.): *La reforma del sistema de pensiones*, Madrid, Talasa Ediciones, 2010, págs. 15 y sigs., 115 y sigs., y *passim*.

o tradicionales. Se han llevado a cabo reformas de las institucionales clásicas y se han creado nuevos principios e instituciones de justicia social.

Se ha tratado de responder a los dilemas planteados tanto desde el exterior de los Estados nacionales (exacerbación de las condiciones competitividad en una económica abierta e internacionalizada, que presiona hacia la reducción del poder de decisión democrática y la reducción y debilitamiento de los derechos sociales, económicas y culturales) y desde el mismo interior (los problemas suscitados por el envejecimiento poblacional, la disminución de la tasa de natalidad, la incorporación generalizada de la mujer al mercado de trabajo, la generalización de la precarización laboral, las nuevas formas de organización de las empresas, las nuevas tecnologías aplicadas a los procesos de producción y a los servicios, las nuevas formas de trabajo descentralizado, a distancia y autónomo o semi-autónomo, el avance y consolidación de un alto nivel de exclusión social, etcétera). Pero estos fenómenos han sido retroalimentados tanto a escala europea como a escala de los Estados nacionales en forma de políticas de liberalización y flexibilización de los mercados laborales y de contención y reducción del gasto público social. En otras palabras, la respuesta a estos fenómenos estructurales en el marco de la crisis económica actual viene siendo una política de re-mercantilización de los derechos sociales y la implantación una política de *austeridad permanente* de tipo neoliberal, lo que se hace especialmente visible con una austeridad unilateralmente encaminada a la reducción permanente del gasto social frente a las demás partidas del gesto público, produciéndose un desplazamiento de las rentas del trabajo y de las clases subalternas de la sociedad hacia las rentas del capital y de las clases dominantes o privilegiadas. Por lo demás, esa austeridad permanente en la política de atención a las personas mayores se suele sustentar significativamente en el envejecimiento de la población. Ya es harto significativo que la reducción de derechos en materia de pensiones de jubilación (por ejemplo, incremento de la edad ordinaria de jubilación por el constante juego del llamado «factor de sostenibilidad» —unilateralmente residenciado en los datos relativos a la esperanza de vida— y reducción de la calidad de las prestaciones dispensadas), de asistencia sanitaria (copago desproporcionado), y servicios sociales y dependencia (contención del gasto y neutralización de los derechos) se venga «justificando» en las previsión del envejecimiento progresivo de la población. No es de extrañar así que se ponga en cuestión los fundamentos del Estado Social de Derecho y su política democratizadora y de carácter social, que ha representado un hito en el proceso de civilización de la sociedad contemporánea, y que, pese a todos los ataques que ha recibido, ha mostrado una gran capacidad de adaptación a los continuos cambios en curso.

Todo ello replantea la posición de las personas mayores en la sociedad, en la percepción de ciclo vital y los ritmos cambiantes del ciclo vital. Naturalmente, las percepciones del ciclo vital están bajo la influencia del cambio social y político,

con nuevos ritmos en el curso vital: La «tercera edad» y la «Cuarta edad» y los «Viejos-Viejos»¹⁴.

III.3.1. *Evolución de las políticas europeas sobre envejecimiento activo*

En el marco de la Unión Europea, hasta la aprobación de la Carta de los Derechos Fundamentales con rango normativo (art. 6.1 del Tratado de la Unión Europea, en versión dada por el Tratado de Lisboa), la política relativa a las personas mayores se centraba fundamentalmente en la materia relativa a la pensión de la jubilación, y ante todo en la regulación de la edad de jubilación. Todos los demás aspectos como, el envejecimiento activo y el papel atribuido a las personas mayores en la sociedad actual puso prácticamente a un segundo plano o, frecuentemente, inadvertido.

Marcando distancias con ese largo periodo, el art. 25 CDFUE garantiza una protección y derechos específicos para las personas mayores o de edad avanzada. Por lo demás, esta disposición no se limita a «proclamar» derechos (como ha venido siendo la tónica en las instituciones internacionales), sino que pretende «garantizar» efectiva tales derechos, y hacerlo al máximo nivel de un Tratado de la Unión Europea (que es la naturaleza actual de la CDFUE). Es así que el art. 25 CDFUE se puede considerar como un auténtico punto de inflexión en la política comunitaria de atención a los mayores¹⁵. Este precepto desea garantizar el derecho a la existencia digna y la autorrealización de la persona mayor¹⁶. En esa dirección la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, proclama, por ejemplo su art. 25.1, que «toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y especialmente la alimentación», y todo un conjunto de derechos sociales, económicos y culturales, en relación también con el art. 23, que reconoce el derecho al trabajo y los derechos asociados a la posición de «toda persona que trabaja».

El Informe explicativo de los redactores de la Carta dice que la fuente de este precepto expresa una continuidad de ideas con instrumentos europeos como el

¹⁴ Véase NEUGARTEN, B. L.: *Los significados de la edad*, trad. Cristina Halberstadt, Barcelona, Ed. Herder, 1999, págs. 148 y sigs.

¹⁵ En este sentido, MONEREO PÉREZ, J. L. y MALDONADO MOLINA, J. A.: «Derechos de las personas mayores (Artículo 25)», en VV. AA.: *La Europa de los derechos. Estudios sistemático de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J. L. (Directores), Granada, Ed. Comares, 2012, págs. 557 y sigs.

¹⁶ Sobre el derecho a la existencia digna puede consultarse en la doctrina de los orígenes del reformismo social, MENGER, A.: *El Derecho Civil y los Pobres*, trad. Adolfo Posada, edición y estudio preliminar, «Reformismo social y socialismo jurídico», a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 1998.

art. 23 de la Carta Social Europea revisada en 1996 y en los artículos 24 y 25 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989. La participación en la vida social y cultural incluye por supuesto la participación en la vida política», pero realmente no hay una continuidad con ningún texto precedente de la Unión, pero sí del Consejo de Europa. Ciertamente, la Carta Social Europea revisada (1996), establece nuevos derechos *específicos* garantizados a las personas mayores. El art. 23 («Derecho de las personas de edad avanzada a protección social»), dispone que:

«Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las personas de edad avanzada a protección social, las Partes se comprometen a adoptar o a promover, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas apropiadas orientadas, en particular:

—a permitir que las personas de edad avanzada sigan siendo miembros plenos de la sociedad durante el mayor tiempo posible, mediante: a) recursos suficientes que les permitan llevar una vida digna y participar activamente en la vida pública, social y cultural; b) la difusión de información sobre servicios y facilidades a disposición de las personas de edad avanzada, y las posibilidades que éstas tienen de hacer uso de ellos;

—a permitir a las personas de edad avanzada elegir libremente su estilo de vida y llevar una existencia independiente en su entorno habitual mientras lo deseen y les sea posible hacerlo, mediante: a) la disponibilidad de viviendas adaptadas a sus necesidades y a su estado de salud o de ayudas adecuadas para la adaptación de su vivienda; b) la asistencia sanitaria y los servicios que requiera su estado;

—a garantizar a las personas de edad avanzada que vivan en instituciones la asistencia apropiada, respetando su vida privada, y la participación en las decisiones que afecten a sus condiciones de vida en la institución».

Estas precisiones sobre el contenido mínimo de los derechos falta en el art. 25 CDFUE, porque los derechos sociales (sobre todo los de carácter prestacional, aunque en menor medida los sociales de libertad) no se organizan por sí mismos. El art. 25 CDFUE es demasiado escueto en la delimitación de los contenidos esenciales de los derechos formulados. En todo caso, sus contenidos se remiten al marco de la Carta Social Europea, al menos en los términos debilitados del art. 6.3 del TUE («Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales») y los artículos 52.4 («En la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones») y 53 («Nivel de Protección») de la Carta de la Unión.

El art. 25 («Derechos de las personas mayores») de la Carta garantiza dos tipos de derechos fundamentales de los mayores. En primer lugar, el derecho a

llevar una vida digna e independiente; y por otro, derechos de participación social. Se formula el reconocimiento al derecho a una vida digna y autónoma, y a la vez su inclusión como actores del desarrollo y definición de nuestra sociedad. Esta disposición acoge un derecho a la «*vida activa*» con diversas manifestaciones¹⁷.

(a) Se ha de garantizar a los mayores una vida digna e independiente, lo cual hacer referencia a las cuestiones económicas (pensiones suficientes y adecuadas), y carácter asistencial.

Es relevante anotar que tales derechos deben interpretarse atendiendo a su ubicación sistemática en el texto de la Carta de la Unión, que se encuadran en el Capítulo III, dedicado a la Igualdad. Es así que el derecho a una vida digna y a la participación social no podrá ser limitado o restringido por motivos basados exclusivamente en la edad o falta de autonomía de las personas. En el caso de que excepcionalmente se establezcan limitaciones o restricciones, éstas deben tener una justificación convenientemente justificada. Se trata de un derecho a la no discriminación por motivos de edad, que se extiende tanto a las discriminaciones explícitas como al trato desigual basado en estereotipos negativos, llegando al llamado «edadismo» (presencia de estereotipos y actitudes negativas y/o la discriminación de una persona en función de su edad). Es una prevención especial frente al riesgo de marginación de los mayores, otorgándoseles una protección especial, al partirse de su consideración de personas especialmente vulnerables. No debe olvidarse, al respecto, que el propio Tribunal Constitucional ha hecho referencia a que en el capítulo tercero del título I de la Constitución («Principios rectores de la política social y económica») identifica significativamente a ciertos grupos de personas necesitadas de especial protección, tales como los menores y las madres (art. 39 CE), los discapacitados (art. 49 CE), ancianos (art. 50), etcétera (STCo 190/2005, f. 4.º)¹⁸.

El art. 25 está vinculado estrechamente al art. 26 de la CDFUE («Integración de las personas discapacitadas»). Más allá del hecho de que la «dignidad» no es identificable. Pero también está íntimamente relacionados con los derechos de «solidaridad» del cap. IV de la Carta, como específicamente, con el art. 34 («Seguridad Social y Ayuda Social») y art. 35 («Protección de la Salud»).

En todo caso, debe retenerse aquí que se trata de un «Sistema de Derechos integrados en la Carta de la Unión y por tanto presidido por la comunicabilidad

¹⁷ MONEREO PÉREZ, J. L. y MALDONADO MOLINA, J. A.: «Derechos de las personas mayores (Artículo 25)», en *La Europa de los Derechos*, cit., págs. 557 y sigs.

¹⁸ Puede consultarse MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: «El Derecho a la protección de las personas de la tercera edad (Artículo 50 CE)», en VV. AA.: *Comentarios a la Constitución Socio-Económica de España*, Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.ª N. (Directores), Granada, Ed. Comares, 2002.

e interdependencia entre todos los derechos fundamentales garantizados. Por lo demás, la Carta pretende garantizar —aunque con expresiones diversas— todos los derechos fundamentales que reconoce, aunque los derechos fundamentales de la Carta (reconocidos en «normas regla» y en «normas de principios») presentan un tratamiento diferenciado que permite jerarquizar los derechos subordinando los de contenido específicamente social y llevar a cabo lecturas debilitadoras del compromiso garantista asumido por esta Norma Fundamental de la Unión (arts. 51 y 52 CDFUE). El problema adicional es que todos los derechos de la Carta tienen, en principio, un sistema muy limitado de garantías de efectividad¹⁹.

Respecto a la vivienda, las opciones básicas son mantener al anciano en su vivienda habitual o su reubicación en centros en los que su cuidado esté garantizado. Ambas opciones tienen pros y contras que hacen que sólo sea posible inclinarse por una u otra en función de la situación concreta. La política más aceptada es la de procurar mantener a los ancianos en su contexto social que implicará el procurar mantener a los ancianos en su contexto social mediante una serie de instrumentos destinados a lograr que conserven su autonomía personal. En este sentido, la *Decisión del Consejo de las Comunidades Europeas* de 26 de noviembre de 1990, relativa a acciones comunitarias en favor de las personas de edad avanzada (91/49/CEE)(DOCE núm. L 28/29, de 2 de febrero de 1991), que considera como ámbitos prioritarios de actuación (entre otros) la organización del intercambio de información sobre «las medidas tendentes a mejorar la movilidad de las personas de edad avanzada y su capacidad para llevar una vida independiente», y la promoción de «medidas tendentes a fomentar la autonomía de las personas de edad avanzada». Estas mismas líneas de actuación son las que se recogen en las distintas legislaciones que sobre personas de edad dependientes se vienen aprobando en los países de nuestro entorno. De este modo, la opción de las residencias quedaría reservada para los sujetos que no pueden (o no quieren) vivir en su hogar, pero procurando que en ningún caso suponga un alejamiento de los lugares donde transcurrió su vida. Las Recomendaciones de la I Asamblea Mundial sobre Envejecimiento en materia de vivienda se sintetizan en los siguientes puntos (Recomendaciones 13 a 19 bis): 1) Contribuir a que las personas de edad permanezcan en sus propios hogares mientras sea posible, mediante la reestructuración y adaptación a las posibilidades de utilización por parte de personas de edad. 2) Programar y construir, en el marco de la política de vivienda, viviendas para personas de edad. 3) Coordinar las políticas en materia de vivienda con las

¹⁹ Puede consultarse ampliamente, MONEREO PÉREZ, J. L.: «Ámbito de aplicación de la Carta (Artículo 51)» y «Alcance e interpretación de los derechos y principios de la Carta (Artículo 52)», en *La Europa de los Derechos*, cit., págs. 1301 y sigs. y 1341 y sigs.

políticas encaminadas a la puesta en práctica de servicios comunitarios (sociales, sanitarios, culturales y comunitarios)²⁰.

Hay que tener en cuenta que en el sistema interno de la Carta se pretende una política integrada de derechos para luchar contra las situaciones de exclusión social y la pobreza. En tal sentido, las previsiones del art. 25 deben ser coordinadas con la previsión establecida en el apartado 3 del art. 34 («Seguridad Social y Ayuda Social») de la propia Carta. Conforme a dicho precepto «Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales». Por otra parte, los derechos a la seguridad social, a los servicios sociales y a la ayuda social son típicamente derechos encuadrables dentro de las medidas típicas de protección social pública. Sin embargo, el derecho a la «ayuda de vivienda» (que, ya es significativo que no esté recogido en el propio encabezamiento del art. 34), es un derecho de otra índole que, por supuesto está vinculado a la política social en la línea más amplia de la función promocional que impone la cláusula del constitucionalismo democrático-social (y que suele reflejarse en la adjetivación social del Estado y la función promocional de los poderes públicos. V.gr., artículos 3 de la Constitución Italiana, y 9.2 de la Constitución Española), pero que su lógica es diversa a las anteriores. El derecho a la vivienda digna y a la correspondiente ayuda social pública debería de haber merecido un artículo independiente, como sucede en buena parte de las Constituciones de los países miembros más avanzado y de referencia comparables. En todo caso, el punto de conexión con los otros derechos sociales garantizados es el del objetivo común de «garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes» (art. 34.3 CDFUE). Con todo este apartado 3 del art. 34 CDFUE se relaciona con el Punto 10, párrafo 2.º, de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 9 de diciembre de 1989, que estableció como principio social del Derecho comunitario (ya que nunca alcanzó a ostentar carácter normativo vinculante) que «las personas que estén excluidas del mercado de trabajo, ya sea por no haber podido acceder a él, ya sea por no haber podido reinsertarse en el mismo, y que no dispongan de medios de subsistencia, deben poder beneficiarse de prestaciones y recursos suficientes adaptados a su situación personal». En el mismo Derecho originario, el art. 153.2.j) TFUE establece que para la consecución de los objetivos del art. 151 TFUE (entre los que se encuentra

²⁰ MONEREO PÉREZ, J. L. y MALDONADO MOLINA, J. A.: «Derechos de las personas mayores (Artículo 25)», en *La Europa de los derechos*, cit., págs. 557 y sigs.

expresamente «la lucha contra la exclusión social»), la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros en el ámbito de «la lucha contra la exclusión social». Precisamente la «Ayuda de Vivienda», que la Unión «reconoce» y «respeta» se relaciona explícitamente con la finalidad de «de combatir la exclusión social y la pobreza» (art. 34.3 CDFUE). El derecho a la vivienda digna y adecuada se consagra en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros (v.gr., art. 47 CE) (Téngase en cuenta, al efecto, lo establecido en el art. 6.3 del TUE). Con el reclamo del «derecho blando» se han aprobado diversas iniciativas en el marco de la Unión, utilizando el instrumento flexible del Método Abierto de Coordinación Europea. Así, el Informe conjunto del Consejo y la Comisión sobre protección social e inclusión social de 2010, y la Carta Europea de la Vivienda, aprobada por el Grupo del Parlamento de Vivienda Urbana, en abril de 2006, la cual fue aprobada por el Parlamento Europeo al año siguiente, y pese a no tener carácter normativo vinculante, no se puede ignorar que en ella se consagran los principios y objetivos en el ámbito europeo sobre el derecho a una vivienda digna. Su conexión intrínseca con la problemática de la exclusión es afirmada por el Comité de las Regiones en su iniciativa de octubre de 2010, en la que se realza que la lucha contra la falta de vivienda debe constituir una prioridad para la política pluridimensional de inclusión social de la Unión Europea y, en singularmente, para la nueva la Estrategia Europea 2020 post-Lisboa.

Con todo el marco comunitario es manifiestamente insuficiente para garantizar efectivamente el derecho a la vivienda digna, y muy especialmente cuando se trata de las personas mayores. Debe reclamarse, al respecto, la garantía del «Derecho a la vivienda» consagrada en el art. 31 de la Carta Social Europea (ya existente en la primera versión de 1961, antes, pues, de la revisión de la Carta en 1996; con rango de tratado y suscrita por los Estados europeos de referencia). En ella se establece que «Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la vivienda, las Partes se comprometen a adoptar medidas destinadas: 1 a favorecer el acceso a la vivienda de un nivel suficiente; 2 a prevenir y paliar la situación de carencia de hogar con vistas a eliminar progresivamente dicha situación; 3 a hacer asequible el precio de las viviendas a las personas que no dispongan de recursos suficientes». Por otra parte, se ha de tener en cuenta la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en cuyo art. 25 se dispone que «Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado, que le asegure, así como a su familia, la salud y bienestar, en especial la alimentación, el vestido, la *vivienda*, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios». Y sobre todo el art. 11, apartado 1.º, del PIDESC de 1966 (con rango de tratado), que establece: «Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y *vivienda adecuados*, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto

la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento²¹.

(b) Respecto a los derechos de participación social, estos se desarrollarían en diversas esferas, como la cultural, política y del ocio.

Se ha de realzar aquí que la visión de la participación social, dentro del envejecimiento, es más reciente que la que aborda el envejecimiento desde una perspectiva puramente economicista o demográfica. Ha sido recientemente cuando las teorías y políticas que promulgan una participación social de las personas mayores (envejecimiento activo) están empezando a emerger con fuerza. De este modo, antes de llegar al envejecimiento activo, se habló del «envejecimiento productivo» (modelo norteamericano de los años ochenta) y de «envejecimiento saludable», antes de llegar al «envejecimiento activo», expresión que acuña la Organización Mundial de la Salud, definiéndolo como «el proceso de optimización de las oportunidades de la salud, participación y seguridad con el fin de mejorar la calidad de vida a medida que las personas envejecen». Es este un enfoque menos unilateral que destaca el derecho a la vida activa desde una perspectiva integral. Efectivamente, la idea-fuerza que acoge la palabra «activo» en la lógica del art. 24 CDFUE y en el art. 23 de la Carta Social Europea revisada (1996) del Consejo de Europa no se asimila ni identifica exclusivamente a la actividad laboral o profesional, sino que hace referencia a un proceso de participación permanente en las esferas sociales, económicas, culturales y cívicas. De manera que los derechos ligados a la participación social remiten al papel de las personas mayores en la sociedad en su conjunto, es decir, en los ámbitos de la cultura (como receptores y como transmisores de conocimientos), el ocio, la educación (en la dirección de una educación permanente y en todos los niveles del aparato educativo; y con acceso a las nuevas tecnologías; se trata de actualizar las capacidades de esos trabajadores facilitando su acceso al aprendizaje permanente y revisar los sistemas fiscales y de prestaciones para garantizar la existencia de incentivos para que sigan trabajando), y la política en sentido amplio (no sólo reconociendo formalmente su derecho a la participación política, sino estableciendo medidas que garanticen la efectividad de su participación en la vida política)²². De lo que se trata no es tan sólo de promover sino más precisamente de garantizar la participación activa de los mayores en el propio proyecto de vida. Es así que lo que ha de ser garantizado efectiva es el envejecimiento activo integral como expresión cualificada de la ciudadanía activa de los mayores.

²¹ MONEREO PÉREZ, J. L.: «Seguridad Social y Ayuda Social (Artículo 34)», en *La Europa de los Derechos*, cit., págs. 893 y sigs., en particular págs. 898 a 907.

²² Véase más ampliamente, MONEREO PÉREZ, J. L. y MALDONADO MOLINA, J. A.: «Derechos de las personas mayores (Artículo 25)», en *La Europa de los derechos*, cit., págs. 557 y sigs.

El art. 25 CDFUE, y normas concordantes, ha tenido una relevante —aunque moderada— incidencia en la práctica jurídico-política. Su carácter moderado tiene que ver tanto con las dificultades de legislar dentro de la Unión como ante todo por el contexto de la coyuntura actual de grave crisis económica. Con esta perspectiva la iniciativa política más significativa ha sido la Declaración del Año Europeo del Envejecimiento Activo (2012), de gran impacto mediático y lleno de buenas intenciones, pero que en una perspectiva realista cabe decir que en los hechos fue literalmente neutralizado por las políticas de «austeridad».

La Comisión Europea presentó el 6 de septiembre de 2010, la propuesta de Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el Año Europeo del Envejecimiento Activo (2012) [COM(2010) 462 final —no publicada en el Diario Oficial]. Esa iniciativa se enmarcaba dentro de la Estrategia Europea para el Empleo, que impulsaba el derecho al trabajo de los mayores y el fomento de permanencia en la vida activa. La Decisión núm. 940/2011/UE del Parlamento y del Consejo de 14 de septiembre de 2011, sobre el Año Europeo del Envejecimiento y de la Solidaridad Intergeneracional (2012), introduce un enfoque algo más amplio e integral. Se podría considerar un año para reflexionar sobre el hecho de que los europeos viven más tiempo, con más salud y para que se mantenga y se afiance la solidaridad entre las generaciones, fomentando los esfuerzos de los Estados miembros y sus autoridades regionales y locales, de los interlocutores sociales y de la sociedad civil para que los ciudadanos sigan teniendo un papel activo en la sociedad con muchos años y vivan de la forma más saludable y satisfactoria posible. En este sentido ya resulta harto significativo que en el Preámbulo de la referida Decisión se aluda entre los fundamentos de esa intervención al art. 25 de la Carta. Pero no lo es menos que reclama para sí la definición del envejecimiento activo dada por la Organización Mundial de la Salud: «el envejecimiento activo como el proceso en el que se optimizan las oportunidades de salud, participación y seguridad a fin de mejorar la calidad de vida de las personas a medida que envejecen». De tal manera que el envejecimiento activo permite que las personas realicen su potencial de bienestar físico, social y mental a lo largo de toda la su vida y que participen en la sociedad, a la vez que se les proporciona una protección, una seguridad y unos cuidados adecuados cuando lo necesiten. De ahí que —como se afirma expresamente en el Preámbulo— el fomento del envejecimiento activo exija un *enfoque multidimensional*, así como la responsabilidad y apoyo permanente entre todas las generaciones. Desde esa perspectiva los «ciudadanos activos» desempeñan importantes funciones de puente en la sociedad, fomentan la integración y contribuyen a la economía. Ahora el objetivo es promover la vitalidad y la dignidad de todos (art. 1), facilitando la creación en Europa de una cultura del envejecimiento activo, basada en una sociedad para todas las edades. Promover el envejecimiento activo consiste en crear mejores oportunidades para que las mujeres y los hombres de más edad puedan participar en el mercado laboral, combatir la pobreza, en

particular la de las mujeres, y la exclusión social, incentivando el voluntariado y la participación activa en la vida familiar y en la sociedad, y fomentando un envejecimiento saludable con dignidad. Esto supone, entre otros, adaptar las condiciones laborales, luchas contra los estereotipos negativos relacionados con la edad y con la discriminación por razón de edad, mejorar la higiene y la seguridad en el trabajo, adaptar los sistemas de aprendizaje permanente a las necesidades de una mano de obra de más edad y garantizar que los sistemas de protección social sean adecuados y proporcionen incentivos correctos (art. 2. «Objetivos»). Sobre ese criterio, los objetivos del Año Europeo consistieron en: a) sensibilizar a la sociedad en general sobre el valor del envejecimiento activo y sus distintas dimensiones; b) estimular el debate y el intercambio de información, y desarrollar el aprendizaje mutuo entre todos los sujetos implicados; c) ofrecer un marco para asumir compromisos y realizar acciones concretas que permitan impulsar el envejecimiento activo y la solidaridad entre las generaciones; y d) promover actividades que sirvan para luchar contra la discriminación por razón de la edad, superar los estereotipos relacionados con la edad y eliminar barreras, en particular por lo que respecta a la empleabilidad (art. 2).

Todo ello incorpora una visión distinta respecto de las «edades» y de las políticas de integración de los mayores. Ello no obstante, el núcleo de las medidas fue esencialmente político y de carácter promocional como se infiere del mismo art. 3 de la Decisión («Contenido de las medias»): actividades como conferencias, actos e iniciativas, con la participación de los sujetos interesados; campañas de información, promoción y educación; intercambio de información, experiencia y buenas prácticas; e investigación y realización de encuestas a todos los niveles. Para ello se estableció un sistema instrumental de coordinación con los Estados miembros (artículos 4 y 5) y a escala de la Unión (art. 6), y una línea y de apoyo (artículos 7 y 8). También se previó un evaluación general de las iniciativas en curso: «A más tardar el 30 de junio de 2014, la Comisión presentará al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones un informe que contenga una evaluación general de las iniciativas previstas en la presente Decisión con información detallada sobre su ejecución y resultados, con objeto de que sirvan de base para las futuras políticas, medidas y acciones de la Unión en este ámbito». A través de ese informe se podrá verificar el impacto duradero (o no) en la promoción del envejecimiento activo en toda la Unión (art. 11).

III.3.2. *Principales políticas actuales de envejecimiento y derechos de los mayores (Perspectiva de «Teoría general»)*

A. *Las principales políticas de envejecimiento activo*

En el momento presente las políticas europeas de envejecimiento activo son multidimensionales, pero las más importantes se centran en el mantenimiento de

la actividad profesional del trabajador mayor y de sus capacidades (económicas y socio-políticas y culturales). Veámoslo en sus aspectos más significativos.

a) Mantenimiento de la actividad laboral o profesional del trabajador mayor. Derecho al trabajo y personas mayores. El mantenimiento de la actividad laboral o profesional del trabajador mayor presenta desde hace tiempo, aunque agudizadas por la crisis económica, dos tendencias negativas: (a) por un lado, la tendencia a expulsar del mercado de trabajo a las personas mayores como tendencia del modelo de producción del capitalismo; o a rechazar su inserción profesional. Con lo que se produce un acortamiento de su vida profesional a través de retiros prematuros o anticipados. (b) Por otro, la tendencia generalizada a las discriminaciones por razón de la edad avanzada en las diversas vicisitudes de las relaciones de trabajo. Son tendencias generales, pero que se acentúan en la actual coyuntura de crisis económica.

Aunque fuera el marco europeo, interesa llamar la atención sobre la Recomendación 162 de la OIT (1980), sobre los trabajadores de edad, porque con ella la OIT puso de manifiesto la necesidad de adoptar medidas para evitar que los trabajadores mayores quedasen fuera del mercado de trabajo. Esas políticas presuponen la lucha preventiva contra las discriminaciones por razón de la edad y la formación permanente de los mayores. Hay que recordar aquí también las iniciativas políticas sobre el envejecimiento activo adoptadas en el marco de las Naciones Unidas, que ya fueron objeto de alusión.

En el ámbito de la Unión Europea son pocas las normas que garantizan derechos vinculados al envejecimiento activo. Puede señalarse al respecto la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, sobre el establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, en cuyo art. 2.2, prohíbe toda discriminación por motivos de edad y en su art. 6 se regula la posible «justificación de diferencias de trato por motivos de edad». La misma Carta de la Unión consagra en su art. 21 el «principio de no discriminación» y en su art. 25 el «derecho de las personas mayores» («La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural»). En una dirección análoga, se promueve la contratación de trabajadores maduros, como se prevé en el Reglamento (CE) 2204/2002, de la Comisión, de 12 de diciembre, que incluye entre los trabajadores desfavorecidos a cualquier persona con más de cincuenta años en situación de desempleo o que esté a punto de perder su puesto de trabajo.

Sin embargo, la mayor parte de los instrumentos que inciden en esta materia no van más allá de la técnica de «Derecho blando» o, en su caso, de declaraciones del alcance estrictamente político. El Consejo Europeo de Gotemburgo, 15 y 16 de junio de 2001, subrayó la necesidad de un *enfoque global* para afrontar el reto del envejecimiento de la sociedad. Y el Consejo Europeo de Barcelona, 15 y 16 de marzo de 2002, destacó la necesidad de aumentar la participación en el mercado de

trabajo para todos y facilitar la permanencia voluntaria de los trabajadores mayores en la actividad como respuesta al reto del envejecimiento. Y como complemento indispensable de las medidas de empleo, destaca la importancia de las reformas de los sistemas de pensiones de los Estados miembros a fin de configurar una jubilación gradual y flexible, que incentive la elevación voluntaria de la edad real de jubilación en concordancia con el hecho del aumento de la esperanza de vida, facilite una transición gradual de la plena actividad al retiro y estimule la participación activa de los mayores en la vida pública, social y cultural a fin de alcanzar el objetivo del envejecimiento activo. Y esta idea se plasmó en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 18 de marzo de 2002, relativa a la respuesta de Europa al envejecimiento a escala mundial. Promover el progreso económico y social en un mundo en *proceso* de envejecimiento (COM 2002 143 final), que constituye la contribución de la Comisión Europea a la segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, celebrada en Madrid del 8 al 12 de abril de 2002.

Por lo demás, y en no pocas ocasiones, la política de envejecimiento activo de la Unión no ha estado exenta de contradicciones, pues abocan a concepciones divergentes sobre el envejecimiento activo. Resulta significativa la Comunicación de la Comisión, Libro Verde «Frente a los cambios demográficos, una nueva solidaridad entre generaciones», de 2005, en donde partiendo del carácter estructural del envejecimiento activo se llega a la conclusión de que la sociedad europea será una sociedad de ancianos, por lo que la única solución es que sean ancianos productivos. De este modo, envejecimiento activo (que pasa a convertirse en un equivalente de población mayor productiva) supondría el necesario mantenimiento como población activa a los mayores. Lo cual implica, entre otras cosas, cambios en la edad de jubilación, en el sentido de su retraso progresivo (se tiende a fijar una edad de jubilación cada vez más elevada), y en penalización de las formas de anticipación de la edad de jubilación con la finalidad de favorecer la prolongación de la vida activa laboral. Esta idea ya se había explicitado en diversos documentos, anteriores y posteriores, siendo especialmente destacada en la Comunicación de la Comisión, de 12 de octubre de 2006, «El futuro demográfico de Europa: transformar un reto en una oportunidad». En dicho instrumento se proponen cinco medidas, una de las cuales es una Europa que valora el trabajo a través de más empleo y una vida activa más larga: «la Unión Europea desea mejorar los sistemas educativos y quiere favorecer los sistemas de «flexiguridad», que permiten una mejor transición entre los distintos ciclos de la vida (una mayor flexibilidad en el mercado laboral combinada con medidas de formación permanente)». En esa senda, se aprueba el 29 de abril de 2009 la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 29 de abril de 2009 —Abordar los efectos del envejecimiento de la población de la Unión (Informe de 2009 sobre el envejecimiento demográfico), que apues-

ta la participación en el mercado laboral de los trabajadores de edad avanzada, participación que implica unas condiciones de trabajo y de salud adaptadas²³. La Comisión ha destacado la importancia que tiene para la Unión la promoción de un envejecimiento activo y saludable de la población para mantener la cohesión social y aumentar la productividad (Comunicación «Europa 2020: una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador», de 3 de marzo de 2010). Por otra parte, la Comisión adoptó el día 23 de noviembre de 2010, como parte de su Estrategia Europa 2020, la iniciativa emblemática «Una agenda para nuevas cualificaciones y empleos: una contribución europea por el pleno empleo», en cuyo marco los Estados miembros deben promover, en particular, políticas de envejecimiento activo. El 16 de diciembre de 2010, la Comisión adoptó igualmente la iniciativa emblemática «Plataforma europea contra la pobreza y la exclusión social: un marco europeo para la cohesión social y territorial». El 7 de junio de 2010, el Consejo adoptó sus conclusiones sobre el «Envejecimiento activo», en las que invita a la Comisión a que «continúe los preparativos para la celebración de 2012 de un Año Europeo del Envejecimiento Activo en el que puedan ponerse de relieve las ventajas del envejecimiento activo, así como su aportación a la solidaridad entre las generaciones, y darse a conocer a la solidaridad entre las generaciones, y darse a conocer las iniciativas prometedoras en apoyo del envejecimiento activo».

Por su parte el Parlamento Europeo, el 11 de noviembre de 2010, aprobó una Resolución sobre los «Retos demográficos y la solidaridad entre las generaciones», en la que pedía a los Estados miembros que hagan del envejecimiento activo una de sus prioridades para los próximos años. La Resolución hacía hincapié asimismo en que el Año Europeo debe destacar, en particular, la contribución de las personas de edad a la sociedad y crear oportunidades para fomentar la solidaridad, la cooperación y el entendimiento entre generaciones y para que los jóvenes y las personas de edad trabajen conjuntamente.

En una dirección más directamente operativa, la Decisión 2010/707/UE, del Consejo, de 21 de octubre de 2010, relativa a las directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros, insta a los Estados miembros, en las directrices núm. 7 y núm. 8, aumentar la participación de la mano de obra mediante políticas que promuevan el envejecimiento activo, aumentar las tasas de empleo de los trabajadores de más edad mediante el fomento de la innovación en la organización del trabajo y aumentar la empleabilidad de los trabajadores de más edad mejorando sus aptitudes y sus participación en los sistemas de aprendizaje permanente. En la directriz núm. 10 se hace hincapié en la necesidad de potenciar los sistemas de protección social, el aprendizaje permanente y las políticas de inclusión activa

²³ MONEREO PÉREZ, J. L. y MALDONADO MOLINA, J. A.: «Derechos de las personas mayores (Artículo 25)», en *La Europa de los derechos*, cit., págs. 557 y sigs.

para crear oportunidades en las diversas fases de la vida de las personas, protegerlas contra el riesgo de pobreza y exclusión social, y *reforzar su participación activa* en la sociedad. En la misma dirección, la Comisión, en su Comunicación «Una Agenda Digital para Europa», primera iniciativa emblemática de la Estrategia Europea 2020, adoptada el 19 de mayo de 2010, destaca la importancia de las aplicaciones y los servicios de las tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC) para envejecer bien, y propone reforzar el programa conjunto «Vida cotidiana asistida por el entorno (AAL)». En la Agenda Digital para Europa se recomiendan también acciones concertadas para aumentar las competencias digitales de todos los europeos, con inclusión de las personas de más edad, grupo que representa una proporción excesiva de los 150 millones de ciudadanos, aproximadamente el 30% del total de ciudadanos, que nunca han utilizado Internet. La facilitación del acceso a las nuevas tecnologías y la formación en el uso de las mismas harán que las personas mayores disfruten de más oportunidades.

Las iniciativas van dirigidas también al «empoderamiento» de los mayores en el seno de la sociedad civil, que remite a una atribución de poder y capacitación constituyendo en sí un proceso en virtud del cual se ayuda a los individuos a ganar, volver a obtener el poder o control sobre sus propias vidas; de manera que las personas mayores puedan efectivamente mejorar su capacidades y habilidades para desarrollarse de modo autónomo y satisfactorio y reforzar su identidad²⁴. En tal sentido, en el contexto de la Estrategia Europea 2020, la Comisión propuso lanzar una Asociación para la Innovación en materia de Envejecimiento Activo y Saludable (AIEAS) en el marco de la iniciativa emblemática «Unión por la innovación». Esta asociación pretende hacer posible que los ciudadanos vivan de forma independiente y con buena salud durante más tiempo, y aumentar en dos el número medio de años de vida sana, de aquí a 2020. Por lo demás, la Comisión está aplicando la Estrategia Europea en materia de Discapacidad 2010-2020, que contiene acciones pertinentes para las personas de más edad, *dada la correlación que existe con frecuencia entre discapacidad y envejecimiento*. Son especialmente pertinentes las acciones sobre accesibilidad que siguen planteamientos de «diseño para todos». Son importantes las acciones en apoyo de una vida independiente y de la inclusión en la comunidad, entre ellas las dirigidas a las personas de más edad con discapacidad, necesitadas de un alto nivel de asistencia y con necesidades complejas, que son especialmente vulnerables y propensas a la exclusión social. Asimismo, la Unión y todos los Estados miembros han firmado la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad,

²⁴ Véase KELLY, L.: «The Contradictions of Power for Women» (1992), y MYERS, J.: «The Psychological Basis for Empowerment» (1995), ambos ensayos recogidos en IACUB, R. (Ed.): *Identidad y envejecimiento*, Buenos Aires, Eds. Paidós, 2011.

que contiene, entre otras cosas, disposiciones pertinentes para las personas de más edad. Por lo demás, el envejecimiento activo constituye también un objetivo común a varios fondos, programas y planes de acción de la Unión, entre los que cabe citar el Fondo Social Europeo, el Fondo Europeo de Desarrollo Regional, el Programa Progress, el programa de aprendizaje permanente, que incluye, en particular, el programa Grundtvig, el programa de la salud, los programas específicos sobre las tecnologías de la información y la comunicación y sobre ciencias socioeconómicas y humanidades del Séptimo Programa Marco de Investigación y Desarrollo, el plan de acción «Envejecer mejor en la sociedad de la información», el programa conjunto AAL, el programa marco para la Innovación y la Competitividad, con proyectos de despliegue piloto sobre las TIC para envejecer bien, la acción preparatoria Calypso en materia de turismo social y el plan de acción sobre movilidad urbana, entre otras iniciativas de financiación vinculadas al objetivo del envejecimiento activo y saludable.

En esa estela se inserta la ya referida Decisión núm. 940/2011/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2011, sobre el Año Europeo del Envejecimiento Activo y de la Solidaridad Intergeneracional (2012), que adopta medidas reguladoras y actuación finalista para alcanzar esos objetivos de acuerdo con el principio de subsidiariedad consagrado en el art. 5 del TUE, incorporando a tal fin medidas de apoyo de carácter financiero y de tipo institucional.

Con todo se comprueba una difusa evolución en la concepción relativa al envejecimiento activo en las políticas de la Unión. En un principio estas iniciativas —en contraposición con las previsiones ex art. 25 de la Carta— acababan por asumir de modo prevalente una concepción restrictiva y economicista del envejecimiento activo, que dejaba, nuevamente, en un segundo plano las demás vertientes de una política de envejecimiento activo integral, la cual no puede unilateralmente ser limitada al tratamiento de las cuestiones «laborales» y a la activación profesional de las personas mayores. En efecto, lo laboral tiene que enmarcarse y articularse con los aspectos políticos, educativos y culturales anudados al fenómeno del envejecimiento en las distintas fases del ciclo vital de las personas. Sin embargo, como se puede comprobar con el análisis de los instrumentos aludidos, progresivamente se transita hacia esa concepción más integral y omnicomprendiva del envejecimiento activo, no limitado ya —al menos formalmente— a la perspectiva economicista y a la esfera exclusivamente del empleo, sino extensible a todas las vertientes implicadas en las distintas esferas de la sociedad.

Pues bien, ya la aludida Decisión núm. 940/2011/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2011, sobre el Año Europeo del Envejecimiento Activo y de la Solidaridad Intergeneracional (2012), sitúa como uno de los grandes objetivos de la política de envejecimiento activo el fomento de un envejecimiento saludable y la adopción inmediata de medidas para que las personas de más edad incrementen su participación en el mercado de trabajo,

permanezcan activas más tiempo en la sociedad y mejoren su calidad de vida individual, y a la par se reduzca la carga para los sistemas de atención sanitaria y de protección social (y en particular para los regímenes de pensiones). Precisamente el cuarto objetivo del Año Europeo del Envejecimiento —diseñado en la misma Decisión— debería consistir en hacer realidad una promoción eficaz de actividades que sirvan para luchar contra la discriminación por razón de la edad, superar los estereotipos relacionados con la edad y eliminar barreras, en particular por lo que respecta a la *empleabilidad* positiva de las personas mayores.

Y es que la realidad muestra el castigo inclemente que sufren las personas mayores para acceder y para mantener su empleo. Un hecho que es general, pero que se acrecienta en una coyuntura de crisis económica. Efectivamente, la crisis económica como factor agravante de la desconexión del mercado de trabajo de los mayores (reestructuraciones y expulsión de los trabajadores mayores)²⁵.

Pero, además, la expulsión de los mayores por decisiones empresariales sobrepasa la coyuntura actual de crisis extraordinaria. La reestructuración de las empresas se ha convertido en un proceso permanente y hoy día se puede afirmar, sin ambages, que se trata de un elemento estructural del Sistema económico y jurídico. Ahora bien: la reestructuración de plantillas opera con mayor frecuencia e intensidad (pues se traduce ante todo en expulsión de mano de obra) en una coyuntura de crisis. Tanto más si ésta es de tanta gravedad como la que actualmente se padece a nivel mundial. Estamos, en suma, frente a una *crisis extraordinaria*. La reestructuración de las empresas comporta ajustes de plantillas, es decir, es una reestructuración de empleo y una «crisis de empleo». El uso y el significado, con harta frecuencia, difuso de las palabras refleja la situación de incerteza, inseguridad e imprevisibilidad que han provocado los fenómenos recientes de cambio acelerado. Todo ello en correspondencia con la emergente «sociedad del riesgo», que acentúa el riesgo del desempleo de larga duración de los mayores.

Al respecto es preciso, lógicamente, atender a las consecuencias, vinculadas a las causas, no disociadas de ellas. Las consecuencias económicas y sociales de la reestructuración de empresas en Europa (Parlamento Europeo, Propuesta de Resolución sobre «las consecuencias económicas y sociales de la reestructuración de empresas en Europa», 2004-2009, Documento de Sesión. 4-7.2006. B6-0398/06). Tanto el Parlamento Europeo como la Comisión Europea han realizado una llamada al ejercicio social responsable de las reestructuraciones y deslocalizaciones empresariales, pese a que en la práctica se continúa dando preferencia a las medidas de flexibilidad externa vía despidos, con la frecuente expulsión de la mano de obra madura o de edad avanzada.

²⁵ Véase MONEREO PÉREZ, J. L.: «ERES, prolongación de la vida activa y edad de jubilación», en *RMTAS*, Núm. Extraordinario, 2010, págs. 159 y sigs., y bibliografía allí citada.

En la línea de política del Derecho dirigida a promover una reestructuración socialmente responsables se sitúa la Comunicación sobre «Reestructuraciones y Empleo» de 2005²⁶ y el estudio de la Comisión Europea: *Emploi et restructurations d'entreprises. Etude qualitative dans 16 pays européens. Rapport de synthèse*, Julio 2007. Pone de relieve las circunstancias de las reestructuraciones de empresas y de la pérdida de empleos; la naturaleza de las causas de las reestructuraciones de empresas y las condiciones de los despidos colectivos (cap.1, págs. 19 ss). Pero también *las experiencias nacionales de búsqueda de un nuevo empleo para los trabajadores despedidos*, correlacionando procesos de búsqueda de empleo y factores determinantes del retorno al empleo (cap.2, pp.30 ss., y 67 ss). Lo cual se pone de relieve en la Comunicación de la Comisión Europea: «Libro Verde —Reestructuración y previsión del cambio: ¿qué lecciones sacar de la experiencia reciente?» [COM(2012) 7 final], Bruselas 17.1. 2012. En ellas se otorga, por otra parte, un papel relevante la negociación colectiva entre los agentes sociales implicados en las decisiones de gestión empresarial («flexibilidad negociada»)²⁷.

Pero aparte de los hechos de la realidad social se aprecian aporías dentro del sistema jurídico-institucional, pues es perceptible en la práctica un conflicto de lógicas y de intereses entre las exigencias de anticipación de la edad de jubilación vinculada a las reestructuraciones y el mantenimiento del empleo y la prolongación de la vida activa. La *gestión de la «cuestión de la edad»* requiere nuevos modelos de trabajo, aprendizaje y cuidados *a lo largo de la vida*. Hay que tener en cuenta que se ha producido un cambio cualitativo en el modelo tradicional de cuidados, que se basaba ante todo en el núcleo familiar y en la atención realizada por las mujeres. En el momento presente, la familia tradicional se ha desestandarizado y la mujer ha sumido un papel activo insertándose en el mercado de trabajo. Es necesario aplicar *enfoques de ciclo vital. No se puede actuar solamente —a riesgo de perder eficiencia preventiva— en los tramos próximos a las decisiones de retiro o abandono de la vida laboral*. El tratamiento se tiene que hacer desde la perspectiva de la vida laboral, como ciclo completo. Los *tiempos determinados por la edad* (tiempo de

²⁶ »Reestructuración y Empleo. Anticipar y acompañar las reestructuraciones para desarrollar el empleo: el papel de la Unión Europea», Bruselas, 3 de marzo de 2005. COM(2005) 120 final. El texto de esta Comunicación puede consultarse en el anexo del libro de MONEREO PÉREZ, J. L.: *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral*, Granada, Ed. Comares, 2006, págs. 251 y sigs. Para una completa perspectiva de conjunto sobre la responsabilidad social de la empresa, véase LÓPEZ CUMBRE, L. (Coordinación): *Autonomía y heteronomía en la responsabilidad social de la empresa*, Granada, Ed. Comares, 2012.

²⁷ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral*, Granada, Ed. Comares, 2006; BLASCO PELLICER, A.: *Los Expedientes de regulación de empleo*, Valencia, tirant lo blanch, 2009; PÉREZ AMORÓS, F. y ROJO TORRECILLA, E. (Directores): *La intervención pública en los procesos de modificación y reestructuración empresarial*, Xavier Solá Monells (Coord.), Albacete, Ed. Bomarzo, 2012.

formación, tiempo de trabajo, los tiempos de vejez, «tercera» y «cuarta» edad) han de ser tomados en consideración tanto más cuando se repara que ya no se puede llevar a cabo una estandarización y cronologización rígida en el ciclo vital, pues se está produciendo una des-estandarización y descronologización de la vida de las personas y del tradicional ciclo ternario o tripartito. Lo cual plantea nuevos retos para la gestión de la edad en el marco de las políticas de protección social pública y de Seguridad Social, y, en particular, desde los objetivos propios de ésta última (atender a la protección legal de las personas en situación de necesidad) ello implica que es necesario activar las formas tradicionales (y necesarias) de protección o tutela de reparadora e instrumentar nuevos mecanismos —*complementarios y no sustitutivos* de los reparadores de la Seguridad Social en el cuadro de la forma política del Estado social— para conseguir doblemente la tutela reparadora y la tutela de la reinserción profesional (línea «pro-activa»), porque sólo así la protección será verdaderamente efectiva a la largo de la vida de las personas y en todas las fases diacrónica de su ciclo vital²⁸. No basta con incrementar las tasas de natalidad y de participación activa laboral o el reclamo de las políticas migratorias, sino que debe adoptarse un enfoque más amplio y totalizador que incida en todas las dimensiones del fenómeno del envejecimiento de la población.

Sin embargo, las políticas edad y de tratamiento laboral de los trabajadores de edad madura no suelen a menudo adoptar ese enfoque de ciclo vital. Un caso harto significativo, que aquí interesa especialmente, es la constatación de que los trabajadores mayores afectados por procedimientos de regulación de empleo (PRE, los antes denominados ERE) y a través de otros mecanismos extintivos se han venido multiplicando extraordinariamente en estos años de crisis empresarial. No son pocos los PRE que utilizan la anticipación de la edad —en sus distintas modalidades— como técnica de «ajuste» de plantillas de personal. Aparte de que existen otras prácticas «inespecíficas» de reajuste empresarial (despidos objetivos, despidos improcedentes, resolución de contratos de subcontratación, etc.), que suelen afectar especialmente a los trabajadores mayores. Nuestro modelo, como se sabe, es un modelo esencialmente expulsivo de mano de obra. Es manifiesto que ello es imputable tanto al propio sistema legal (desde el garantismo jurídico, en último término, la auténtica garantía efectiva frente a la extinciones injustificadas es la que proporciona el Estado social), como a la misma actuación de los actores sociales (empresarios y sus organizaciones empresariales, sindicatos y otros sujetos colectivos).

²⁸ Véase MONEREO PÉREZ, J. L.: «Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una realidad cambiante», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. extraordinario (2008), págs. 49 a 134; *id.*: «El ciclo largo de la reforma de la Seguridad Social: significación técnica y político jurídica del proceso de reforma legislativa actual», en VV. AA.: *La reforma de la Seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*, Monereo Pérez, J. L. (Dir.), Madrid, La Ley, 2008, págs. 19 a 199.

Llama la atención la existencia de una interconexión entre el mercado de trabajo y las políticas de empleo y el sistema de Seguridad Social. Esta conexión exige una necesaria y estrecha colaboración entre las mismas. En tal sentido, deben articularse las Políticas y Medidas de Seguridad Social con las Políticas y Medidas de Política de Empleo. No sólo para «Activar» las primeras, sino también para afrontar el hecho fundamental de que una «Política de pleno empleo» (en términos razonables) es indispensable para el éxito de las políticas de Seguridad Social. Beveridge ya había llamado la atención en sus dos Informes sobre esa estrecha vinculación entre la política de empleo y la política de Seguridad Social²⁹. Debe combinarse la «Seguridad Social Pasiva» y la «Seguridad Social Activa».

El Método Abierto de Coordinación (MAC)³⁰ en el ámbito de la Unión Europea opera como marco de referencia necesario. La Renovación del Pacto de Toledo de 2003 realzaba la necesidad de la «adopción coordinada de medidas, en el marco de un enfoque europeo conjunto», especialmente respecto al sistema de pensiones³¹. Se afirma que «La Comisión, siguiendo las conclusiones del Consejo

²⁹ BEVERIDGE, S. W.: *Las bases de la Seguridad Social* (1943), México, FCE, 2.^a ed., 1946; *Pleno empleo en una sociedad libre*, Madrid, MTAS, 1989, y *Seguro social y servicios sociales*, Madrid, MTSS, 1989.

³⁰ Desde la Cumbre de Lisboa (Estrategia revisada en 2005) se adoptó el importante acuerdo de aplicar (extender, *rectius*) en diversos ámbitos de la política social el método abierto de coordinación, que se basa en el compromiso flexible de los Estados miembros en la coordinación comunitaria. Entre esos ámbitos se encuentran la coordinación comunitaria de los regímenes de jubilación y la inclusión social. Debe reconocerse que esta extensión objetiva del MAC esta muy marcada por las preferencias económicas del mercado interior comunitario. El Comité de Política Económica viene insistiendo en los problemas del déficit público y en la viabilidad financiera de los regímenes de jubilación y, con esa finalidad principal, se busca la realización del llamado «envejecimiento activo». Se destaca, igualmente, la necesidad de desarrollar los sistemas privados de pensiones, por un lado, y por otro, la necesidad de incrementar la tasa de empleo de los trabajadores de edad madura y la prolongación de la vida activa. Hay que tener en cuenta que la Estrategia Europea de Empleo, y el método que le es instrumental, refleja un desplazamiento progresivo de la estrategia de armonización por la estrategia de aproximación flexible por objetivos, con una incidencia jurídica nítida: a la primera corresponden las normas armonizadoras (directivas, típicamente); a la segunda corresponden las directrices o recomendaciones de carácter, en términos de conjunto, no vinculante («softlaw», reglas blandas o normación «blanda»).

³¹ VV. AA.: *Renovación del Pacto de Toledo (Informe de Evaluación de los resultados del Pacto de Toledo)*, Madrid, MTAS, 2003, págs. 79 y 141 (y la misma idea preside la nueva versión de 2011). Pero ya el propio Pacto de Toledo de 1995, hacía notar en su Recomendación 11 («Edad de jubilación») que «resulta conveniente seguir adoptando medidas con la finalidad, por un lado, de fomentar la prolongación de la actividad de aquellos que opten por mantenerse en el mercado de trabajo una vez alcanzada la edad a la que pueden acceder a la pensión de jubilación y, por el otro, que impida cualquier tipo de discriminación por razón de edad que tenga por consecuencia la expulsión prematura del mercado de trabajo de trabajadores con plenas facultades físicas y psíquicas para continuar desarrollando su labor. La Comisión considera que sólo en supuestos específicos y justificados deberán poder utilizarse recursos públicos de la Seguridad Social para ajustes de plantilla que supongan jubilaciones anticipadas.

Europeo de Gotemburgo de 2001, entiende que es necesario un *enfoque global*, en el ámbito de la UE, para afrontar el reto del envejecimiento de la sociedad europea (que en sí, lejos de ser un mal, es una conquista de una sociedad civilizada). De acuerdo con ello es preciso asegurar la capacidad de los sistemas para el cumplimiento de sus objetivos sociales; el mantenimiento de la sostenibilidad financiera de los mismos y la satisfacción de nuevas necesidades de la sociedad»³².

Las iniciativas (formalizadas en ese instrumento jurídico difuso denominado «directrices») del MAC han sido importantes (a pesar de ser reglas jurídicas «blandas», no normas imperativas, en virtud de las cuales los países miembros conservan sus competencias decisorias propias, pero aceptan un método común de coordinación y gobernanza europea flexible) respecto a las garantías de viabilidad del sistema de pensiones, la búsqueda del mantenimiento en activo de los trabajadores de edad madura y la prolongación de la vida laboral, articulada con típicas medidas activas de empleo (formación profesional, capacidad de adaptación a los cambios, incentivos a las empresas para el mantenimiento y contratación de trabajadores maduros, mejora de la calidad del trabajo a través de la capacitación, etc.). Estas «directrices»³³ —aun respetando, como lo hacen, el principio de subsidiariedad— no son simples orientaciones o recomendaciones. Se trata de iniciativas que pretenden conformar un paradigma de referencia respecto a las reformas que deben ser realizadas por los países miembros de la Unión Europea. De manera que esta forma de *soft law* presentan una configuración vinculatoria débil e introducen una modulación pragmática del principio de subsidiariedad en un sentido más activo («subsidiariedad activa»). Por lo que se refiere a las pensiones las indicaciones de la Unión se centran fundamentalmente en los siguientes objetivos:

No obstante lo anterior, determinadas formas de trabajo y colectivos por razón de la actividad o grado de discapacidad pueden obligar a contemplar consideraciones específicas en torno a la edad legal de jubilación. La Comisión considera conveniente mantener la figura del contrato de relevo y de sustitución...». Puede consultarse MONEREO PÉREZ, J. L.: «El futuro del sistema de pensiones: sistema público y sistemas privados (I y III)», en *Revista española de Derecho del Trabajo. Civitas*, núms. 88 y 89 (1989, págs. 197 y sigs., y 457 y sigs., respectivamente); BLASCO LAHOZ, J. F.: *La reforma de la Seguridad Social: El Pacto de Toledo y su desarrollo*, Valencia, Tirant lo blanch, 1997. En esa dirección se avanzó, como se verá después, en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre. Sobre el sentido y alcance de esta última reforma puede consultarse, VV. AA.: *La reforma de la Seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*, Monereo Pérez, J. L. (Dir.), Madrid, La Ley, 2008; VV. AA.: *La reforma del sistema de pensiones*, Antón Morón, A. (Coord.), Madrid, Talasa Ediciones, 2010. Para el marco jurídico precedente a dicha reforma legislativa, véase la obra de referencia de MALDONADO MOLINA, J. A.: *La protección de la vejez en España. La pensión de jubilación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

³² VV. AA.: *Renovación del Pacto de Toledo (Informe de Evaluación de los resultados del Pacto de Toledo)*, cit., pág. 141. Véase la Resolución del Parlamento Europeo de 20 de noviembre de 2008, sobre el futuro de los sistemas de Seguridad Social y de pensiones: financiación y tendencia a la individualización.

(a) Reforma de la contributividad mediante la recomendación de considerar todas las cotizaciones realizadas a lo largo de toda la vida laboral o una mayor proporcionalidad entre lo cotizado y la pensión, comporta una reducción de la tasa media de reemplazo.

(b) Prologar la vida laboral. Nótese que, dejando a salvo algunas excepciones, la orientación hacia la prolongación de la vida laboral se ha dirigido más a reducir los incentivos a la prejubilación y a la jubilación anticipada que a reforzar las políticas activas encaminadas a incrementar el empleo de las personas mayores, al incremento de la protección frente al despido de tales colectivos o frente a la discriminación por motivos de edad en el marco de la contratación. En la experiencia se constata que en la lógica del mercado los trabajadores mayores o maduros son objeto de expulsión, a pesar de que potencialmente pueden acreditar su capacidad productiva útil. Por lo demás, al tiempo, la anticipación de la edad jubilatoria comporta una merma significativa de sus derechos de pensión pública, en virtud del juego de los coeficientes reductores.

(c) Adopción de políticas activas de empleo que favorezcan la «empleabilidad» positiva de los trabajadores de edad madura y la predisposición de incentivos para el mantenimiento y contratación de trabajadores maduros.

Por otra parte, como luego se indicará, los beneficios potenciales de los sistemas de jubilación flexible (que técnicamente remite a la combinación entre la jubilación de un trabajador mayor de 65 o más años y el trabajo a tiempo parcial; art. 3 del RD. 1132/2002, de 31 de octubre) y gradual³⁴, están *condicionados en la práctica a las posibilidades reales de empleo (y «empleabilidad») de los trabajadores mayores*. La Prolongación de la vida laboral requiere respuestas que van mucho más allá de los sistemas de pensiones. Nuestra tasa de empleo de los trabajadores de 55 a 65 años es de tipo medio, con inclinación hacia la baja (en concreto, en el 2007, 44,6 %, Fuente Eurostat). Es correcta la incitación a la prolongación de la actividad laboral, sólo que la situación del mercado de trabajo respecto a los trabajadores de edad no facilita que éstos puedan decidir sobre la duración de su actividad y el nivel de su pensión, más bien le vendrá impuesta.

(d) Se llama la atención sobre el control del gasto público en pensiones. Decir, al respecto, que el gasto medio en pensiones en la Unión Europea es elevado y continuará creciendo. Pese a todo, España acredita en 2006 un 8,8 % del PIB, es decir, un perfil bajo en el gasto en pensiones dentro del conjunto de los países de la UE.

³³ Decisión del Consejo 2006/544/CE, de 18 de julio de 2006.

³⁴ Ya el Pacto de Toledo de 1995, recomendaba que «la edad de jubilación debe ser flexible y dotada de los caracteres de gradualidad y progresividad, sin perjuicio de mantener con carácter general la referencia a los 65 años como edad posible de jubilación» (Recomendación X).

Es necesario atender al dato coyuntural representado por la crisis económica y empresarial de larga duración y su impacto en el sistema de protección social. La crisis económica actual está teniendo efectos muy negativos en la destrucción del empleo, anticipación de la *real* de jubilación, en el menoscabo de los programas de ahorro de pensión privada (lo que pone de relieve que una política de pensiones no puede descansar en el fomento de la expansión de las pensiones privadas. Según datos de la OCDE, entre enero y octubre de 2008, las pensiones privadas registraron una pérdida real de cerca del 20% de su capital) y en la ruptura de uno de los presupuestos objetivos del desarrollo de la Seguridad Social basada en un modelo público de reparto. Este modelo exige una política orientada al pleno empleo o un alto nivel de empleo *de calidad* que garantice la viabilidad económico-financiera del sistema. Se adjetiva como pleno empleo de «calidad», porque es criticable —tanto desde la política de Seguridad Social como desde la política laboral— un modelo de mercado laboral basado en un tercio de contratación temporal y en la precarización y vulnerabilidad de amplias capas de la población trabajadora.

La articulación entre las políticas de Seguridad Social y las políticas de Empleo (y del Derecho del Empleo) viene siendo reclamada por las instancias políticas de la Unión Europea. Resulta, en efecto, paradigmática la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, «Propuesta de informe conjunto sobre protección social e inclusión social (Bruselas, 13.2. 2009. COM (2009)58 final). En ella se introduce como un autocalificado «mensaje clave» el siguiente: «la adecuación y la viabilidad de los sistemas de pensiones a largo plazo dependen de los esfuerzos continuados para cumplir el objetivo de Lisboa (Estrategia de Lisboa) de lograr una tasa de empleo del 50% entre los trabajadores de más edad, incluso en momentos de recesión económica. Es importante garantizar —continúa— la plena cobertura y la adecuación de las pensiones, especialmente en el caso de las mujeres y los trabajadores con salarios bajos. Las estrategias a largo plazo y el marco reglamentario han limitado el impacto de la crisis en los ingresos procedentes de regímenes privados de pensiones de la mayoría de las personas que se jubilan hoy en día, aunque es posible que los rendimientos sean inferiores a lo esperado. Es necesario revisar los regímenes de capitalización a fin de reforzar su capacidad de controlar el riesgo en las fases de inversión y pago, y mejorar su cobertura, de modo que puedan ser eficaces para hacer frente al envejecimiento demográfico»³⁵. El envejecimiento de la población vinculada a la reducción de las

³⁵ Sobre la incidencia del factor demográfica es de interés, a pesar de la distancia temporal, la consulta del Informe *Vida laboral y prejubilaciones* (Informe 2/2000, Sesión del Pleno de 21 de junio, Madrid, CES, 2000).

tasas de natalidad y al aumento de la esperanza de vida en las próximas décadas es un hecho de tendencia innegable en los países europeos, incluida España³⁶.

En la Renovación del Pacto de Toledo de 2003 se recogía la orientación comunitaria de conexión de la política de empleo con las políticas de protección social pública. Así en la orientación comunitaria 24 («Vigorización del mercado de trabajo») se decía que la reactivación de la capacidad de ofrecer empleo es una de las soluciones más estrechamente relacionadas con el mantenimiento de la viabilidad y seguridad de los sistemas de pensiones. En este ámbito los principales desafíos radican en:

- fomentar más y mejores puestos de trabajo;
- reducir las altas tasas de desempleo;
- reducir el desfase entre la demanda y la oferta de trabajo en las diversas regiones y tipos de empleo;
- promover la inserción laboral³⁷.

A pesar de los factores estructuras de envejecimiento de la población, reducción de la tasa de natalidad, flexibilización de los mercados de trabajo y desestandarización de los ciclos vitales de las personas, y el factor coyuntural de la crisis económica actual, es necesario decir que la viabilidad del sistema de pensiones no está comprometida a corto plazo. La situación continúa siendo de superávit y el Fondo de Reserva pretende hacer frente a los desequilibrios planteados por dichos factores y las situaciones cambiantes en el ciclo económico. Por lo tanto, las medidas que se pueden adoptar a corto, medio y largo plazo pueden hacerse con la serenidad y la prudencia que aconseja la planificación de una materia tan importante para toda la sociedad democrática. El consenso político y social sobre la reforma de las pensiones alrededor del Pacto de Toledo y su continuada renovación es fundamental para garantizar el clima necesario de aceptabilidad social para realizar un proceso de adaptación permanente del Sistema de Seguridad Social y, en particular, de las pensiones. La situación de los superávits se ha producido esencialmente por el comportamiento del mercado de trabajo que en los últimos años había seguido una senda ascendente, aunque con una contención en su crecimiento desde el año 2007; contención que se ha mantenido también para el año 2008 y con una disminución sensible durante los años 2009 a 2012.

³⁶ Véanse los datos ofrecidos por el INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA: *Proyección de la población de España a largo plazo 2009-2049*, Madrid, INE, 2009.

³⁷ VV. AA.: *Renovación del Pacto de Toledo*, cit., pág. 90. En esa dirección el Acuerdo político-social sobre medidas en materia de Seguridad Social de julio de 2006, sólo en parte instrumentado por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre.

La recuperación de los niveles de crecimiento potencial es previsible que no se produzca a corto plazo. En todo caso, los resultados globalmente positivos de los últimos años han permitido incrementar las dotaciones al Fondo de Reserva y servirían para cubrir el pago de varias mensualidades de las pensiones públicas. Con carácter provisional está garantizada la sostenibilidad financiera del sistema público de pensiones, aunque la persistencia de la crisis económica, con el elevado nivel de desempleo y las políticas de austeridad permanente respecto al déficit público social pueden cuestionar seriamente la viabilidad del sistema.

Es más: la Seguridad Social está contribuyendo decisivamente a atenuar, neutralizar y contrarrestar las consecuencias de la crisis sobre las personas, el empleo y la reestructuración de las empresas. Desde esta perspectiva, la Seguridad Social es un «Activo», no una «Carga» económica para una sociedad democrática, abierta y en transformación permanente.

En todo caso, los cambios estructurales aconsejan establecer una nueva relación entre el empleo de los mayores y la protección pública sociolaboral. Todo el modelo normativo vigente propio de la tradición del constitucionalismo democrático-social *estaba montado sobre el estándar* del pleno empleo estable y el ciclo de vida ternario de las personas. Y ese estándar de referencia para las políticas sociales ha cambiado cualitativamente. El nuevo enfoque de las políticas públicas pretende establecer nuevas formas de relación dinámica entre el empleo (y la política de empleo) y el sistema de protección social. Pero debe evitarse instrumentalizar la política de protección social (y especialmente de Seguridad Social) al servicio exclusivo y unilateral de la política de empleo. Por el contrario debe encontrarse un equilibrio satisfactorio entre intervenciones sobre el empleo y tutelas de protección social pública. Es lo cierto que la protección social pública configurada como la seguridad económica frente a los riesgos sociales, ya no es posible que sea entendida exclusivamente como lo inverso del empleo. En efecto, actualmente la función de la Seguridad Social no puede reducirse a ocuparse de las situaciones de pérdida (temporal o definitiva) del empleo de los trabajadores (inactividad por enfermedad, incapacidad, desempleo, retiro/jubilación). En la emergente sociedad del riesgo los mecanismos evolucionados de protección social han de procurar el mantenimiento y el apoyo al empleo atendiendo a una nueva noción del mismo y del derecho al trabajo o al empleo. Éste no tiende a concebirse como la tutela de un concreto puesto de trabajo de la persona. Se percibe que el empleo no significa necesariamente la titularidad de un determinado puesto de trabajo, sino una situación consistente en encontrarse protegido en el más amplio espacio del mercado de trabajo, señaladamente en los supuestos de transiciones profesionales. En las formas evolucionadas de respuesta institucional ante los riesgos sociales se extiende la idea de que los dispositivos sociales —especialmente el desempleo y el retiro/jubilación— han de orientarse activamente hacia el empleo o reinserción profesional.

En estas coordenadas de política del Derecho Social, es manifiesto que la función de la Seguridad Social es más compleja, pues aparte de cumplir con su cometido principal de reparar las situaciones de necesidad (indemnización legalmente socializada), ha de contribuir, en lo posible, a la reinserción laboral y ayudar a las transiciones profesionales entre la situación de desempleo y el empleo, e igualmente entre empleo y situación de jubilación. Es así que la nueva concepción de la Seguridad Social en un sentido «pro-activo» atañe ante todo —aunque no exclusivamente— a la protección legal por desempleo y a la protección por jubilación. La opción de política del Derecho se dirige a la activación de las prestaciones sociales pasivas (en reparación de situaciones de necesidad) y, lógicamente, la actividad de las mismas personas desempleadas o de las personas de edad madura en situación de jubilación³⁸. De manera que la Seguridad Social asume también una función «activa». No sólo reparadora, que es una función típica tradicional. La lógica del sistema se transforma y modula. La protección por desempleo se basa ahora no sólo en la perspectiva del derecho social de prestación, sino también en una lógica contractual anudada al mismo, pues se produce una contractualización entre el trabajador desempleado y el sistema de protección legal que satisface la prestación o el subsidio por desempleo³⁹.

Pero, es de hacer notar, que la idea-fuerza de la activación está penetrando en el propio sistema de jubilación en sus diversas modalidades, a lo que, lógicamente, viene unido la activación del propio jubilado. Ello determina que la jubilación no se hace ya sinónimo de inactividad. Es necesario señalar que la perspectiva con la que se contempla esa actividad es, en la actual coyuntura, nítidamente instrumental, pues pasa a un lugar secundario la lógica de atención directa al jubilado y su derecho a trabajar (total o parcialmente, según los casos) y se hace predominante la lógica de racionalización financiera, pues se trata de retrasar la edad de jubilación y de mantener el mayor número de personas activas con la finalidad de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones (factores demográficos, nuevas estructuras de los mercados y familias, la descronologización de los ciclos vitales, el reflejo de estos fenómenos de cambio en un sistema financiero de reparto, etc.). Esta viene siendo la orientación principal de la reforma en curso llevada a cabo en España y en otros países europeos a impulso de las instancias públicas de la

³⁸ Véase MARTÍN, PH.: «Modernizar la protección social para garantizar los mercados de trabajo transicionales», en LANDA ZAPIRAIN, J. P. (Coord.): *Estudios sobre la estrategia europea de la flexiseguridad: una aproximación crítica*, Albacete, Bomarzo, 2009, págs. 161-163.

³⁹ Véase MONEREO PÉREZ, J. L.: *La protección por desempleo y su modelo de protección*, Valencia, tirant lo blanch, 2003; DE LA CASA QUESADA, S.: *La protección por desempleo en España. Configuración y régimen jurídico*, Granada, Ed. Comares, 2008.

Unión Europea, que, no obstante, cabe decir que plantea tanto el retraso como la reinserción posterior como resultado de una decisión voluntaria de la persona. El proceso, es cierto, tiene a plantearse como una adaptación del sistema de pensiones a las nuevas formas del empleo posfordista, pero, aparte de que a menudo tal acomodación no se cumple o no es satisfactoria, lo que conviene anotar es que el problema es la visión unilateral de este enfoque, porque la Seguridad Social se utiliza preferentemente —cuando no exclusivamente— al servicio del mercado de trabajo transicional y flexible y de la facilitación de los procesos de ajustes y reestructuración de las empresas. De este modo, se produce una prolongación de la vida laboral y el envejecimiento activo, que, al tiempo y pese a la crítica a la instrumentalización señalada, puede ser un elemento positivo tanto para los trabajadores mayores como para el propio sistema protector. Las políticas de reforma de los regímenes de jubilación utilizan dos tipos de técnicas: por un lado, el Derecho imperativo (especialmente dirigido a poner límites estrictos o típicamente penalizadores a los mecanismos de anticipación de la edad de retiro, ante todo en los casos de prejubilaciones y jubilaciones anticipadas en el marco de los planes de reestructuración empresarial), y, por otro, a través del «Derecho promocional»⁴⁰, utilizando la técnica de los incentivos a la permanencia en activo de los trabajadores o a la reincorporación profesional de los trabajadores jubilados⁴¹. Lo importa aquí sería garantizar la permanencia en activo de los trabajadores de edad madura en condiciones dignas a través de un trabajo de calidad en términos profesionales y especialmente de adecuación formativa y de retribución económica. Para ello la perspectiva que debe adoptarse es la de ciclo vital, lo que exige un seguimiento e intervención pública durante toda la vida de la persona⁴².

Con todo, se opera una nueva interconexión funcional responsable entre las políticas de empleo y las políticas de Seguridad Social. No es un hecho enteramente nuevo esa vinculación, pues desde la concepción de los modernos sistemas de Seguridad Social se adoptó una perspectiva explícita o implícita de ciclo vital, de manera que la Seguridad Social estaba montada sobre la base de un ciclo ternario

⁴⁰ Para esa técnica de alentamiento público institucional, véase, en general, BOBBIO, N.: *Contribución a la teoría del Derecho*, edición a cargo de Alfonso Ruiz Miguel, Valencia, Fernando Torres-Editor, 1980.

⁴¹ Distintos países han optado por elevar la edad legal de acceso a la jubilación. Otros, como el nuestro, han preferido alentar el mantenimiento en activo, con el efecto consiguiente de incrementar la edad efectiva o real de jubilación.

⁴² Puede consultarse al respecto, MONEREO PÉREZ, J. L.: «Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una realidad cambiante», en *RMTAS*, número Extraordinario, 2008, págs. 49 a 134, en particular págs. 120 y sigs., con referencia especial a la nueva «Perspectiva antropológica de la Seguridad Social. El factor demográfico. Envejecimiento de la población».

que implicaba la consideración de la posición de la persona en el mercado en la correlación trilateral antes-durante-después del período de vida activa. De este modo, la lógica de la Seguridad Social ha incorporado siempre —y con mayor o menor intensidad— la política de empleo⁴³. Así, se puede afirmar que desde hace tiempo, el empleo ha dejado de ser una lógica exógena del Sistema de Seguridad Social. Lo cual no deja de ser problemático.

El problema práctico no está en la vinculación en sí misma, sino en el «modelo» de relación *necesaria* de la Seguridad Social, política del Empleo y de reestructuración empresarial. Lo que sí está ocurriendo en las últimas décadas —y por supuesto en la presente coyuntura— es una más acusada tendencia a la *subordinación* de la lógica endógena y más específica de la Seguridad Social (la garantía de seguridad frente a los riesgos y situaciones de necesidad social) por la lógica más exógena de la dinámica de funcionamiento de los mercados de trabajo y las estrategias de reorganización y reestructuración de las plantillas de las empresas. En efecto, el desempleo ha permitido la regulación de los flujos en el mercado de trabajo, mientras que la institución de la jubilación tiende a ser utilizada sistemáticamente como mecanismo para el denominado «rejuvenecimiento» de las plantillas con un reducido coste económico para los empresarios. La protección desempleo ha asumido una funcionalidad compleja de protección social de las personas en situación de paro y de instrumento de regulación de los mercados y reestructuraciones empresariales⁴⁴. Han pasado, críticamente, a un segundo plano la perspectiva específica de la jubilación en el sentido de propiciar una jubilación voluntaria y más gradual o progresiva, a favor de la facilitación de los procesos de desplazamiento de los trabajadores mayores y de ajuste y reestructuración empresarial. A ese objetivo se dirigen las actuales formas de anticipación de la edad de cese en el trabajo/jubilación: jubilaciones anticipadas, jubilaciones forzosas a través de las previsiones de la negociación colectiva (aunque ha sido prohibida la jubilación forzosa en virtud de la disposición adicional 10.^a del ET), las prejubilaciones con su diversidad morfológica derivada de la actuación de la iniciativa privada (individual y colectiva).

Paradójicamente, esa lógica de instrumentalidad opera actualmente de un modo diverso, porque con fundamento en las exigencias de viabilidad económico-financiera del sistema de pensiones, ante todo, se fomenta la prolongación de la

⁴³ Es suficiente reparar en los dos conocidos y fundacionales Informes Beveridge ya citados.

⁴⁴ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Las nuevas políticas de protección por desempleo y su reflejo en el sistema jurídico*, Valencia, tirant lo blanch, 2003, pág. 27; GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «La funcionalidad de los instrumentos de protección social en los procesos de reestructuración empresarial», Ponencia a las XXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas «Reestructuraciones de empresas», Antequera, 5-6 de noviembre de 2009, pág. 28.

vida activa de los trabajadores empleados e, incluso, se incentivan mecanismos de retorno al mercado de los trabajadores ya jubilados. Por lo demás, la lógica de protección social (derechos sociales a la Seguridad Social y al trabajo) debería ser (lo que en la práctica se cuestiona, a menudo, por los programas empresariales de ajustes de personal) siempre preferente —o al menos más equilibrada— respecto a la función de apoyo instrumental de las estrategias empresariales (racionalidad económica concurrente).

Estas dos lógicas instrumentales (facilitación de la anticipación de la edad de retiro/jubilación en virtud de un amplio y heterogéneo conjunto de medidas anticipadoras del retiro de trabajadores de edad madura; fomento de la prolongación de la vida activa a través de los fórmulas de jubilación flexible contando con la decisión voluntaria individual de la persona que trabaja) no están exentas de evidentes contradicciones. Ciertamente, se pueda hablar de una tensión entre la política de «prolongación» de la vida activa y la de anticipación del retiro y de la edad de jubilación en nuestro *modelo normativo de jubilación*. Una tensión tanto más patente por el contraste con las recomendaciones de la Unión Europea en el marco del método abierto de coordinación, que tiene como uno de sus ejes las políticas de empleo y de pensiones y sus vínculos funcionales ⁴⁵.

El cambio de enfoque deriva de la evolución demográfica en el sentido de un envejecimiento progresivo de la población y de la convicción en los en los Gobiernos de los distintos países de la Unión Europea y de las mismas instituciones políticas de ésta de que deberían replantearse las políticas de retirada de la vida activa y de jubilación, es decir, las relaciones entre modelo empleo y modelo de jubilación. De manera especialmente intensa y reiterada, el Método Abierto de Coordinación comunitario ⁴⁶ ha planteado la necesidad de esa revisión crítica al apostar decididamente por prolongar la vida activa, utilizando dos técnicas: recomendando que se limiten estrictamente los supuestos de anticipación de

⁴⁵ La dirección de política jurídica encaminada a propiciar la prolongación de la vida activa y el retraso de la salida del mercado de trabajo de los trabajadores de edad madura está plenamente consolidada en las instancias políticas de la Unión Europea. Véase COMISIÓN EUROPEA: «Comunicación de la Comisión, de 3 de marzo de 2004: *Aumentar el empleo de los trabajadores de más edad y retrasar su salida del mercado de trabajo* (COM(2004) 146 final); COMISIÓN EUROPEA: «Comunicación de la Comisión sobre el Libro Verde: *Frente a los cambios demográficos, una nueva solidaridad entre generaciones* (COM(2005)0094 final); COMISIÓN EUROPEA: «Comunicación de la Comisión: «El futuro demográfico de Europa: transformar un reto en una oportunidad (COM(2006)571 final) y COMISIÓN EUROPEA: «Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones (Informe Solicitado por el Consejo Europeo de Estocolmo): *Aumento de la tasa de la población activa y fomento de la prolongación de la vida activa* (COM(2002)0009 final), entre otros Documentos comunitarios.

⁴⁶ Para el análisis del sentido jurídico y político del MAC, véase BARBERA, M. (a cura di): *Nuove forme di decisione e regolazione: il Metodo aperto di coordinamento delle politiche sociale*, Milano, Giuffrè, 2006.

la edad de retiro del mercado de trabajo, por un lado, y por otro, incentivando la prolongación de la vida activa y el regreso al mercado de los trabajadores ya jubilados o expulsados del mercado de trabajo⁴⁷. No se trata de normas imperativas, pero sí de nuevas formas de *Soft Law*, reglas o normaciones blandas que, sin embargo, ejercer una poderosa influencia sobre las políticas nacionales que han de acomodarse de manera flexible a las directrices diseñadas. La idea-fuerza general es la de incentivar la permanencia en el mercado de trabajo de los trabajadores mayores, lo que implica invertir la tendencia seguida en las últimas décadas. Pero con independencia de esa influencia del marco jurídico-político comunitario, es lo cierto que nuestro país antes de esas iniciativas comunitaria había adoptado una prudente recomendación en ese sentido en el Pacto de Toledo (1995), y después en el Acuerdo de 2001, en la Revisión del Pacto de Toledo de 2003⁴⁸, en el Acuerdo político-social de 2006 y en el Acuerdo de 2011⁴⁹.

Pero la realidad normativa es que continúa existiendo una fuerte contradicción entre las políticas de prolongación de la vida activa y las coexistentes medidas que incentivan la retirada prematura de los trabajadores maduros. No es, desde luego, un fenómeno exclusivamente nuestro, pues esas contradicciones existen, en mayor o en menor medida, en otros países europeos comparables. Pero lo que sí es cierto es que esta contradicción de fondo no podrá mantenerse por mucho tiempo desde una perspectiva estructural de larga duración, a riesgo de la ineffectividad de las políticas de empleo y de jubilación, pues la actual concurrencia conflictiva puede tener el efecto distorsionante y disfuncional de una neutralización de unas medidas respecto de las otras en sentido contrario.

El factor de la edad constituye un elemento tipológico fundamental de la institución de la jubilación⁵⁰. Permite captar los rasgos del modelo y la funcionalidad

⁴⁷ Decisión del Consejo 2006/544/CE, de 18 de julio de 2006, sobre directrices relativas al empleo, con la defensa de la idea de envejecimiento activo en el cuadro de la noción de ciclo vital.

⁴⁸ En la Renovación del Pacto de Toledo en 2003, se toma en consideración las directrices de la Unión Europea y en su conclusión 11 («Edad de Jubilación») se recomienda «la permanencia en el mercado de trabajo de los trabajadores de mas edad, lo cual presenta ventajas para ellos, su entorno y el conjunto de la sociedad, que de esta forma puede aprovechar la experiencia y los conocimientos de estos trabajadores, teniendo además efectos positivos para el sistema de pensiones». Cfr. *Renovación del Pacto de Toledo (Informe de evaluación de los resultados del Pacto de Toledo)*, Madrid, MTAS, 2003, págs. 134-135.

⁴⁹ MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES: *Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social*, Madrid, Edita MTAS, 2006.

⁵⁰ La edad es un requisito condicionante del derecho a la pensión de jubilación. En relación con ello, se ha de diferenciar entre un tope mínimo o inicial, que representa la «edad ordinaria» para acceder al derecho y, en hipótesis, un tope máximo, en que la edad fijada por convenio colectivo sería la de jubilación forzosa en la versión anterior de la Disp. Adicional 10.^a del ET, que por entonces ya se

de la pensión de jubilación. Por ello mismo siempre ha estado en el centro de los procesos reformistas de esta institución central de la Seguridad Social. La coyuntura actual no constituye una excepción, pues, en efecto, las más recientes reformas siempre han incidido de algún modo sobre la cuestión de la edad de cese en el trabajo y la edad jubilatoria. En el momento presente, el debate viene marcado por un conjunto de factores encadenados bien identificados y explicitados en los análisis técnicos sobre la materia. La cuestión demográfica y del envejecimiento progresivo de la población (tasa de natalidad, incremento de la esperanza de vida), lo cual plantea nuevos retos de adaptación del Sistema institucional de la Seguridad Social en conexión con las políticas de empleo. Esa relación está presidida por la pretensión político-legislativa de alcanzar una mayor permanencia en activo de los trabajadores mayores.

Este objetivo exige, de nuevo, un replanteamiento del modelo de regulación actual de la jubilación en la amplia diversidad de sus manifestaciones normativas. En efecto, la variedad de la institución jubilatoria sirve a las necesidades de la vida de las personas y de las instituciones. Desde hace tiempo, la institución de la jubilación ha adquirido una configuración jurídica plural y heterogénea. En la regulación vigente no se puede hablar de una figura unitaria y enteramente coherente, como se infiere de una simple lectura de los artículos 160 y sigs de la LGSS. La heterogeneidad es un dato normativo que se manifiesta nítidamente, desde la perspectiva jurídica, en el sistema de pensiones públicas y en el sistema de pensiones privadas (planes de pensiones y seguros colectivos). Se ha producido una desestabilización de la institución jubilatoria. La variedad tipológica de la jubilación es tanto legal (dada la existencia de una multiplicidad de formas de jubilación legales) como convencional, dentro del espacio vital de regulación atribuido por el sistema legal. Haciendo uso de esos espacios vitales abiertos por la legislación estatal, el sistema de negociación colectiva ha establecido una amplia red de instrumentos que normalmente se encaminan a incentivar el cese anticipado/retiro de los trabajadores maduros (a través de las distintas formas de jubilación anticipada y de la prejubilación) o a imponer —bajo ciertas condiciones— la jubilación forzosa del trabajador de edad avanzada (que ya no será posible tras la prohibición expresa contenida en la disposición adicional 10.^a del ET, cuyas vicisitudes reflejan

situaba en una decidida dirección estricta. En la nueva redacción dada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, respecto a las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, se consagra una regla prohibitiva, al establecerse que «Se entenderán nulas y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, cualquiera que sea la extensión y alcance de dichas cláusulas».

en sí el carácter oscilante e inseguro de las políticas del Derecho en la materia). Estas fórmulas han distorsionada el esquema de preferencias deseable, a saber: la búsqueda de mecanismos que alienten la permanencia de los trabajadores maduros en el mercado de trabajo, a través de medidas formativas, de reconversión profesional, de recolocación, que permitan en su conjunto garantizar al mismo tiempo el derecho al trabajo y la productividad de este colectivo de trabajadores.

Estas técnicas de anticipación de la edad de retiro/jubilación vienen siendo utilizadas indiferenciadamente como mecanismos de instrumentación jurídica de las reestructuraciones empresariales. De este modo, lo que tendría que ser típicamente una excepción se ha convertido en una regla, generándose así una anomalía jurídica, con efectos negativos para los trabajadores y para la viabilidad del sistema de pensiones. La situación es ciertamente desequilibrada, porque la lógica a que sirve el actual modelo normativo es excesivamente unilateral, pues esas técnicas se están utilizando como vías de expulsión normalizada del personal considerado como excedentario o excedente en los sistemas productivos. Es interesante reconstruir el largo camino de seguido en la dirección de cómo lo excepcional y de urgencia se convierte en normalizado y permanente. No puede considerarse una justificación razonable la virtualidad de estas instituciones, especialmente la prejubilación, para operar reajustes no traumáticos de plantillas por parte de las empresas, pues esa subordinación de «lo social» a la lógica económica se antoja perjudicial para los trabajadores y para el interés de la comunidad en la racionalización y viabilidad del sistema global de pensiones. Por ello se puede compartir la crítica a ese «uso político de la institución jubilatoria», de manera que ésta actúa como instrumento normalizado de intervención en el mercado de trabajo. De ahí el giro de la estrategia europea de empleo —Método Abierto de Coordinación— de fomentar el retraso de la edad media de abandono del mercado de trabajo y penalizar los ceses prematuros en razón de la edad del trabajador.

En la Unión Europea prevalece una dirección de política del Derecho encaminada a prolongar la vida activa (retraso) y hacia el envejecimiento activo (jubilación flexible)⁵¹. Se está produciendo una nueva correlación entre envejecimiento activo y mercado de trabajo. El envejecimiento activo está vinculado originariamente

⁵¹ Véase VV. AA.: *La reforma de la Seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*, Monereo Pérez, J. L. (Dir.), Madrid, La Ley, 2008 y Sánchez-UránAzaña, Y.: «Política de envejecimiento activo y protección social» (fotocopiado); Villa y López Cumbre: «La jubilación y prolongación de la vida activa (las mil y una jubilaciones)», RMTAS, núm. Extraordinario, 2008, págs. 379 y sigs.; SERVAIS, J.-M.: «Trabajo y sociedades en envejecimiento: una perspectiva internacional», en VV. AA.: CABEZA PEREIRO, J., BALLESTER PASTOR, A. y FERNÁNDEZ PRIETO, M. (Directores): *La relevancia de la edad en la relación laboral y de Seguridad Social*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Aranzadi, 2009, págs. 297 y sigs.

a las políticas de protección de las personas mayores. Es idea pretende adaptar la sociedad a las consecuencias de la longevidad de las sociedades desarrolladas. Supone un *cambio cultural* en la identificación de la posición de las personas mayores, pues se contempla la vejez como una etapa del desarrollo personal ligada al modelo de desarrollo. No debe vincularse exclusivamente a los problemas relativos a la financiación del sistema de Seguridad Social, sino como también como un instrumento de la protección de las personas dentro de un enfoque de ciclo vital (v.gr., Informe Conjunto de 2007 de la Unión Europea sobre protección e inclusión social). Por tanto, la idea del envejecimiento activo enlaza con las políticas activas de empleo (refuerzo de la educación, cualificaciones y habilidades durante el ciclo vital). En esta perspectiva, la línea correcta a seguir es la de sustituir el recurso a las prejubilaciones, jubilaciones anticipadas y jubilaciones forzosas por una atención preferente a la utilización de las vías de integración de las personas mayores en el mercado de trabajo. Ello configura una especie de *gestión preventiva del envejecimiento en la lógica de un «envejecimiento activo» y positivo*; por contraposición al enfoque del envejecimiento pasivo y meramente defensivo, que es el que ha venido predominando hasta fechas recientes (el recurso simple a la expulsión facilitada y amortiguada a través de medidas de «acompañamiento social» (públicas y privadas)⁵². Es preciso, pues, adoptar una estrategia ofensiva y preventiva respecto al envejecimiento; a la par que la realización de una gestión preventiva de los procesos de ajuste y reestructuración empresarial que evite el fácil recurso de la expulsión de las personas maduras. Sin embargo, las políticas de los países europeos frecuentemente incurren en la paradoja entre las previsiones legales tipo y la realidad jurídico-social de anticipación de la edad de retiro/jubilación. El envejecimiento activo en su proyección específica en la política sociolaboral de empleo y de Seguridad Social persigue compatibilizar la pensión de jubilación de Seguridad Social con rentas del trabajo a través de las técnicas de la jubilación parcial y flexible⁵³, en la idea de *ruptura* de principio de equivalencia o correspondencia entre jubilación e inactividad (a través de tales instrumentos de la jubilación parcial y de la jubilación flexible). Es la línea seguida por la legislación reformista,

⁵² Comunicación de la Comisión, «Abordar los efectos del envejecimiento de la población de la UE (Informe de 2009 sobre el envejecimiento demográfico), Bruselas, 29. 4. 2009 COM(2009) 180 final. a prolongación de la vida activa como parte del a Estrategia Europea por el Empleo.

⁵³ Una exposición de síntesis de las experiencias europeas en la compatibilización entre pensiones y otro tipo de rentas, en CABEZA PEREIRO, J.: «Estado actual de la compatibilidad entre jubilación y trabajo en Europea», en VV. AA.: CABEZA PEREIRO, J., BALLESTER PASTOR, A. y FERNÁNDEZ PRIETO, M. (Directores): *La relevancia de la edad en la relación laboral y de Seguridad Social*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Aranzadi, 2009, págs. 137 y sigs., y la bibliografía allí citada; VV. AA.: *La edad de jubilación*, MONEREO PÉREZ, J. L. y MALDONADO MOLINA, J. A. (Directores), Granada, Ed. Comares, 2011.

señaladamente a partir de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social y se consolida con la tajante reforma acometida por la Ley 27/2011, de actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social⁵⁴. Su punto partida básico es la evolución demográfica, indicando que «el sistema de Seguridad Social tiene que seguir haciendo frente a importantes desafíos, afrontando a largo plazo las exigencias derivadas, entre otras, de las tendencias de evolución demográfica, a fin de garantizar la sostenibilidad financiera de aquél. El hecho incuestionablemente positivo de que la esperanza de vida aumente progresivamente en España, hasta haberse convertido en el segundo país del mundo con mayor pervivencia de la población, enfrenta también el reto de que, en el futuro, será necesario asumir el pago de más pensiones durante más tiempo a causa de dicho envejecimiento de la población. La disminución prolongada de la tasa de natalidad y el simultáneo incremento de la esperanza de vida de las personas mayores está provocando una inversión de la estructura de la pirámide de población, aumentando el número de pensionistas en relación con la población activa, esto es, variando la tasa de dependencia de los pensionistas. De no modificarse, aun parcialmente, esta tendencia mediante el incremento de las tasas de natalidad y de los flujos migratorios, la misma se acentuará en las próximas décadas, por la propia evolución demográfica» (Preámbulo de la Ley 27/2011, apartado I). De este modo se eleva la edad ordinaria de jubilación (art. 161.1 LGSS, modificado), se endurecen las condiciones (económicas incluidas) de los despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años en empresas con beneficios» (Disposición Adicional decimosexta de la Ley 27/2011) y se prohíben las cláusulas de los convenios colectivos referidas a la extinción contractual por jubilación forzosa en la razón del cumplimiento de la edad de jubilación del trabajador (en virtud de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, Disposición Final 4.^a.2, que declara nulas y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten la extinción contractual por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación establecida en el sistema de Seguridad Social, cualquiera que sea su extensión y alcance).

No tiene sentido —y no deja de ser paradójico— ver en el fenómeno del envejecimiento (la «sociedad anciana») un elemento negativo (la prolongación de la vida humana está pasando a ser percibida más que como una conquista del género humano, como un problema social; como una carga social). Tiene que valorarse

⁵⁴ Véase VV. AA.: *La reforma de la Seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*, Monereo Pérez, J. L. (Dirección), Madrid, Ed. La Ley, 2008; PANIZO ROBLES, J. A.: «¿Un nuevo paso en la contributividad del sistema de pensiones? (modificaciones en la pensión de jubilación incorporadas en la L. 40/2007, 4 dic., de medidas en materia de Seguridad Social)», en *Tribuna Social*, núm. 212-213 (2008), págs. 10 y sigs.

como un aspecto positivo del grado de civilización alcanzado. Pero ello exige ciertas correcciones en la necesaria articulación entre las políticas de empleo y las políticas sociales. Las cuales siempre tienen que estar vinculadas en el marco de una misma Programación de las políticas públicas (Esto fue especialmente intuido desde el principio por William Beveridge, en sus dos conocidos Informes sobre la política de empleo y sobre la Seguridad Social y Servicios Afines).

Con todo, la dirección de política legislativa tenderá a propiciar una nueva relación entre vida laboral y jubilación, en su sentido de favorecer el mantenimiento en activo de las personas mayores. Para ello se fomentan las fórmulas de prolongación de la vida activa como la jubilación flexible y de reducir la utilización del factor de la edad en la gestión de los procesos de reestructuración y crisis de empresa, que propician transiciones excesivamente largas hacia la jubilación. Aquí se tiene que responder con una estrategia programada, porque la edad medida de entrada en jubilación se situaba ya en julio de 2008 en 63,8 años⁵⁵, y el problema prioritario es ante todo hacer coincidir la edad legal (formal) de jubilación con la edad de retiro (real). Sin embargo, en varios países de la Unión Europea —y no sólo en el nuestro— se viene optando por el incremento sin más de la edad ordinaria de jubilación en una dirección progresiva que parece no tener fue dado el papel atribuido al llamado «factor de sostenibilidad» que conducirá en poco tiempo a edades jubilatorias ordinarias cercanas a los setenta años (sic.).

La Unión Europea ha continuado impulsado las reformas del sistema de pensiones. Así la Comisión Europea «Libro Blanco 2012: Ayuda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles», «Informe de envejecimiento 2012», «Adecuación de las pensiones en la UE 2010-2050». En términos de conjunto las instituciones políticas de la Unión más que simplemente recomendar tratan de imponer, con éxito, un modelo de reforma y adaptación de las pensiones que hace primar el factor financiero (en el marco de políticas de austeridad del gasto que no implican la aportación de nuevos recursos públicos), el incremento de la edad de jubilación, la prolongación de la vida activa y el incremento de la participación en el mercado de los trabajadores de más edad en las políticas denominadas de sostenibilidad y austeridad del gasto público social. Al amparo de la estrategia europea de reforma de las pensiones y de fomento del envejecimiento activo las políticas de los países miembros vienen realizando reformas de las pensiones que restringen derechos sociales a la par que —no sin ciertas contradicciones— se establecen medidas que promueven la prolongación activa de las personas mayores. Sin embargo,

⁵⁵ CES: *Economía, trabajo y sociedad. Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España 2008*, Madrid, CES, 2009, pág. 581.

esas medidas no han resuelto el gravísimo problema de la tendencia expulsiva del mercado de trabajo de las personas de edad avanzada, siendo así que las medidas acaban perjudicando a los trabajadores maduros ante el distanciamiento entre el cese efectivo en el trabajo y la edad ordinaria de jubilación cada vez más retrasada⁵⁶. Es lo cierto que el Estado Social de Derecho viene estando sometido a una suerte de Estado de excepción permanente con la des-construcción de los presupuestos fundamentales del constitucionalismo social, la cual queda subordinada a una constitución económica fuerte que se impone con fuerza jurídica y política dominante⁵⁷. Y no debe olvidarse que los derechos sociales —como en general

⁵⁶ De ese carácter contrario de los procesos de reforma de las pensiones y de las políticas de envejecimiento activo constituye un exponente, sin duda paradigmático, el proceso de reforma reciente acometido en España, con el Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión de 25 de enero de 2011, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de octubre de octubre de 2011, que aprobó la Estrategia Global para el Empleo de los Trabajadores de Más Edad 2012-2014 (Estrategia 55 y más), por la que se establece el marco general de las políticas que se dirijan a favorecer el empleo de las personas de más edad; cuyo último eslabón, por el momento, viene constituido por el RD. -Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo. Entre otras medidas se contemplan las siguientes: El capítulo I de dicho Real Decreto-Ley regula la compatibilidad entre la percepción de una pensión de jubilación y el trabajo por cuenta propia o ajena para favorecer el alargamiento de la vida activa, reforzar la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social, y aprovechar en mayor medida los conocimientos y experiencia de estos trabajadores maduros. En segundo lugar, proceder a modificar la regulación de la jubilación anticipada y de la jubilación parcial en un sentido restrictivo. En tercer lugar, la modificación de determinados aspectos de la disposición adicional decimosexta —dentro del capítulo IV, relativo a las medidas para evitar la discriminación de los trabajadores de más edad en los despidos colectivos- de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, que regula las aportaciones económicas que tiene que efectuar las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años para compensar el impacto que generan estos proceso sobre el sistema de protección por desempleo. La principal novedad que se introduce consiste en exigir la aportación económica exclusivamente a las empresas que utilicen la edad como criterio preferente de selección de los trabajadores objeto de despido. De modo que, para que nazca la obligación, deberá concurrir un nuevo requisito consistente en que el porcentaje de trabajadores despedidos de cincuenta o más años sobre el total de despidos sea superior al porcentaje que los trabajadores de esa edad representan sobre el total de la plantilla de la empresa. Por otra parte, se introduce una modificación relativa al requisito de obtención de beneficios, de manera que, además de las empresas que hayan obtenido beneficios en los dos ejercicios anteriores al despido colectivo, queden incluidas aquellas empresas que obtengan beneficios en al menos dos ejercicios económicos consecutivos dentro del periodo comprendido entre el ejercicio económico anterior al despido colectivo y los cuatro ejercicios económicos posteriores a dicha fecha. Con esta nueva regulación se pretende cumplir más eficazmente con los objetivos sociales y presupuestarios para los que la aportación económica fue creada, y que persigue desincentivar el despido de los trabajadores de cincuenta o más años únicamente por razón de su edad, promover su recolocación y compensar el impacto que estos despidos generan sobre el sistema público de protección por desempleo.

todos los derechos fundamentales— forman parte indisociable de la democracia moderna en su dimensión sustancial. La construcción de la Unión Europea refleja ese cambio de paradigma, pues evidencia el dominio político y jurídico de una constitución económica europea diseñada en el sistema de los Tratados sobre una constitución social europea débil y sobre las mismas constituciones sociales de los Estados miembros de la Unión. De este modo la lógica de la racionalidad económica neoliberal (basada en la primacía del principio de rendimiento y competencia económica) se impone sobre la racionalidad social propia de la tradición del constitucionalismo democrático-social. Esa posición de dominio/subordinación se expresa eufemísticamente en la constitucionalización en el sistema de los Tratados de la autodenominada «economía social de mercado» que viene sirviendo a escala de la Unión como una cobertura del gobierno de lo social por lo económico, y, por tanto, no refleja la pretensión de un equilibrio entre ambas lógicas como se ha pretendido desde las concepciones más avanzadas del Estado Social de Derecho (un modelo de capitalismo racionalmente organizado, cuando no directamente comprometido con la lucha por la consagración de la ciudadanía social y en general de la ciudadanía integral). Lejos de ello, la tendencia actual hacia el desplazamiento de la constitución social por la constitución económica neoliberal refleja la primacía absolutista del principio de competitividad como *principio estructurante* del orden económico del neoliberalismo imperante. La constitución europea construye un nuevo orden constitucional que se impone jurídica y políticamente a todos los órdenes constitucionales de los países miembros de la Unión. Un orden constitucional para toda la Unión que refleja una decisión política orientada a hacer prevalecer racionalidad económica sobre la razón de la sociedad, pero sin incurrir en la utopía liberal de la autorregulación del mercado, pues el neoliberalismo contemporáneo absorbe lo político en lo económico y pone las instituciones políticas de la sociedad al servicio de las fuerzas operantes en el mercado (un mercado apoyado por instituciones públicas instrumentales a su lógica de funcionamiento, que es la lógica de la maximización de los beneficios y del rendimiento). El Estado Social de Derecho tiende a ser desplazado por el Estado neoliberal, que pone el poder público y las instituciones públicas al servicio del funcionamiento del mercado y de su lógica operativa⁵⁸.

⁵⁷ MONEREO PÉREZ, J. L.: *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2009. En la perspectiva general es relevante la aportación de AGAMBEN, G.: *Estado de excepción. Homo Sacer*, trad. Antonio Gimeno Cuspinera, Valencia, Pre-Textos. Valencia 2003; MONEREO PÉREZ, J. L.: *Modernidad y capitalismo. Max Weber y los dilemas de la Teoría Política y Jurídica*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013.

⁵⁸ Puede consultarse, HARVEY, D.: *Breve historia del neoliberalismo*, Madrid, Ed. Akal, 2007.

B. *Mantenimiento de las capacidades de los mayores: señaladamente autonomía personal e integración social. Edades y capacidades*

Es necesario poner de manifiesto la magnitud del problema social que se acota con el concepto de Dependencia: «La atención a las personas en situación de dependencia constituye uno de los principales retos de la política social de los países desarrollados. El reto no es otro que atender las necesidades de aquellas personas que, por encontrarse en situación de especial vulnerabilidad, requieren apoyos para desarrollar las actividades esenciales de la vida diaria y poder ejercer plenamente sus derechos de ciudadanía. El reconocimiento de los derechos de las personas en situación de dependencia ha sido puesto de relieve por numerosos documentos y decisiones de organizaciones internacionales, como la Organización Mundial de la Salud, el Consejo de Europa y la Unión Europea» (Exposición de Motivos de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia (BOE, núm. 299, 15 diciembre 2006; en adelante, LAAD)⁵⁹. Ya se hizo mención a la garantía de los derechos de los mayores (artículos 25, 26, 34 de la Carta de la Unión Europea) con el expreso reconocimiento del derecho a la protección pública en situaciones de dependencia (art. 34.1 de la Carta).

Por otra parte, dentro de ese marco más amplio propio de los países desarrollados, en España el proceso de envejecimiento y la situación de dependencia en la vejez es especialmente acusado. En efecto, «los cambios demográficos y sociales están produciendo un incremento progresivo de la población en situación de dependencia. Por una parte, es necesario considerar el importante crecimiento de la población de más de 65 años que se ha duplicado en los últimos 30 años, para pasar de 3,3 millones de personas en 1970 (un 9,7 por ciento de la población total) a más de 6,6 millones de 2000 (16,6 por ciento). A ello hay que añadir el fenómeno demográfico denominado «envejecimiento del envejecimiento», es decir, el aumento del colectivo de población con edad superior a 80 años, que se ha duplicado en sólo veinte años». Es la «Cuarta Edad», que constituye, al propio tiempo, un éxito de las políticas de bienestar (especialmente, del sistema de salud), pero también representa nuevos problemas de protección social de las personas mayores.

En lo cierto que «ambas cuestiones conforman una nueva realidad de la población mayor que conlleva problemas de dependencia en las últimas etapas de la vida

⁵⁹ Puede consultarse MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M.^a N., MALDONADO MOLINA, J. A. y GONZÁLEZ DE PATTO, R. M.^a: *La protección de las situaciones de dependencia*, Granada, Ed. Comares, 2007; MALDONADO MOLINA, J. A.: *El seguro de dependencia. Presente y Proyecciones de futuro*, Valencia, tirant lo blanch, 2003; KAHALE CARRILLO, D.: *Protección a las personas en situación de dependencia*, Jaén, Formación Alcalá Editorial, 2012.

para un colectivo de personas (colectivo de población) cada vez más amplio... A esta realidad derivada del envejecimiento debe añadirse la dependencia por razones de enfermedad y otras causas de discapacidad o limitación, que se ha incrementado en los últimos años por los cambios producidos en las tasas de supervivencia de determinadas enfermedades crónicas y alternativas congénitas y también por las consecuencias derivadas de los índices de siniestralidad vial y laboral».

Todo ello permite comprender que la atención a este colectivo de población se convierte, pues, en un reto ineludible para los poderes públicos, que requiere una respuesta firme, sostenida y adaptada al actual modelo de nuestra sociedad. No hay que olvidar que, hasta ahora, han sido las familias, y en especial las mujeres, las que tradicionalmente han asumido el cuidado de las personas dependientes, constituyendo lo que ha dado en llamarse el «apoyo informal». Los cambios en el modelo de familia y la incorporación progresiva de las mujeres al mercado de trabajo introducen nuevos factores en esta situación que hacen imprescindible una revisión del sistema tradicional de atención para asegurar una adecuada capacidad de prestación de cuidados a aquellas personas que los necesitan. Es de realzar ese factor determinante consistente en los cambios que se han venido produciendo en el modelo de familia.

En verdad, en la coyuntura actual concurren dos factores estructurales relevantes, cuya confluencia ha determinado la configuración de *una nueva situación de necesidad social*. Por un lado, un *factor biológico*, consistente en el aumento de la esperanza de vida, aumentando las enfermedades que causan dependencia; y un *factor social*: las nuevas estructuras familiares, en las que la mujer deja de ocupar el papel exclusivo de cuidadora y el número de hijos desciende haciendo inviable la atención familiar a los dependientes. Es así que la dependencia como *situación de necesidad específica* se produce en el momento en que emerge un grupo de edad que se caracteriza por su falta de autonomía (o esta está muy mermada), y demanda una cobertura específica ante la inadecuación funcional de los mecanismos tradicionales (familiares o institucionales). Esta emergencia de una nueva situación de necesidad diferenciada, determina en sí la insuficiencia y el carácter inadecuado del modelo indiferenciado de protección pública de las situaciones de dependencia, que era el modelo normativo inmediatamente precedente a la promulgación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre. De manera que el fenómeno social de la dependencia no es, desde luego, enteramente nuevo, pero sí generalizado y más relevante como tal desde el punto de vista de la política jurídica de protección social.

Es lo cierto, que en el Estado social y democrático existe un imperativo de igualdad y autonomía derivada de la que se ha dado en llamar «revolución de la ciudadanía», que tiende a crear una sociedad de iguales, delimitada de algún modo antropológicamente. Por lo demás, las situaciones de dependencia como nueva situación de necesidad no hacen sino reafirmar la condición del ser humano como

ser dependiente, al incrementarse el grado de dependencia de unas personas con respecto a otras. En una sociedad civilizada debe concederse la posibilidad de compartir lo que se dispone con aquellos que lo necesitan. En realidad, los seres humanos son «rationales y dependientes» para llegar a ser agentes racionales e independientes. La filosofía moral moderna ha puesto un gran énfasis en la autonomía del individuo, en su capacidad para formular elecciones independientes. Pero es preciso añadir que las virtudes de la actuación racional independiente tan sólo se pueden ejercer de modo adecuado si están acompañadas de las virtudes de reconocimiento de la dependencia, situadas en el marco de una concepción democrática del bien común⁶⁰. La organización de la sociedad debe impedir que el individuo sea cautivo del entorno, garantizando una existencia humana digna. El Estado —sin perjuicio de otras formas de solidaridad— ha de ser capaz de proporcionar a sus súbditos una mínima seguridad frente a las situaciones de necesidad. El Estado social puede proporcionar los medios para eliminar los obstáculos que impiden alcanzar los objetivos humanitarios de realización plena de la autonomía y la independencia del individuo. Las otras instancias de provisión del bienestar social tendrán que hacer su tarea correspondiente, adicional o complementaria, para luchar contra la dependencia y la vulnerabilidad.

El resultado de todo lo anterior (unificando factores sociales y políticas de reforma social) es el incremento de las situaciones de necesidad de los ancianos y la pérdida de poder adquisitivo de los pensionistas; el mayor riesgo de pobreza y exclusión social en la vejez, dado el incremento de las expectativas de vida.

La dependencia como situación de necesidad específica exige una reflexión sobre los nuevos derechos sociales a ella anudados. La dependencia es un tipo de situación de necesidad (más que de riesgo) muy distinta a los riesgos que atendían los clásicos seguros sociales obligatorios y la Seguridad Social construida sobre sus hombros. Es un fenómeno complejo, que exige una categorización muy perfilada. Atiende a situaciones individualizadas de riesgo; se desvinculan en gran medida del trabajo profesional. Es decir, atienden a una nueva expresión de la cuestión social de nuestro tiempo. De forma simétrica a las transformaciones operadas en los Sistemas de Seguridad Social hacia la asistencialización, se puede decir que existe un desplazamiento de la noción de riesgo social a la de situación de necesidad dentro del sistema público de protección social. En ese proceso se enmarca la situación específica de dependencia.

Ciertamente, en la coyuntura actual concurren dos factores estructurales relevantes, cuya confluencia ha determinado la configuración de *una nueva situación de necesidad social*. Por un lado, un *factor biológico*, consistente en el aumento de la

⁶⁰ MACINTYRE, A.: *Animales racionales y dependientes. Por qué los seres humanos necesitamos las virtudes*, Barcelona, Paidós Ibérica, 2001, págs. 15 y sigs.

esperanza de vida, aumentando las enfermedades que causan dependencia; y un *factor social*: las nuevas estructuras familiares, en las que la mujer deja de ocupar el papel exclusivo de cuidadora y el número de hijos desciende haciendo inviable la atención familiar a los dependientes. Es así que la dependencia como *situación de necesidad específica* se produce en el momento en que emerge un grupo de edad que se caracteriza por su falta de autonomía (o ésta está muy mermada), y demanda una cobertura específica ante la inadecuación funcional de los mecanismos tradicionales (familiares o institucionales) (MALDONADO, 2003). Esta emergencia de una nueva situación de necesidad diferenciada, determina en sí la insuficiencia y el carácter inadecuado del modelo indiferenciado de protección pública de las situaciones de dependencia, que era el modelo normativo inmediatamente precedente a la promulgación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia (en adelante, LAAD). De manera que el fenómeno social de la dependencia no es, desde luego, enteramente nuevo, pero sí generalizado y más relevante como tal desde el punto de vista de la política jurídica de protección social.

En el Estado social y democrático existe un imperativo de igualdad y autonomía derivada de la que se ha dado en llamar «revolución de la ciudadanía», que tiende a crear una sociedad de iguales, delimitada de algún modo antropológicamente⁶¹. Por lo demás, las situaciones de dependencia como nueva situación de necesidad no hace sino reforzar la condición del ser humano como ser dependiente, al incrementarse el grado de dependencia de unas personas con respecto a otras. En una sociedad civilizada debe concederse la posibilidad de compartir lo que se dispone con aquellos que lo necesitan. En realidad, los seres humanos son «racionales y dependientes» para llegar a ser agentes racionales e independientes. La filosofía moral moderna ha puesto un gran énfasis en la autonomía del individuo, en su capacidad para formular elecciones independientes. Pero es preciso añadir que las virtudes de la actuación racional independiente tan sólo se pueden ejercer de modo adecuado si están acompañadas de las virtudes de reconocimiento de la dependencia, situadas en el marco de una concepción democrática del bien común⁶². La organización de la sociedad debe impedir que el individuo sea cautivo del entorno, garantizando una existencia humana digna. El Estado —sin perjuicio de otras formas de solidaridad— ha de ser capaz de proporcionar a sus súbditos una mínima seguridad frente a las situaciones de necesidad. El Estado social puede proporcionar los medios para eliminar los obstáculos que impiden alcanzar los objetivos humanitarios de realización plena de la autonomía y la in-

⁶¹ ROSANVALLON, P.: *Le sacre du citoyen. Histoire du suffrage universel en France*, París, Editions-Gallimard, 1992, págs. 9 y sigs.

⁶² MACINTYRE, A.: *Animales racionales y dependientes*, cit., págs. 15 y sigs.

dependencia del individuo. Las otras instancias de provisión del bienestar social tendrán que hacer su tarea correspondiente, adicional o complementaria, para luchar contra la dependencia y la vulnerabilidad.

La cuestión social es una expresión lanzada a fines del siglo XIX que remite a las disfunciones de la sociedad industrial naciente. Los fenómenos actuales de exclusión o de dependencia no remiten a las categorías antiguas de la explotación del trabajador. Así, ha hecho su aparición una nueva cuestión social. El Estado Social se desarrolló históricamente sobre la base de un sistema asegurador en el cual las garantías sociales estaban ligadas a la introducción de seguros obligatorios que cubrían los principales riesgos de la existencia (enfermedad, desocupación, jubilación, invalidez o incapacidad, etcétera). Actualmente se está produciendo un agotamiento de ese sistema clásico. Un cambio en las formas de organización de la solidaridad. Se debe afrontar el problema de hacer concordar el principio de solidaridad (la sociedad tiene una deuda para con sus miembros) con el principio de responsabilidad (cada individuo es dueño de su existencia y debe hacerse cargo de sí mismo). Este paradigma asegurador, sustrato indisociablemente técnico e ideológico del Estado Social, es el que está agotándose actualmente. La fuerza de la idea original de Seguridad Social, tal como había sido formulada y puesta en práctica en países como Alemania, Francia, Italia y España, respondía a una lógica jurídica explícita: permitía concebir de manera coherente un abanico muy amplio de problemas sociales incluyéndolos en la categoría homogénea del riesgo. Incluso la vejez (a pesar de su carácter no aleatorio) era comprendida como un riesgo social, desde el momento en que se la aprehendía a partir de la pérdida de ingresos que ocasionaba. Esta categoría unificadora del riesgo perdió mucho de su pertinencia. Lo social ya no puede aprehenderse únicamente en términos de riesgo, sino ante todo como «situación de necesidad». En realidad, lo que se puso en práctica es una técnica de racionalización y de «ingeniería social» para la gestión de lo social.

Realmente es discutible que la dependencia (nueva dimensión de «lo social») pueda ser concebida como un riesgo en sentido clásico: no estamos, desde luego, ante la simple discapacidad, ni ante la mera enfermedad, pues la dependencia —salvo casos peculiares— no es un fenómeno aleatorio. Esta situación de dependencia pluricausal, encuentra su lógica de protección a través de un modelo de solidaridad nacional general de tipo universalista. La técnica social aseguradora aparece así como poco adaptada al tratamiento de un problema de esta naturaleza. En materia social, el concepto central es hoy día mucho más el de precariedad o vulnerabilidad (que acentúa la inseguridad de la existencia) que el de riesgo. No obstante, la admisibilidad técnica y político-jurídica de modelos de protección de la dependencia como el alemán, que se basan en una típica técnica de previsión social. Es lo cierto que los instrumentos tradicionales de «gestión de lo social» (el seguro social lo fue, y pervive en la lógica del ámbito contributivo del Sistema

de Seguridad Social) están al mismo tiempo desfasados. Los países con modelos bismarckianos tienden a vencerse hacia fórmulas universalistas fundadas en la ciudadanía. Todos los modelos europeos se inclinan cada vez más hacia la valoración de la ciudadanía social⁶³. Esta evolución tiene una consecuencia insoslayable y que afecta a la estructuración de la financiación: el deslizamiento progresivo hacia el impuesto de una parte de la financiación del Estado Social. La tendencia a sustituir la figura del asegurado social por la del contribuyente. Ruptura de los «modelos corporativos» (en gran medida profesionalistas) de Seguridad Social. Emergiendo un nuevo capítulo del proceso de asistencialización.

Se ha producido, igualmente, de modo paralelo y simultáneo, la individualización de lo social. En este sentido se transita de las «poblaciones» (relativamente homogéneas) a las situaciones particulares. El Estado Social (y su Sistema de Seguridad Social) estaba bien organizado para tratar los problemas de las poblaciones relativamente homogéneas, de grupos o clases. La noción de «población protegida» ha venido siendo una técnica específica de organización de la protección pública. Sin embargo, aparte de las poblaciones el sistema público tiene que dar cuenta de la protección de individuos singularmente considerados, y en atención a situaciones específicas. Es el caso de las personas dependientes, cuya situación queda marcada por factores no vinculados ni directa ni fundamentalmente a rasgos socioprofesionales. Lo que les aproxima es ese estado permanente en que se encuentran las personas que por distintas razones 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 las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal. Es por eso que no constituyen ni una comunidad social ni un grupo estadístico en el sentido de la técnica del seguro; o, acaso, tan sólo eso, precisamente despojada de la idea de «grupo» en sentido estricto. Es ahí donde emerge con relevancia las nociones de precariedad y vulnerabilidad. Sirva como ejemplo de ello, la idea de individualización del tipo y morfología de la prestación y programa individualizado de atención para las personas dependientes. Paradigmáticamente, el art. 29 de la Ley 39/2006 establece el «Programa individual de atención» («En el marco del procedimiento de reconocimiento de la situación de dependencia y las prestaciones correspondientes, los servicios sociales correspondientes del sistema público establecerán un Programa Individual de Atención en el que se determinarán las modalidades de intervención más adecuadas a sus necesidades de entre los servicios y prestaciones económicas previstos en la resolución para su grado y nivel, con la participación, previa con-

⁶³ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, CES, 1996, espec., págs. 27 y sigs.

sulta y, en su caso, elección entre las alternativas propuestas, del beneficiario y, en su caso, de su familia o entidades tutelares que le represente»). Por su parte, el art. 26.1 del mismo texto legal, establece los grados de dependencia necesariamente individualizados; además, cada uno de los grados se clasificarán en dos niveles, en función de la autonomía de las personas y de la intensidad del cuidado que requiere (apartado 2 del art. 26) ⁶⁴.

La protección específica de las situaciones de dependencia en la vejez se enmarca en esa reflexión global y de dimensiones más estructurales. En todo caso, la protección específica de la dependencia tiene un entronque constitucional en la solidaridad y equidad como principio básico del constitucionalismo del Estado Social, y con la proyección de ese principio en el campo de los derechos sociales (9.2, y el grupo normativo formado por los artículos 41, 43, 49 y 50 de la CE; y el mismo Sistema de los Tratados de la Unión Europea —tal como resulta de la reforma realizada por el Tratado de Lisboa—, que la contempla expresamente en los artículos 2 y 3.5 como fundamento de la protección social). En el Texto Constitucional el principio constitucional de solidaridad aparece como un elemento de cohesión social que permita una participación efectiva de todas las personas en la vida social y económica. Es una llamada a la idea base de una constitución social cuyo eje se articula en la realización plena de la triada de derechos de ciudadanía.

En la construcción de los modelos de protección de la dependencia existen dos cosmovisiones ideal-típicas de la dependencia, a saber: bien como nuevo riesgo o bien como nueva situación de necesidad.

A) Los modelos de tradición bismarckiana o de marcada orientación profesional-contributiva, han tendido a captar jurídicamente la situación de dependencia como un nuevo riesgo social. Desde esta perspectiva de la necesidad como riesgo, la satisfacción de la situación de necesidad del sujeto se realiza como derecho social a la indemnización del daño, teniendo en cuenta que el marco de los sistemas evolucionados de Seguridad Social, sólo existe un principio de conmutatividad relativa. La noción de riesgo se residencia en la previsión de un hecho incierto, aleatorio, y tiene por finalidad la compensación del déficit de recursos ocasionado. De ahí que las prestaciones satisfechas tengan una naturaleza eminentemente resarcitoria. Esa concepción de la protección jurídica de la dependencia conduce, desde el punto de vista lógico-jurídico, a un régimen de financiación a través de nuevas cotizaciones sobreañadidas a las clásicas. Entre los países que se sitúan en ese esquema protector cabe destacar a Alemania, Bélgica, Austria y Luxembur-

⁶⁴ El art. 3. f) de la LAAD establece como uno de los principios inspiradores de la Ley «la personalización de la atención, teniendo en cuenta de manera especial la situación de quienes requieren de mayor acción positiva como consecuencia de tener mayor grado de disminución o menor igualdad de oportunidades».

go⁶⁵. De este modo, se protege la situación de dependencia desde los esquemas de la Seguridad Social clásica de tipo continental. Es de señalar, que nuestro país, a pesar de estar encuadrado en esa tradición bismarckiana se ha inclinado por un modelo de protección distinto, como ahora se expondrá.

B) No obstante, otros países, y no exclusivamente (aunque sí principalmente) los insertos en la tradición cultural beveridgeana, han optado por proteger la dependencia como situación de necesidad específica. Se opta por configurar la necesidad como derecho social universal, aunque sujeto a ciertas condiciones que varían según cada país. En esta lógica se pretende ir más allá, cuando no superar abiertamente, la noción de riesgo (que exige técnicamente la aleatoriedad y que presenta siempre un potencial intrínsecamente excluyente), y desplazarla por el concepto de «situación o estado de necesidad». Para ello Beveridge había propuesto la elaboración de una síntesis virtuosa, consistente en la creación de un sistema de Seguridad Social Asistencial que, sin embargo, no excluía la utilización de la técnica de seguro para la protección de contingencias profesionales, vinculadas a las distintas formas de trabajo profesional (BEVERIDGE, Informes de 1942 y de 1944). Se valora el hecho de que la dependencia es una situación objetiva de necesidad independiente del trabajo profesional y que afecta potencialmente la ciudadanía en su conjunto. En este marco se concede una prestación universalista basada en el principio de solidaridad general, no en solidaridades particulares o corporativo-profesionales. La articulación de la protección jurídica de la dependencia a través de una prestación universalista configurada como derecho social universal, que debe en cuanto tal recaer en toda la comunidad organizada ha sido la elección realizada por países como el Reino Unido, Irlanda, Suecia, Finlandia, Dinamarca, Países Bajos y España.

Efectivamente, el modelo español, de tradición sin embargo continental en la conformación de su Sistema de Seguridad Social, de protección jurídica de la

⁶⁵ MERCADER UGUINA, J. R. y MUÑOZ RUIZ, A. B.: «La protección específica de las situaciones de dependencia en la vejez», en VV. AA.: Monereo Pérez, J. L. y García Ninet, J. I. (dirs.) y Moreno Vida, M.^a N. y Vicente Palacio, A. (coords.): *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*, Granada, Ed. Comares, 2004. Véase el Libro Blanco: *Atención a las Personas en Situación de Dependencia en España*, Madrid, MTAS, 2004, capítulos 11 y 12; MALDONADO MOLINA, J. A.: *El seguro de dependencia. Presente y Proyecciones de futuro*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003; MONEREO PÉREZ, J. L.: «El modelo de protección social de la dependencia: el derecho subjetivo de ciudadanía social», en *Documentación Administrativa*, Instituto Nacional de Administración Pública, núm. 276-277 (2006-2007), monográfico sobre «El sistema para la autonomía y atención a la dependencia»; VV. AA.: *Manual de derecho de la dependencia*, Monereo Pérez, J. L., Moreno Vida, M.^a N., Maldonado Molina, J. A., y González de Patto, R. M.^a, Madrid, Ed. Tecnos, 2010; RODRÍGUEZ CABRERO, G.: *La protección social de la dependencia en España*, Madrid, Fundación Alternativas, 2004; SANABRIA CELIS, F.: «La protección de la dependencia en la Unión Europea. Modelo», Ponencia en el VI Congreso Nacional de Organizaciones de Mayores (CEOMA) sobre Dependencia, Valladolid, 2003; ZÁRATE RIVERO, B.: *El tratamiento de la dependencia como derecho social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

dependencia parece presentar en la regulación de esta materia los rasgos propios y típicos del modelo «Beveridgiano» (todos los titulares de ingresos primarios del trabajo o del capital) renuncian, obligatoriamente, a una parte de sus ingresos para constituir un fondo que suministrará a todos los miembros de la sociedad un nivel mínimo de recursos, ya sea porque no son capaces de atender ese mínimo por sus propios medios (en razón, por ejemplo, de su edad, incapacidad, accidente, enfermedad) o por la imposibilidad de encontrar un empleo cuya remuneración le resulte suficiente), pero también combinándolos con el modelo «paineano» (todos los titulares de ingresos renuncian, obligatoriamente, a una parte de ellos, para constituir un fondo que sirva para pagar incondicionalmente un ingreso uniforme a todos los miembros de la sociedad; la idea de dar a cada miembro de la sociedad un ingreso completamente incondicionado, condujo al ingreso básico o renta de ciudadanía o prestación universal; es la propuesta hecha por Thomas Paine, en la memoria presentada al Directorio «Justicia Agraria» 1796, de gravar la renta de tierras o haciendas, y distribuir el total incondicionalmente bajo la forma de una asignación a destajo atribuida a cada adulto, y una pensión anual uniforme a toda persona que hubiera alcanzado los cincuenta años) de Estado Social⁶⁶.

Es una mezcla del fundamento ético-valorativo de la solidaridad (Beveridge) y de la equidad (Paine). Pero con la cualidad de que el derecho social universal a la protección por dependencia no es incondicional, pues se «modula» en función de la capacidad económica del sujeto dependiente y de su familia. Pero no se olvide el hecho de que un modelo sea incondicionado no afecta en sí a la existencia jurídica del derecho subjetivo de ciudadanía social. En el modelo alemán (seguro de dependencia contributivo), los fundamentos éticos ligan el seguro y la equidad, por intermedio de un tercero, la solidaridad. En el modelo paineano ya no se trata de transferir desde los más afortunados a los desafortunados porque aquéllos podrían un día encontrarse en la misma situación que estos últimos (justificación aseguradora), ni tampoco porque los afortunados hubieran podido encontrarse en la misma situación (justificación en términos de solidaridad o de seguro bajo velo de ignorancia). No, las «transferencias» están aquí requeridas por el simple cuidado de dar a cada un una parte igual de nuestro patrimonio común en el más amplio sentido (justificación en términos de equidad; equidad: cualidad de tratar con imparcialidad y según un sentido natural de la justicia; cualidad —de una cosa— de ajustarse a la equidad). La prestación universal máxima sostenible no hace sino distribuir tanto como sea posible entre todos, un patrimonio que tiende

⁶⁶ PARIJS, PH, van: *¿Qué es una sociedad justa? Introducción a la práctica de la filosofía política*, Barcelona, Ariel, 1993, pág. 56; MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador*, Granada, Ed. Comares, 2007.

espontáneamente a ser monopolizado —muy desigualmente— por los que están mejor o más ávidos de aprovecharlo.

La distinción entre los tres modelos institucionales de Estado Social y entre los tres fundamentos normativos que les corresponden, es esencial para comprender el nudo ético de los debates sobre el Estado Social y su futuro, y en este marco para apreciar correctamente en sentido de los cambios que se vienen verificando con la articulación de técnicas protectoras como las Rentas Mínimas de Inserción y ahora la Prestaciones (de servicios y económicas) de protección de la Dependencia. Pero nada se opone —al contrario, todo invita— a que combinemos esos tres modelos institucionales de Estado Social. En todo caso, la equidad del tercer modelo de Estado Social concierne a la *distribución equitativa de los recursos externos*, y una concepción coherente e integrada de la justicia requiere que también sea adecuadamente tenido en cuenta el cuidado de la equiparación de los recursos internos. En otros términos, se trata de maximizar (de manera sostenible) el nivel de la prestación universal, pero sujeto a la restricción de una exigencia de solidaridad (entendida como diversidad no dominada). Esta restricción de solidaridad impone que todos puedan *subsistir* (aunque fuera merced a transferencias condicionadas en forma múltiple) y que al mismo tiempo las personas discapacitadas (o dependientes) se beneficien con *transferencias específicas* (más allá de su prestación universal). Tal formulación tiene como consecuencia, entre otras, que el nivel legítimo de la prestación universal sea nulo en una sociedad que no asegure la subsistencia de todos sus miembros por cualquier medio que sea. Esta derivación indica que con suficiencia el alto grado en que la legitimidad de la emergencia del tercer modelo del Estado de Bienestar depende de la porción del planeta que consideremos⁶⁷.

Necesario es dejar constancia de que actualmente se dispone de *dos nuevas formas de protección social*: a) la renta de ciudadanía (RMI, que, por el momento, en nuestro país se resuelve en un modelo pluralista descentralizado en el Estado Social Autónomo) y b) las prestaciones (económicas o en metálico; y en servicio o en especie) de fomento de la autonomía personal y protección de las situaciones de dependencia.

A ello debe añadirse que el Consejo de Europa en su Recomendación núm. (98) del Comités de Ministros a los Estados miembros relativa a la dependencia (Adoptada por el Comité de Ministros el 18 de septiembre de 1998, en la 641.^a reunión de Delegados de Ministros), define la dependencia considerando que «son personas dependientes quienes, por razones ligadas a la falta o a la pérdida de capacidad física, psíquica o intelectual, tienen necesidad de una asistencia y/o ayuda importante para la realización de las actividades de la vida diaria».

La definición de dependencia acuñada para ofrecer protección en este ámbito de estudio es de carácter funcional, entendiendo por la misma lo dispuesto en 1998

⁶⁷ PARIJS, PH, van: *¿Qué es una sociedad justa?*, cit., págs. 77-78.

por el Consejo de Europa: «La dependencia es un estado en el que se encuentran las personas que por razones ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, psíquica o intelectual tienen necesidad de asistencia y/o ayudas importantes a fin de realizar los actos corrientes de la vida diaria. La dependencia puede afectar a cualquier sector de la población y no sólo a las personas mayores. Si bien es cierto que la dependencia tiende a aumentar con la edad, y que la vejez se caracteriza por aparecer frecuentemente asociada con múltiples problemas de salud, la edad no es el único criterio acerca de este estado» (Recomendación núm. 98, del Comité de Ministros a los Estados miembros relativa a la dependencia)⁶⁸. Dicha definición exige la concurrencia de tres factores para que se pueda hablar de una situación de dependencia en sentido técnico: en primer lugar, la existencia de una limitación física, psíquica o intelectual que merma determinadas capacidades de la persona; en segundo lugar, la incapacidad de la persona para realizar por sí misma las actividades de la vida diaria; y, por último, la necesidad de asistencia o cuidados por parte de un tercero. Aunque la dependencia, en términos generales, aparece como un problema estrechamente vinculado al envejecimiento demográfico, no se puede considerar que sea un fenómeno que afecte exclusivamente a las personas mayores. Es lo cierto que las situaciones de dependencia recurren toda la estructura de la población, de manera que no se puede circunscribir por ello el fenómeno de la dependencia al colectivo de las personas mayores, aun cuando sean éstas las que con más intensidad se ven afectadas. Puede aparecer desde el nacimiento, desencadenándose a consecuencia de un accidente o de una enfermedad aguda en la infancia, la juventud o la vida adulta o, más a menudo, ir apareciendo a medida que las personas envejecen, como consecuencia de enfermedades crónicas o como reflejo de una pérdida general en las funciones fisiológicas, atribuirle al proceso global de senescencia. La dependencia puede también no aparecer, y de hecho en muchos casos no aparece aunque la persona haya alcanzado una edad muy avanzada. Existen una serie de variables de tipo social y ambiental (además de los factores genéricos) que condicionan la aparición y el desarrollo de los desencadenantes de la dependencia, en las que los individuos difieren entre sí. Ahora bien, el proceso acelerado de envejecimiento de nuestra población (que lo es en general de los países de la Unión Europea) está confiriendo una dimensión nueva, y más preocupante, al problema social, tanto cuantitativa como cualitativamente, al coincidir con cambios profundos en la estructura social de la familia y de la población cuidadora. La necesidad de asistencia y/o cuidado social de las situaciones de dependencia ha existido siempre; lo que ha cambiado es su dimensión (debido ante todo al crecimiento del número y de la proporción de las personas mayores),

⁶⁸ Véase MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES: *Libro Blanco de Atención a las personas en situación de Dependencia en España*, Madrid, MTAS, 2004.

su importancia social (deja de percibirse como un problema solamente individual o familiar para pasar a percibirse como un problema que afecta a la sociedad en su conjunto) y su naturaleza (en tanto que supone una redelimitación de los objetivos y funciones del Estado del Bienestar e implica nuevos compromisos de protección y financiación por parte de los poderes públicos ante la evidente insuficiencia de las familias y del mercado como instancias de provisión del bienestar social). Es así que la dependencia se convierte en una carga que es a la vez social y familiar, y al propio tiempo abre un nuevo ámbito de intervención social que pone a prueba la capacidad de la sociedad y de sus instituciones para adaptarse a las nuevas realidades de fragilidad y vulnerabilidad social. Se puede comprender que la demanda de cuidados para personas dependientes se ha incrementado en la última década, e irá a más como consecuencia de la combinación de factores de carácter demográfico, médico y social. La dependencia supone, pues, un reto para los sistemas sanitarios y de servicios sociales, que tienen que afrontar nuevas necesidades y demandas sociales en un contexto contradictorio de presiones políticas y económicas a favor de la contención del gasto social en general y del sanitario en particular y, al mismo tiempo, de nuevas demandas sociales a favor de una extensión de la protección social a las necesidades de ayuda personal que reclaman los ciudadanos, y sus cuidadores, para afrontar las diversas situaciones de dependencia («Libro Blanco», 2005).

La Organización Mundial de la Salud (OMS) la define como la «restricción o ausencia de capacidad de realizar alguna de las actividades en la forma o dentro del margen que se considera normal». En estas definiciones se aprecia siempre la coexistencia de dos factores: el factor causal (o causa determinante de la situación de dependencia) y el factor funcional (o situación de necesidad generada).

La Dependencia adquiere un máximo nivel de reconocimiento en el art. 34 de la Carta de la Unión Europea, pero la Unión atendiendo al sistema de los Tratados fundacionales, no tiene competencias en materia de Seguridad Social y de protección pública de las situaciones de dependencia. Esto no ha impedido que se hayan utilizado instrumentos débiles de regulación (comunicaciones y recomendaciones) y los instrumentos de convergencia flexible a través del Método Abierto de Coordinación Europea (MAC). Esta respuesta institucional ha sido útil pero manifiestamente insuficiente para otorgar eficacia a lo que visiblemente es un nuevo derecho social, tanto más en una coyuntura en que los débiles avances están siendo objeto de retrocesos en una dirección de corresponsabilidad y de carácter re-mercantilizador (orientación generalizada hacia la provisión privada; incremento del papel de la gestión privada y extensión de las técnicas del copago). De nuevo la crisis económico-financiera se aduce para reducir el gasto público social dirigido a atender las situaciones de dependencia y los cuidados de larga duración a ella anudados, trasladando su coste a las personas dependientes y a sus familia.

Ciertamente, estas intervenciones débiles no sólo no garantizan el derecho reconocido en el art. 34 de la Carta, sino que tampoco permiten proteger los sistemas nacionales ya existentes ante las orientaciones neoliberales encaminadas a la privatización o re-mercantilización, esto es, al desmantelamiento de las garantías sociales y su desplazamiento por la provisión mercantil y la responsabilidad individual y familiar. En el momento presente se vuelve a aducir como justificación la inviabilidad económico-financiera de los nuevos sistemas públicos de protección de la dependencia. Esto determina que en la combinación de las distintas fuentes de provisión de bienestar que coexisten siempre, con intensidad variable, mayor o menor (Estado, mercado, familia y sociedad civil), tiende a reducirse el peso del poder público a favor de las demás instancias de provisión, pero también a cuestionarse el carácter universalista del régimen protector.

Por su parte, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de dependencia, en su art. 2.2 define expresamente la dependencia 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 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 las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal»⁶⁹. De este modo, nuestro modelo legal parece inclinarse hacia una noción amplia e integradora de la dependencia.

La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, se vence por el modelo universalista, de manera que uno de los principios inspiradores de la Ley es «la universalidad en el acceso de todas las personas en situación de dependencia, en condiciones de igualdad efectiva y no discriminación, en los términos establecidos en la Ley» (art. 3.b). Toda persona necesitada en situación de dependencia tiene derecho a acceder a la protección pública dispensada, pero en los términos establecidos en la Ley (incluidas las exigencias de residencia y nacionalidad ex art. 5 LAAD). Se reconoce un derecho social como derecho de ciudadanía, con base a un principio de universalidad que no se ve cuestionado por la exigencia del copago por parte del beneficiario, porque tan sólo se trata de una modulación del derecho, que no

⁶⁹ También se define instrumentalmente las nociones de «Autonomía», entendida como «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» (art. 2. 1), y de Actividades Básicas de la Vida Diaria (ABVD), configuradas como «las tareas más elementales de la persona, que le permiten desenvolverse con un mínimo de autonomía e independencia, tales como: el cuidado personal, las actividades domésticas básicas, la movilidad esencial, reconocer personas y objetos, orientarse, entender y ejecutar órdenes o tareas sencillas» (art. 2. 3).

tiene fuerza condicionamiento de su reconocimiento. Ese derecho se consagra expresamente en el art. 1 de la Ley, a cuyo tenor «la presente Ley tiene por objeto regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, en los términos establecidos en las leyes, 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 la garantía por la Administración General del Estado de un contenido mínimo común de derechos para todos los ciudadanos en cualquier parte del territorio español» (art. 1.1). El derecho subjetivo de ciudadanía a la autonomía es un derecho a las prestaciones que en el fondo presenta una conexión funcional y dinámica con el conjunto de derechos fundamentales de la personas. Según el art. 4.1 de la Ley «las personas en situación de dependencia tendrán derecho, con independencia del lugar del territorio del Estado español donde residan, a acceder, en condiciones de igualdad, a las prestaciones y servicios previstos en esta Ley, en los términos establecidos en la misma». Las personas en situación de dependencia «disfrutarán de todos los derechos establecidos en la legislación vigente», relacionando con carácter abierto y ejemplificativo los que se consideran más significativos (art. 4.2). La preocupación es la de garantizar que las personas en situación de dependencia —que ex art. 1.1 tienen reconocido ya un derecho subjetivo de ciudadanía a la protección dispensada— no encuentren ninguna merma en el disfrute de los derechos que les corresponden como personas. De este modo, las personas en situación de dependencia disfrutarán de todos los derechos establecidos en la legislación vigente» (art. 4.2 LAAD). Incumbe a los poderes públicos una función promocional: adoptarán las medidas necesarias para promover y garantizar el respeto de los derechos de las personas en situación de dependencia, sin más limitaciones en su ejercicio que las directamente derivadas de la falta de capacidad de obrar que determina su situación de dependencia (art. 4.3). Con la LAAD se produce la transición de un modelo de asistencia social a otro modelo de carácter universal, en cuyo marco la protección social se garantiza a todas las personas en situación de dependencia, sin condicionamiento a la inexistencia de recursos económicos. El derecho subjetivo de ciudadanía a la protección se materializa a través de la creación legislativa del «Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia» (SAAD), con la implicación de las distintas Administraciones Pública y la garantía por parte de la Administración General del Estado de un contenido mínimo común necesario de derechos para todas las personas en situación de dependencia con independencia del lugar de residencia en Estado español.

La titularidad del derecho subjetivo a la protección por dependencia es universal, lo que no obsta que se encuentre condicionado a que se acredite la situación de dependencia, pues ésta constituye el presupuesto lógico-normativo para que se

realice la cobertura que dispensa el derecho a la protección ante la actualización de dichas situaciones. De ahí que en la organización jurídica de la protección sea preciso distinguir dos fases entrelazadas: el reconocimiento de la situación de dependencia (art. 28.2 LAAD; Cap. IV de la LAAD) y el reconocimiento en sí del derecho a la protección de la persona dependiente. Hay que tener en cuenta que el reconocimiento de la situación de dependencia no supone el acceso inmediato al derecho, como sería lo lógico atendiendo a la existencia de ese derecho subjetivo a la protección garantizado en el art. 1.1 LAAD. Ello está motivado por el hecho de que la Comunidad Autónoma de residencia habitual de la persona dependiente realizará el reconocimiento en atención al régimen de cobertura legalmente existente. En tal sentido es relevante el orden de preferencia preordenado en la LAAD. En el año 2007 sólo serán beneficiarios del Sistema de Dependencia las personas que se encuentren en una situación de «gran dependencia» —Grado III, niveles 2 y 1—. En esa aplicación gradual, en los años siguientes se atenderá progresivamente a los demás casos (DF.1.ª LAAD, «Aplicación progresiva de la Ley»). En dicha Disp. Final se establece que «la efectividad del derecho a las prestaciones de dependencia incluidas en la presente Ley se ejercitará progresivamente, de modo gradual y se realizará de acuerdo con» el calendario que establece legalmente en la misma. Se arguye que es el alto coste y la gran complejidad de este Sistema de protección social el que ha determinado la vigencia gradual o escalonada. Es así que las personas a las que se les reconoció la situación de dependencia no vieron satisfecho su derecho hasta la fecha de inicio de su año de implantación correspondiente. En todo caso, se atribuye a la competencia autonómica establecer en atención a la graduación legal los derechos de prestaciones como centro residencial, teleasistencia, ayuda a domicilio y centros de día o de estancia temporal. Por otra parte, interesa recordar que el mismo grado o nivel de dependencia como las prestaciones correspondientes puede ser objeto de modificación o revisión⁷⁰.

Con todo, el art. 1.1 LAAD garantiza un derecho subjetivo de ciudadanía a la protección por dependencia. Es un derecho de ciudadanía social, y como todos los de esta clase supone un status jurídico que se concede a los miembros

⁷⁰ VV. AA.: *La protección jurídica de las situaciones de dependencia. Estudio sistemático de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de protección de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M.ª N., MALDONADO MOLINA, J. A. y GONZÁLEZ DE PATTO, R. M.ª, Granada, Ed. Comares, 2007, págs. 225-226; RODRÍGUEZ CABRERO, G.: *Protección social de la dependencia en España*, Documento de Trabajo 44/2004, Madrid, Fundación Alternativas, 2004; ROQUETA BUJ, R. (Coord.): *La situación de dependencia (Régimen jurídico aplicable tras el desarrollo reglamentario, de la Ley de Dependencia)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009; MONTSERRAT CODORNIU, J. y RODRÍGUEZ CABRERO, G.: «Un avance de valoración del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD)», en *Cuadernos de Información Económica*, núm. 222 (2011), págs. 115 a 120.

de pleno derecho de una sociedad, de manera que sus beneficiarios son iguales respecto a los derechos y obligaciones que implica. Se confiere un estatus legal de la persona integrado por el derecho subjetivo a la protección. Se trata, como todos los derechos sociales, de un *derecho de desmercantilización* de los modos de satisfacción de ciertas necesidades. El concepto de desmercantilización es la base de la ciudadanía social⁷¹. El concepto de ciudadanía social se concibe en sentido jurídico y político como un conjunto de pretensiones y expectativas que cada ciudadano en cuanto tal (con proyección universalista) expresa frente al Estado (o, más ampliamente, al poder público) para obtener la garantía de seguridad necesarias, en la vida y en el trabajo; y todo ello a fin de dar contenido de dignidad a la existencia individual. En esta perspectiva, los derechos sociales son derechos básicos de la persona y en cuanto tales quedan equiparados a los tradicionales derechos civiles y políticos. Tales derechos comprenden un conjunto de posiciones activas de ventaja y de medidas de política pública que neutraliza las desigualdades generadas por el mercado, que es una instancia provisora del bienestar insuficiente para la satisfacción generalizada de las necesidades humanas fundamentales. El derecho subjetivo a la protección por dependencia se inserta en la ciudadanía social. Esta ciudadanía social adquiere una configuración dual: desde el punto de vista «formal», la ciudadanía hace referencia a la condición de miembro de una determinada comunidad política (*ciudadanía como pertenencia*); desde el punto de vista «sustancial», la ciudadanía remite a la atribución al ciudadano de un conjunto de derechos reconocidos por el Estado (*«ciudadanía como dotación»*). La ciudadanía social está vinculada al principio de igualdad sustancial representando un límite al mercado en aras de la realización de la justicia social⁷².

No es baladí hacer notar que en la fórmula recogida en el art. 41 CE parece tener acogida una concepción desarrollista o institucional del bienestar que ha de procurar el sistema de Seguridad Social, abarcando un compromiso institucionalizado de protección encaminado a la efectiva (plena) satisfacción de las necesidades objeto de cobertura pública y a la autorrealización del individuo. Efectivamente, conforme a dicho precepto constitucional «los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para *todos* los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad...». El precepto constitucional exige la garantía de prestaciones adecuadas que en cuanto

⁷¹ MONEREO PÉREZ, J. L.: «La política social en el Estado del Bienestar: los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de «desmercantilización»», en *Revista de Trabajo*, núm. 19 (1995), págs. 7 a 46; *Íd.*: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social, 1996, cap. II, págs. 45 y sigs., y cap. III, págs. 159 y sigs.

⁷² MONEREO PÉREZ, J. L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, CES, 1996, págs. 159-160.

tales vayan más allá del mero sostenimiento de una renta de subsistencia. No se olvide que esta norma se inserta dentro del grupo de normas constitucionales que aseguran un status jurídico material del ciudadano en el más amplio sentido. El derecho a la Seguridad Social en cuanto derecho de ciudadanía social, comporta, como todos los derechos de este género, una cierta desmercantilización de la posición de los individuos respecto al mercado, en el sentido de que su bienestar no dependa enteramente o de forma principal del mercado. En efecto, la desmercantilización se produce —al menos en términos relativos— cuando el poder público presta un servicio para la satisfacción de necesidades sociales como una cuestión de derecho y cuando una persona tiene garantizada su supervivencia sin depender del mercado. El derecho a la prestación estatal es un tipo de pretensión atribuido al individuo para garantizarle un bien concreto bajo la forma de recursos y oportunidades de actuación. Desde esta perspectiva el requisito de suficiencia de la prestación pública debe conducir a que la Seguridad Social conceda prestaciones económicas que produzcan una desmercantilización importante, en el sentido de que permitan efectivamente liberar sustancialmente a los individuos de su dependencia del mercado ⁷³.

El derecho subjetivo de ciudadanía [ex art. 1.1 LAAD] implica así el reconocimiento del derecho del ciudadano dependiente a un nivel mínimo de vida digna, esto es, de vida civilizada. No existen razones impositivas para no configurar los derechos sociales como verdaderos derechos subjetivos, lo que ocurre es que se insertan en una revisión de la categoría técnica de derecho subjetivo.

Sin embargo, ese reconocimiento como derecho formal no ha impedido su parcial neutralización a través de una política de recortes en las prestaciones públicas y un desplazamiento significativo del coste a las personas dependientes y a sus familias.

⁷³ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, cit., págs. 164-165.

IV. EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MAYORES

IV.1. Los derechos de las personas mayores garantizados como derechos fundamentales

A partir de la segunda postguerra mundial se ha producido, al menos en el plano jurídico-formal, una tendencia hacia la universalidad de los derechos fundamentales (incluidos los de las personas mayores). Esa universalidad exige en coherencia una garantía jurídico-institucional a nivel internacional y no sólo en el ámbito nacional. En particular la naturaleza de los derechos sociales en la tradición del constitucionalismo social es la propia de verdaderos derechos subjetivos fundamentales (o bien de prestación pública, o bien de garantía pública como derechos sociales de libertad). Se puede decir, que:

En una perspectiva general y de conjunto, este *«modelo» de juridificación de los derechos fundamentales —y muy en particular de los derechos sociales—* parece todavía insuficiente, ya que es necesario otorgar a los instrumentos jurídicos de reconocimiento de los derechos de la condición de efectivo instrumento de valor fundamental o constitucional, a saber: los instrumentos de garantía (internacionales y nacionales) deberían ser, al mismo tiempo, internamente, una precisa *norma fundamental de garantía («constitución-garantía»)* de derechos y libertades y una *norma directiva fundamental («constitución-directiva»)* de la pertinente actuación de los poderes públicos para hacerlos valer. El modelo vigente a escala internacional es el propio de un garantismo débil y en el caso de la Unión Europea es el propio de un «constitucionalismo débil» o «debilitado». Muchos de los derechos sólo gozan de garantías débiles en el Derecho internacional y en particular en el Derecho de la UE, porque sólo se proclaman (y en sí mismo es importante y una garantía débil, pero una garantía) y luego quedan a merced (por no decir a la libre disposición) de las instituciones políticas de la UE, que, además, encuentran limitadas sus competencias, o bien en razón de la exigencia de unanimidad o de mayorías reforzadas, o bien porque su regulación se excluye de la legislación comunitaria sustantiva e incluso de la de coordinación a través del MAC (normalmente en el

MAC se puede «coordinar» las políticas de Seguridad Social, pensiones, asistencia sanitaria y desempleo, y mayorespero sin operatividad real para establecer una regulación europea sustantiva sobre estas materias de carácter social). En realidad, la mayor parte de las materias quedan atribuidas en virtud del mismo principio de subsidiariedad a la competencia de los Estados miembros. Hoy por hoy, en la UE «lo social» se subordina predominantemente a «lo económico».

Los derechos fundamentales de las personas mayores encuentran un sistema de garantías jurídicas generales (políticas, socio-económicas y culturales) y específicas (normativas e institucionales y jurisdiccionales). En este marco a nivel internacional y europeo, es necesario partir de las siguientes precisiones:

- a) Concurren dos tipos de garantías atendiendo a la intensidad (o calidad) protectora que confieren: «garantías fuertes» (normas primarias y secundarias, junto con normas de decisión de las que emanan obligaciones jurídico-políticas de actuación de los Poderes Públicos) y «garantías débiles» (que carecen de esas garantías fuertes o se encuentran incompletas o imperfectas, bien por el lado de las garantías estrictamente jurídicas, o bien por el lado de las garantías jurídico-políticas, esto es, de impulso político para garantizar la efectividad real de los derechos fundamentales consagrados en los textos de reconocimiento).
- b) Coexisten, por otra parte, instrumentos indiferenciados y diferenciados de reconocimiento de los derechos. Diferenciados, porque se refieren explícitamente a las personas mayores como colectivo social con derechos específicos (derecho social a la jubilación, derechos al bienestar de las personas durante la «tercera edad», derecho de las personas en situación de dependencia, esto es, en la llamada «cuarta edad», derecho al envejecimiento en condiciones de dignidad humana, etc.); indiferenciados o con fórmulas indiferenciadas de reconocimiento, porque se engloban en derechos *erga omnes*, esto es, de todas las personas o de toda la ciudadanía (vg. Cuando se garantice el derecho de todos a la Seguridad Social, a la Asistencia Sanitaria, a los Servicios Sociales, etc.).
- c) La vigilancia y el control de cumplimiento de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos está encomendada a órganos diversos (v.gr., el Comité de Derechos Humanos, respecto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, respecto al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad respecto de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad..., etcétera; el TEHDH respecto a la Convención Europea de los Derechos del Hombre, «Comité Europeo de Derechos Sociales» —Desde 1998, el Comité de Expertos Independientes se llama «Comité

Europeo de Derechos Sociales»— respecto a la Carta Social Europea, el TJUE respecto de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, etcétera).

Instrumentos internacionales general y europeo situados en esa dirección propia del «garantismo integral» de los derechos fundamentales de las Personas Mayores:

A) Los Textos de Derecho Internacional General

- Los dos Pactos internacionales de derechos humanos de las Naciones Unidas de 19 de diciembre de 1966: El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Tienen rango de Tratados Internacionales suscritos en el marco de las Naciones Unidas. En el primero se obliga a los Estados Partes a reconocer «el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social» (art. 9) y se establece que «Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento...» (art. 11).
- Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de las Naciones Unidas, acordada en 2007 y firmada por un amplísimo conjunto de Estados miembros y de la Unión Europea. Esta Convención es vinculante en la UE y forma parte del ordenamiento jurídico de la Unión. La Convención exige a los Estados Partes que protejan y salvaguarden todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad. «El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás» (art. 1.º)¹.

¹ Puede consultarse, PALACIOS, A.: *El modelo social de la discapacidad. Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Ediciones Cinca, 2008.

—Convenio OIT núm. 102, sobre Norma Mínima de la Seguridad Social (aprobado en 1952). Dedicada toda su Parte V a la garantía de las «Prestaciones de Vejez», artículos 25-30. Por su parte, la Parte II se destina a la «Asistencia Sanitaria», artículos 7-12. La pensión de jubilación es una de las nueve contingencias que la OIT reconoce como básicas en los convenios de Seguridad Social. En la reforma de las pensiones quedan implicadas perspectivas diversas: aspectos demográficos (envejecimiento demográfico, transiciones demográficas), aspectos sociales, económico-financieros.

B) Los Textos de Derecho Europeo y sus garantías. En particular: El Modelo normativo de garantía diseñado en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

En el espacio geopolítico europeo se dispone de un amplio repertorio de textos de garantía de los derechos fundamentales, con referencias a clásicos y nuevos derechos de las personas mayores. Entre ellos debe retenerse aquí:

- La Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 del Consejo de Europa de 1950. Rango de Tratado y garantía jurisdiccional a través del TEDH. Garantiza derechos subjetivos directamente alegables ante los tribunales y el TEDH.
- La Carta Social Europea del Consejo de Europa revisada de 3 de mayo de 1996 (originariamente de 18 de octubre de 1961). Rango de Tratado, pero el organismo competente no es jurisdiccional. No existe una competencia directa del TEDH. Garantiza derechos subjetivos directamente alegables ante los tribunales.
- La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2007 (versión posterior de 2010, de idéntico contenido). Rango de Tratado, aunque de eficacia limitada, pero que cuando se aplica el Derecho de la Unión, directa o indirectamente, es competente el TJUE. En principio no garantiza derechos subjetivos directamente alegables ante los tribunales, pues se dirige ante todo a las instituciones de la Unión.
- La Carta de los Derechos Sociales Fundamentales de los trabajadores de 1989. Declaración político-jurídica del Consejo Europeo (de la Unión Europea) sin rango de Tratado o de norma jurídica europea.

Aparte están los instrumentos jurídico-políticos de «Derecho blando» y su instrumentación y materialización a través del Método Abierto de Coordinación Europea (MAC):

- Comunicación de la Comisión Europea, «Hacia una Europa para todas las edades-Fomentar la prosperidad y la solidaridad entre las generaciones»

(COM 1999, 221 final); Comunicación de la Comisión Europea, «Apoyo a las estrategias nacionales para garantizar pensiones viables y seguras mediante un planteamiento integrado» (COM (2001) 362 final); Comunicación de la Comisión Europea, «El futuro de la asistencia sanitaria y de la atención a las personas mayores: garantizar la accesibilidad, la calidad y la sostenibilidad financiera» (COM(2001) 723 final); .Comunicación de la Comisión de 3 de marzo (COM/2004/0146 final), sobre «Aumentar el empleo de los trabajadores de más edad y retrasar su salida del mercado de trabajo». Que entendiendo explícitamente que la atención a estos problemas exige el diseño de «*estrategias globales de envejecimiento activo*» que integren los factores claves para mantener el empleo de los trabajadores de más edad»; Comunicación de la Comisión Europea «El futuro demográfico de Europa: transformar un reto en una oportunidad», COM(2006) 571 final, de 12 de octubre; Comunicación de la Comisión Europea, «Libro Verde «Frente a los cambios demográficos, una nueva solidaridad entre generaciones», COM (2005) 94 final, Bruselas, 16 de marzo de 2005; Comunicación de la Comisión «La respuesta de Europa al envejecimiento a escala mundial. Promover el progreso económico y social en un mundo en proceso de envejecimiento. Contribución de la Comisión Europea a la segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, COM(2002) 143 final, Bruselas, 18 de marzo de 2002; Comunicación de la Comisión Europea, «Abordar los efectos del envejecimiento de la población de la UE (*Informe de 2009 sobre el envejecimiento demográfico*) (COM(2009) 180 final), Bruselas, 29.4.2009; Comunicación de la Comisión Europea, «Libro Verde de 7 de julio de 2010, «En pos de unos sistemas de jubilación adecuada, sostenibles y seguros»; Comunicación de la Comisión Europea: «Libro Blanco— Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles» [COM(2012) 55 final]; Comunicación de la Comisión Europea: «Libro Verde —Reestructuración y previsión del cambio: ¿qué lecciones sacar de la experiencia reciente?» [COM(2012) 7 final], Bruselas 17.1. 2012; Comunicación de la Comisión Europea, sobre «El impacto del envejecimiento de la población» (29/4/2009); Comunicación de la Comisión Europa, relativa a la «Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2029: un compromiso renovado para una Europa sin barreras» [COM(2010) 636 final], Bruselas, 15.11.2010, entre otros muchos documentos. Y en relación a dichos instrumentos: Dictamen del Comité Económico y Social sobre «La implicación y participación de las personas mayores en la sociedad» (Dictamen de Iniciativa) (2013/C 11/04), aprobado los días 14 y 15 de noviembre de 2012; Dictamen del Comité Económico y Social sobre el «Libro Blanco— Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles» [2012/C 199/21], aprobado los días 11 y 12 de julio de 2012; Dictamen del Comité

Económico y Social Europeo sobre el «Libro Verde —Reestructuración y previsión del cambio: ¿qué lecciones sacar de la experiencia reciente?» [COM(2012) 7 final; 2012/C 299/11], aprobado los días 11 y 12 de julio de 2012.

En el marco de la Unión Europea adquiere una singular centralidad la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión. Hemos podido comprobar que la Carta UE reconoce los «Derechos de las personas mayores» (art. 25), aparte de garantizar sus derechos de Seguridad Social y servicios sociales (art. 34), de pensión, dependencia (art. 34) y de protección de la salud (art. 35). Pero, ¿cuáles son sus instrumentos de garantía. De ello se ocupa el Título VII («Disposiciones generales que rigen la interpretación y la aplicación de la Carta).

El art. 52 CDFUE se inserta dentro de ese Título VII de la Carta, relativo significativamente a las «Disposiciones *generales* que *rigen* la interpretación y la aplicación de la Carta». En coherencia, se trata —como ocurre con todos los artículos de dicho Título VII— de una ordenación de carácter horizontal o transversal. La cuestión que se afronta es evidentemente fundamental respecto al propio catálogo de derechos fundamentales de la Unión que constituye la Carta. La Carta es un instrumento relativamente innovador, en el sentido de que reúne en un *texto único*, el conjunto de los derechos fundamentales garantizados en la Unión, pero que derivan de las tradiciones constitucionales y de los convenios internacionales comunes a los Estados miembros, del CEDH, de las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia consolidada del TJUE y del TEDH².

Lo primero que establece el art. 52.1 CDFUE son las condiciones de aplicación de cualquier límite impuesto por el Derecho de la Unión o por los Derechos internos al ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Carta. Se trata, pues, de una cláusula transversal u horizontal de limitación *general* del ejercicio de los derechos fundamentales garantizados por la Carta. En este sentido se establecen varias condiciones básicas:

- Deberá ser establecida por Ley, entendiendo por tal un concepto amplio, es decir, una ley en sentido material y no exclusivamente formal;
- Deberá respetar el contenido esencial de los derechos y libertades, que como se sabe es un concepto jurídico indeterminado necesitado en caso de

² Véase MONEREO PÉREZ, J. L.: «Artículo 52. Alcance e interpretación de los derechos y principios de la Carta», en VV. AA. *La Europa de los Derechos. Estudios sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J. L. (Directores), Granada, Ed. Comares, 2012, págs. 1342 y sigs.

- conflicto de una determinación o concreción «ad hoc» por el juez o tribunal que entienda del asunto;
- Sometimiento al principio de justificado motivo en la predisposición de límites a los derechos fundamentales (sólo podrá introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás en el marco de un sistema democrático);
 - Debe guardarse el principio de proporcionalidad en la introducción de limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales.

Como se puede apreciar fácilmente, la Carta se ha inclinado por la previsión de una cláusula limitativa general frente a la técnica limitativa utilizada por el CEDH consistente en establecer un conjunto de límites específicos de los derechos garantizados.

Los restantes apartados del art. 52 CDFUE se ocupan más propiamente de la rúbrica, es decir, se centran en la determinación del alcance e interpretación de los «derechos» y «principios» reconocidos en el sistema de la Carta en conexión con el sistema de los Tratados y con los instrumentos europeos y constitucionales que garantizan los derechos fundamentales en el espacio de la Unión. En este sentido, el alcance y la interpretación de los derechos fundamentales de la Carta viene establecido por referencia permanente al estándar de derechos fundamentales consagrados tanto a nivel europeo como en el ámbito de las tradiciones constitucionales de los países miembros. Se trata de derechos que encuentra su fundamento tanto en el sistema del Tratado como en la CEDH. El criterio-guía es el de efectuar un alcance e interpretación homogénea en términos de compatibilidad y armonía entre los distintos instrumentos de garantía de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión. Entendiendo por garantía de los derechos fundamentales, tanto las garantías primarias (vinculadas al contenido de los derechos, esto es, con las expectativas positivas o negativas que el Estado o poder público ha de satisfacer) como las garantías secundarias (la sancionabilidad los actos o conductas desviantes, por ilícitas o inválidas). Estas garantías jurídicas constituyen técnicas necesarias para la efectividad de los valores fundamentales de todo ordenamiento jurídico democrático. Debe retenerse en este contexto que los textos constitucionales de la segunda postguerra mundial, en términos de conjunto, trataron de alterar la estructura de los sistemas jurídicos preexistentes, impidiendo la producción de normas inválidas por vulneración de los derechos fundamentales e imponen la producción de normas de garantía de tales derechos (y no sólo los de contenido social), como limitaciones jurídicos a los poderes públicos y privados (capaces también de amenazar la libertad, la igualdad y la autonomía individual) .

El apartado 2 del art. 52 CDFUE es especialmente restrictivo respecto del alcance de los derechos garantizados en la Carta, pues establece que los derechos

por ella reconocidos «que constituyen disposiciones de los Tratados se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos». Es manifiesto que en el sistema del Tratado se aprecia un acervo importante de garantías de derechos fundamentales, aunque con distintas estructuras y niveles de protección jurídica. El precepto quiere mantener una línea de integración y homogeneidad entre el sistema de los Tratados y los derechos garantizados en la Carta, pero deja claro, una vez más, que la Carta no podrá ir más allá ni ser interpretada en un sentido expansivo («se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados» por los Tratados, son los términos utilizados por la norma). La Carta pertenece al Derecho de la Unión y tiene que ser objeto de una lectura integradora y sistemática con todas las piezas del sistema normativo de la Unión, tanto en el Derecho originario o primario como en el Derecho derivado; y asimismo con la jurisprudencia sobre derechos fundamentales del TJUE. Así, la Carta no tiene virtualidad para modificar el sistema de los Tratados y, en consonancia, los derechos garantizados en la Carta reconocidos en los Tratados no pueden tener una interpretación distinta entre los diversos instrumentos jurídicos del Derecho de la Unión. Su interpretación tiene que ser conjunta y coherente. Pero hay que reparar en el dato normativo de que no son pocos los derechos fundamentales que no encuentran una consagración adecuado en el sistema de los Tratados y que sí están proclamados en la Carta. Por lo demás, no se olviden los límites regulativos que impone el régimen de reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros (véase art. 51 CDFUE). Por ello mismo la Carta debería haber dado un paso hacia adelante ampliando el ámbito de competencias de la Unión en materia de derechos fundamentales (piénsese paradigmáticamente en la exclusión actual del ámbito de competencias de la Unión de materias tan importantes como el derecho de asociación, derecho de libertad sindical, derecho de huelga, y la retribución —salvo restrictivamente en lo concerniente a la tutela del principio de igualdad entre hombres y mujeres que trabajan). En todo caso, una vez que la Carta ha sido elevada al mismo rango normativo que los Tratados («tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados», dice el art. 6.1 TUE), debe entenderse, en una lectura lógico-jurídica y sistemática, que todo el Derecho de la Unión debe respetar necesariamente el contenido esencial de los derechos y respetar el principio de proporcionalidad en la posible introducción de limitaciones tan sólo cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás (art. 52.1 CDFUE). Sería un despropósito jurídico y una incoherencia lógica interpretar aisladamente el apartado 2 respecto a los demás apartados del art. 52 CDFUE.

Todo ello lo confirma la Explicación Oficial del «Praesidium» de la Convención, cuando observa que «el apartado 2 se refiere a derechos que ya habían sido explícitamente consagrados por el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, que han sido reconocidos por la Carta y que se encuentran ahora en los Tratados

(en particular, los derechos derivados de la ciudadanía de la Unión). Este apartado aclara que esos derechos siguen sometidos a las condiciones y límites aplicables al Derecho de la Unión en el que se basen, tal como se establecen en los Tratados. La Carta no modifica el régimen de los derechos conferidos por el Tratado CE, recogidos en los Tratados».

Conviene anotar que la Carta presenta un déficit relevante pues no se ocupa de delimitar (como sí lo hace paradigmáticamente la Carta Social Europea de Turín de 1961, revisada en 1996, dotando a los derechos de un contenido esencial y de obligaciones de respeto y promoción impuestas a los poderes públicos) un «contenido esencial» (tan sólo podría tenerse «por referencia» a la Convención Europea y a las tradiciones y prácticas de los Estados miembros en materia de derechos fundamentales; referencia a las «prácticas» que en la que subyace la idea de que la realidad del Derecho no se agota en las normas, pues comprende la práctica y la experiencia jurídica). Esta falta de delimitación del contenido esencial *en la propia Carta*, debilita su carácter *conformador* de los derechos fundamentales que instituye.

Corresponde al legislador, y en general a todos los poderes públicos, ante todo garantizar y promover las condiciones necesarias para el ejercicio efectivos de los derechos fundamentales, protegiendo efectivamente toda la estructura y contenido del derecho. En todo caso, al menos y aunque sin las garantías suficientes, el art. 52.1 establece una obligación genérica de «respetar el contenido esencial» de los derechos por cualquier limitación de su ejercicio que pueda ser establecida por Ley, consagrando la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales proclamados en la Carta. El TJUE había declarado que «pueden establecerse restricciones al ejercicio de estos derechos, en particular en el ámbito de una organización común de mercado, siempre que dichas restricciones respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguibles por la Comunidad y no constituyan, teniendo en cuenta el objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la esencia misma de dichos derechos» (STJUE de 13 de abril de 2000, C 292/97, punto 45). No obstante, en el sistema de la Carta no se establecen en concreto los límites posibles al ejercicio del derecho fundamental, al contrario de la técnica de especificación acogida por el CEDH, artículos 8 a 11. El «contenido esencial» de los derechos fundamente constituye en sí mismo una garantía sustancial de los derechos fundamentales, a modo de una zona resistente e infranqueable (siempre difusa, ya en sí partiendo del dato jurídico de que el «contenido esencial» es típicamente un *concepto jurídicamente indeterminado* de difícil precisión) del derecho impuesta a las normas europeas y a las legislaciones de los países miembros. En caso de conflicto, corresponderá a la jurisdicción constitucional y al TJUE la tarea de precisar dicho «contenido esencial». La mejor doctrina ha tratado de atenuar el rigorismo de la contraposición de las teorías absoluta (lo importante es el mínimo intangible de la libertad

jurídica fundamental) y relativa (indagación de existencia de otros bienes y valores constitucionales que justifican limitar derechos fundamentales) en el sentido de pragmática integración de los elementos teóricos operantes, bajo el prisma de la ponderación de bienes y componentes absolutos no relativizables. De manera que el «contenido esencial» no es tanto algo limitable y limitado en términos de «parte del derecho», cuanto algo a confirmar por el legislador³.

La garantía del contenido esencial refuerza la protección de los derechos fundamentales frente a posibles actuaciones lesivas de los poderes públicos. Los derechos fundamentales deben ser garantizados por los poderes públicos. Y respetando ese contenido esencial sólo podrán introducirse limitaciones al «ejercicio de los derechos y libertades» reconocidos en la Carta, dentro del principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás (art. 52.1 CDFUE). El principio de proporcionalidad exige que haya una ponderación de los fines y bienes jurídicos tutelados, pero de tal manera que la identidad de fines y valores del derecho fundamental de que se trate —y que lo hacen reconocible como tal— no se encuentre afectada en sí por ninguna restricción o limitación jurídica.

Sin embargo, como se ha dicho, la Carta no contiene un señalamiento de límites en el ejercicio de los derechos fundamentales. Esas limitaciones actúan por reenvío a las posibles limitaciones legales respetuosas del contenido esencial y ante todo a la regla hermenéutica de «interpretación conforme» (en sentido y alcance) al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (art. 52.3) y a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros (donde esa interpretación coherente debe ser «en armonía con las citadas tradiciones»). Sin embargo, la seguridad jurídica y la mayor efectividad de la tutela dispensada a los derechos deberían haberse traducido en la indicación expresa de los límites y posibles excepciones y suspensiones (y sus condiciones extraordinarias de imposición) de los derechos fundamentales garantizados en la Carta de la Unión. Esas limitaciones podrían deducirse del reenvío al Convenio Europeo para la protección de los derechos fundamentales y libertades fundamentales (CEDH), el cual actúa, por el momento, como canon de interpretación en los supuestos de identidad de derechos, a la espera de una adhesión de la Unión a dicho instrumentos internacional. En su consideración como instrumento de protección de los derechos fundamentales el CEDH está llamado a operar como un estándar mínimo común europeo en materia de garantía

³ HÄBERLE, P.: *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, trad. Jürgen Saligmann y César Landa, edición al cuidado de J. L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2003, págs. 95 y sigs.

de tales derechos. Por el momento, en tanto no se produzca dicha adhesión de la Unión la garantía plena de los derechos fundamentales no es sólo un proceso complejo, sino también inacabado e incompleto.

Por otra parte, el art. 52.1 CDFUE no sólo impone el respeto al contenido esencial sino que también exige el respeto al principio de proporcionalidad en la imposición de limitaciones, y, en relación a ello, la concurrencia de una *motivación relevante* por su vinculación a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás. Los objetivos generales vienen enunciados en los artículos 2 y 3 del TUE y se especifican en otros preceptos del mismo TUE (artículos 5, 26 y 41) y del TFUE (artículos 45.3, 36, 39 y 346, entre otros). El TJUE ha considerado legítimas las limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales, siempre que sea atengan al principio de proporcionalidad y no se trate de una restricción desmesurada e intolerable que afecte a la esencia del derechos de que se trate (SSTJUE de 13 de abril de 2000, «Karlsson», C 292/97; 22 de octubre de 2002, «Roquette et frères», C 94/00).

Por otra parte se imponer una perspectiva necesariamente integradora de la Carta y la Convención Europea de los Derechos Humanos como típicos ambos instrumentos de garantía. El art. 52.3 CDFUE establece un principio de correspondencia entre los derechos garantizados en la Carta y los proclamados en la CEDH, al establecer que «en la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa». En este criterio de homogeneidad respecto al sentido y alcance de los derechos fundamentales consagrados adquiere una particular relevancia las Explicaciones oficiales del «Praesidium» de la Convención, que son particularmente —y por ello resulta especialmente significativo— detalladas al respecto, máxime teniendo en cuenta el valor interpretativo que se le otorga expresamente en el apartado 7 del propio al art. 52 CDFUE.

En efecto, en dichas «Explicaciones» oficiales se indica, entre otras precisiones a las que luego se hará referencia, que «El apartado 3 *pretende garantizar la coherencia necesaria entre la Carta y el CEDH* sentando la norma de que, en la medida en que los derechos de la presente Carta corresponden también a derechos garantizados por el CEDH, su sentido y alcance, incluidas las limitaciones que se admiten, son los mismos que prevé el CEDH. De ello resulta, en particular, que el legislador, al fijar limitaciones a estos derechos, deba respetar las mismas normas establecidas por el régimen preciso de limitaciones contemplado en el CEDH, que se aplican por consiguiente a los derechos contemplados por este apartado, sin que ello afecte a la autonomía del Derecho de la Unión y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La referencia al CEDH se refiere tanto al Convenio como a sus Protocolos. El sentido y el alcance de los derechos garantizados se determinan no sólo por el texto de estos instrumentos, sino también por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El objetivo de la última frase del apartado es permitir a la Unión garantizar una protección más amplia. En cualquier caso, el nivel de protección ofrecido por la Carta no puede nunca ser inferior al garantizado por el CEDH.

La Carta se entiende sin perjuicio de la posibilidad de que, al amparo del artículo 15 del CEDH, los Estados miembros establezcan excepciones a los derechos contemplados en el CEDH en caso de guerra o de otros peligros públicos que constituyan una amenaza para la nación, al llevar a cabo acciones en el ámbito de la defensa nacional en caso de guerra o de mantenimiento del orden público, con arreglo a sus responsabilidades reconocidas por el apartado 1 del artículo 4 del Tratado de la Unión Europea y los artículos 72 y 347 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea».

Se trata, pues, de «garantizar la coherencia necesaria» (son los términos utilizados en las «Explicaciones» del Praesidium) entre la Carta y el CEDH en cuanto instrumentos de Derecho europeo de valor fundamental y los pilares básicos del sistema jurídico y político-democrático en que se asienta la Unión y los Estados miembros. De este modo se quiere otorgar una interpretación de sentido y alcance homogéneo y coherente entre estos dos grandes instrumentos europeos fundamentales acorde no sólo con la literalidad de sus textos sino con su interpretación uniforme a ellos otorgada por los dos órdenes jurisdiccionales que velan por ellos: el TEDH y el TJUE. Lo que confiere un sentido y alcance *evolutivo y dinámico* de los mismos al máximo nivel en su aplicación e interpretación por dichas instancias jurisdiccionales.

Este enfoque integrador es positivo y es plenamente coherente con el principio de indivisibilidad y comunicabilidad de todos los derechos fundamentales dentro del estado de civilización alcanzado por la comunidad internacional y europea en particular. Por lo demás, el mandato de equiparación entre los derechos garantizados en ambos instrumentos normativos europeos impide el tratamiento *in peius*, pero no el posible tratamiento *in melius* por parte del Derecho de la Unión. En efecto, conforme al último párrafo del apartado 3 del art. 52 CDFUE «esta disposición (norma de interpretación) no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa». Esta matización deja, por lo demás, claro que el CEDH opera también como un *estándar mínimo de garantía* de los derechos fundamentales respecto del Derecho de la Unión y, por supuesto, también respecto de los ordenamientos jurídicos internos (reténgase el sentido unificador que también se consagra ex art. 52.4 CDFUE).

El TEDH parte en principio de una «presunción de compatibilidad» del comportamiento de un Estado miembro de la Unión con el CEDH cuando di-

cho Estado se limita a aplicar el Derecho de la Unión [Véase la Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de mayo de 2010, sobre los aspectos institucionales de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas (2009/2241(INI) (2001/C 161 E/12)].

No es baladí recordar que el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos fue aprobado en su versión originaria el 4 de noviembre de 1950, como expresión del proceso de internacionalización y universalización de los derechos humanos en la Segunda postguerra mundial (lo que implica, en cierta medida, una «desnacionalización» de tales derechos). Una primera virtualidad del Convenio Europeo fue la de garantizar jurídica y jurisdiccionalmente (a través del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) muchos de los principios enumerados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Este instrumento representa en sí una seña de identidad no sólo del Consejo de Europa, sino en general de toda la Europa democrática. El propio Convenio Europeo ha *presentado* una larga evolución y un progresivo «enriquecimiento» cristalizado en catorce Protocolos (de Enmienda y Adicionales). El Catálogo de derechos garantizados es bastante completo, aunque es deficitario respecto a los derechos sociales (estos encuentran su garantía *separada* en el marco del Consejo de Europa a través de la Carta Social Europea, aprobada en el 18 de octubre de 1961, revisada en 1996). El Convenio Europeo aparece como «un patrimonio común de ideal y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y a la preeminencia del derecho» (Preámbulo del Convenio, párrafo 5.º).

Estos derechos se refuerzan a través de un sistema de control basado en una garantía institucionalizada que pretende establecer un estándar mínimo de protección común, es decir, una armonización mínima susceptible de ser mejorada por los Estados signatarios. Tales derechos encuentran su respaldo en virtud de la técnica de control jurisdiccional (El Tribunal Europeo de Derechos Humanos; TEDU). Esa garantía *mínima común* que confiere el Convenio Europeo se expresa nítidamente en su art. 53 del CEDH, relativo a la «Protección de los derechos humanos *reconocidos*», al establecer que «Ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro convenio en el que ésta sea parte». (Un precepto, este, que cumple una función análoga al del mismo art. 53 CDFUE, relativo al «Nivel de Protección», en el cual también se pretende proteger los derechos humanos *ya reconocidos*; aunque el Convenio Europeo apunta también a una perspectiva de futuro, es decir, a los derechos «que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro convenio en que ésta sea parte». Lo que supone que si el nivel de desarrollo y protección jurídica del derecho fundamental es superior en el Derecho

de la Unión, instrumentos internacionales y europeos o textos constitucionales, será ese nivel superior alcanzado el de aplicación preferente a todos los efectos). Anótese que al CEDH tiene su núcleo vertebrador en el reconocimiento «a toda persona dependiente» de la jurisdicción de los Estados signatarios de los derechos y libertades definidos en el Título del Convenio Europeo (art. 1 CEDH). La Carta parte de la necesidad de establecer un estándar mínimo de protección de los derechos fundamentales y de imponer el respeto a las instituciones y organismos de la Unión y a todos los ordenamientos jurídicos nacionales cuando apliquen o tomen decisiones vinculadas al Derecho de la Unión. Pero en el bien entendido de que el contenido de ese estándar mínimo es esencialmente histórico, es decir, *refleja un determinado estadio en la cultura y garantía jurídica* de los derechos fundamentales, y atendiendo a ese carácter histórico (a su historicidad) está llamado a evolucionar. Los derechos fundamentales consagrados en textos como la Carta y la CEDH son un exponente del acervo jurídico de la comunidad europea e internacional en materia de garantía de los derechos humanos. La adhesión de la Unión al CEDH (art. 6. 2 TUE), lo que pretende es completar el sistema de protección de los derechos fundamentales al atribuirle al TEDH competencias para examinar los actos de la Unión. Este control jurisdiccional «externo» ha de propiciar aún más a la Unión a efectuar una garantía efectiva de los derechos fundamentales.

La Unión Europea pretende insertarse y continuar en esa tradición definidora de un estándar mínimo común mejorable en hipótesis tanto por la Unión como por parte de los Estados miembros. Según el art. 6 del TUE «La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados» (apartado 2). El TUE introduce, así, un mandato indeterminado en el tiempo de realización efectiva, pero que deberá ser cumplido en un periodo razonable si no se quiere traicionar la finalidad de la Norma Fundamental. En la adhesión se deben respetar las limitaciones impuestas por el Tratado de Lisboa y los Protocolos anejos al mismo, y especialmente el art. 6.2 TUE y el Protocolo núm. 8 del Tratado de Lisboa. El acuerdo relativo a la adhesión de la Unión al CEDH debe reflejar la necesidad de preservar las características específicas de la Unión y del Derecho de la Unión. Por otra parte, la adhesión de la Unión al CEDH implica que la Unión quedará integrada en su sistema de protección y garantía de los derechos fundamentales y contará, además de con la protección interna de esos derechos por la jurisprudencia del TJUE, con una instancia de protección *externa* de orden internacional. En esa perspectiva la adhesión de la Unión al CEDH es un avance en el proceso de integración europea y supone un paso más hacia la Unión político-democrática. A la inserción de la CDFUE en el Derecho primario de la Unión se sumaría su adhesión al CEDH, expresando así una lógica de coherencia existente entre la Unión y los países pertenecientes al Consejo de Europa y su régimen paneuropeo en materia de derechos humanos. Por otra parte, la armonización legis-

lativa y jurisprudencial en materia de derechos humanos entre los ordenamientos jurídicos de la Unión y del CEDH contribuirá a un desarrollo armonioso de los dos tribunales europeos competentes en derechos humanos, habida cuenta especialmente de la mayor necesidad de diálogo y cooperación, y creará un sistema integral en que ambos tribunales actuarán en sintonía. [Véase Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de mayo de 2010, sobre los aspectos institucionales de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas (2009/2241(INI) (2001/C 161 E/12)].

Téngase en cuenta, además, que no son pocas las disposiciones de la Carta que están tomadas de la Convención Europea. Por otra parte, los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros *formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales* (apartado 3). Y en esa dirección integradora, la propia Carta dispone que «en la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (y a sus Protocolos, como aclaran las Explicaciones del Praesidium), su sentido y alcance serán *iguales* a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa» (art. 52.3 CDFUE). Es una equiparación en calidad de mínimo y, por tanto, mejorable. Todo ello guarda consonancia y coherencia con la jurisprudencia consolidada del TJUE. Por lo demás, la adhesión de la Unión al CEDH va a conllevar una intensificación de las relaciones existentes entre los órdenes jurisdiccionales del TJUE y del TEDH, desde sus respectivos ámbitos de autonomía y del respeto mutuo en lo que se refiere a la dinámica singular de la Unión Europea y la lógica propia de los instrumentos jurídicos reguladores de derechos fundamentales coexistentes en el espacio europeo (CFFUE; CEDH; Sistema de los Tratados). Desde esta perspectiva cabe también subrayar que tras la adhesión el Derecho de la Unión quedará sometido a un control externo del TEDH (que es el guardián del CEDH, como órgano de control, aplicación e interpretación de dicho Convenio; pero que al hacerlo puede invocar la Carta de la Unión Europea, STDH de 30 de junio de 2005, asunto «Bosphorus vs. Irlanda», que invoca precisamente el art. 52.3 CDFUE) en lo que se refiere a los derechos fundamentales comúnmente protegidos y garantizaría la coherencia y armonía de la jurisprudencia de los dos Tribunales de justicia competentes en la garantía de los derechos fundamentales en el espacio europeo. En todo caso, ya es en sí relevante afirmar que conforme con el art. 6.2 TUE la Unión no sólo tiene competencia sino también la obligación jurídica impuesta en el sistema del Tratado de adherirse a la CEDH. De este modo se superan las limitaciones que se recogían al respeto en el Dictamen del TJUE 2/94, de 28 de marzo de 1996, relativo a la «Adhesión de la Comunidad

al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales» (Rec. 1996, págs. I-1759 y sigs.)

Pues bien, la Carta pretende integrarse con el CEDH, de manera que la Unión está obligada a respetar los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el CEDH. El sistema de Carta y de los Tratados está pensado ya para la adhesión a ese instrumento internacional de garantía de los derechos fundamentales. Esa adhesión tendría por efecto inmediato una tutela externa de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea. Esa idea integradora se manifiesta nítidamente en el art. 52.3 CDFUE, según la cual el sentido y alcance de los derechos fundamentales ha de ser necesariamente «igual» al de los dos instrumentos jurídicos europeos. Pero sin impedir que el Derecho de la Unión pueda conceder una protección más amplia o extensa. Con ello, aparte de la búsqueda de una regulación coherente y armoniosa, lo que verdaderamente se pretende es *garantizar un estándar mínimo de protección*, que pueda ser mejorado en el marco del Derecho de la Unión, sobre la base la «comunidad de valores indivisibles y universales» a que alude el Preámbulo de la Carta. Precisamente mediante la internacionalización (universalización) y «europerización» de los derechos fundamentales se tendería a transitar del «*status civitatis*» al «*status personae*», esto es, *evolucionar desde los derechos tradicionales del ciudadano (en el sentido tradicional vinculado a la nacionalidad) a los derechos de la persona como tal* y en una dimensión universalista e indivisible. Es así como cabe entender la «internacionalización» y «europeización» de los derechos fundamentales, esto es, substrayéndolos del condicionante liberal de la «Nacionalidad» (Un camino «intermedio» para alcanzar ese objetivo, por así decir, ha sido vincular la dotación de derechos vinculados a la «residencia»). Se trata de vincular derechos a la persona en sí (estatuto jurídico-protector de la persona) y, al propio tiempo y de manera no substitutiva, de vincular derechos al empleo (estatuto jurídico-protector de empleo). Este doble título de atribución de derechos es tanto más importante cuanto se está produciendo un retroceso (*regresividad*) del estatuto jurídico protector de las personas y de los trabajadores (en general, y los inmigrantes en particular).

Ese criterio de garantizar un estándar mínimo de protección, que otorga prioridad aplicativa al instrumento que establezca un nivel superior de protección, se había consagrado anteriormente en otros instrumentos internacionales tanto de Derecho Internacional general (Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) como de Derecho Internacional regional europeo (Convenio Europeo de Derechos Humanos). Nuestro propio Tribunal Constitucional ha mantenido que «se advierte que la Carta se concibe, en todo caso, como una *garantía mínima*, sobre los cuales puede desarrollarse el contenido de cada derecho y libertad hasta alcanzar la densidad de contenido asegurada en cada caso por el Derecho interno» (Dictamen 1/2004, de 13 de diciembre, sobre la ratificación de la Constitución

Europea). Por lo demás, la Carta nunca puede ser interpretada en el sentido de minorar los derechos —inclusive los no incorporados explícitamente en el sistema de la Carta— reconocidos en los Tratados, en el Derecho Internacional general y regional europeo (señaladamente, el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos), ni tampoco por las constituciones de los Estados miembros (Ello se infiere no sólo del art. 53 CDFUE, sino también del art. 6.3 del TUE, conforme al cual los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros *formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales*).

Por otra parte, hay que tener en cuenta que la adhesión de la Unión al CEDH no cuestionará el *principio de autonomía del Derecho de la Unión*, porque el TJUE continuará siendo el juez intérprete supremo único para todo lo concerniente al Derecho de la Unión y a la validez de los actos, no pudiéndose considerar el TEDH más que como una instancia que ejerce un control externo sobre el respeto de las obligaciones del Derecho internacional de la Unión derivadas de su adhesión al CEDH, de este modo la relación entre los dos tribunales de justicias europeos no tendrá un carácter jerárquico, sin que estará basada ante todo en la *especialización*; la posición del TJUE será análoga a la actual posición de los tribunales supremos de los Estados miembros respecto del TEDH. Por lo demás, el art. 6 TUE y el Protocolo núm. 8 anejo al Tratado de Lisboa, suponen que la adhesión no implica ninguna ampliación de las competencias de la Unión y, en particular, no crea una competencia general de la Unión en materia de derechos humanos y que, conforme al art. 4.2, y al art. 6.3 del TUE, las tradiciones e identidades constitucionales de los Estados miembros deben ser respetadas. En esa dirección de política del Derecho, cabe señalar que el art. 2 del Protocolo núm. 8 anejo al Tratado de Lisboa, comporta que el acuerdo de adhesión de la Unión al CEDH garantizará que la adhesión no afecte a la situación interna particular de los Estados miembros respecto del CEDH y de sus Protocolos en general, así como respecto de posibles excepciones y reservas formuladas por los Estados miembros en particular, y que dichas circunstancias no deben influir en la postura que adopte la Unión en lo que respeta al CEDH. La adhesión al CEDH no hace de la Unión un miembro del Consejo de Europa, pero una cierta participación de la Unión en las instancias del CDEH sí es necesaria para garantizar una buena integración de la Unión en el sistema del CEDH, y que por consiguiente la Unión ha de disponer de determinados derechos en el mismo, en especial: a) el derecho a presentar una lista de tres candidatos para la función del juez, uno de los cuales es elegido por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa por cuenta de la Unión y participa en los trabajos del Tribunal en pie de igualdad con los demás jueces, de conformidad con el art. 27.2 del CEDH; b) el derecho a participar a través de la Comisión Europea, con derecho de voto en nombre de la UE, en las

reuniones del Comité de Ministros cuando este ejerce sus funciones de órgano de control de la ejecución de las resoluciones del TEDH o cuando resuelve sobre la oportunidad de solicitar dictamen al Tribunal, y el derecho a ser representado en el Comité Director para los Derechos Humanos (subórgano del Comité de Ministros); y, en fin, c) el derecho del Parlamento Europeo a nombrar/destinar un cierto número de representantes para la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa cuando esta elija jueces para el TEDH. Uno de los *principales valores añadidos* de la adhesión de la Unión al CEDH estriba en el *recurso individual* contra los de aplicación del Derecho de la Unión por sus instituciones o por los Estados miembros, y que por tanto toda demanda de una persona física o jurídica referida a un acto o a un incumplimiento de una institución u órgano de la Unión debe dirigirse exclusivamente a este; del mismo modo, toda demanda que tenga por objeto una medida de aplicación del Derecho de la Unión por un Estado miembro deberá dirigirse exclusivamente a este último, sin perjuicio de que, cuando pueda existir alguna duda con respecto al reparto de responsabilidades, pueda presentarse una demanda simultáneamente contra la Unión y contra el Estado miembro.

Como se puede apreciar, tras la adhesión de la Unión, el CEDH *constituirá el nivel mínimo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en Europa* y tendrá una relevancia jurídica fundamental, en particular en los casos en que la protección que brinda la Unión sea inferior a la prevista en el CEDH. Ciertamente, el CEDH refuerza la protección de los derechos garantizados por la CDFUE que entran dentro de su ámbito de aplicación y que la Carta también reconoce otros derechos y principios que no se recogen en el CEDH y asimismo que la CDFUE también acoge otros derechos y principios que no se recogen en el CEDH sino en los Protocolos adicionales y en instrumentos relacionados con el CEDH. Por otra parte, la adhesión al CEDH proporcionará un *mecanismo adicional* para la aplicación de los derechos humanos, a saber, la posibilidad de presentar una demanda ante el TEDH en relación con una acción u omisión por parte de una institución de la Unión o de un Estado miembro en el marco de la aplicación del Derecho de la Unión y que se inscriba en el marco de las competencias del CEDH. No obstante, esto no altera el sistema vigente de jurisdicción del TJUE ni del TEDH, y el requisito de haber agotado primero todos los recursos judiciales internos continuará siendo la condición para la admisibilidad de cualquier recurso. Por tanto, la adhesión al CEDH exigirá, al mismo tiempo, una mayor cooperación dinámica institucional y funcional entre los tribunales nacionales, el TJUE y el TEDH en cuanto a la garantía de los derechos fundamentales. Esa cooperación entre los dos máximos tribunales europeos impulsará el desarrollo de un *sistema de jurisprudencia coherente* en el campo de los derechos humanos. Por lo demás, debe destacarse el dato jurídico consistente en que el art. 1 CEDH no sólo garantiza la protección de los ciudadanos de la Unión y de otras personas que se encuentran en el territorio de la Unión, sino también la de *cualquier individuo*

que se acoja a la jurisdicción de la Unión fuera de su territorio. Adicionalmente, el Parlamento Europeo ha entendido que en el momento de la adhesión al CEDH, los Estados miembros deberían comprometerse, tanto entre ellos como en sus relaciones con la Unión, a no recurrir a una demanda entre Estados por incumplimiento en el sentido del art. 33 CEDH cuando el acto u omisión objeto del litigio o controversia corresponda al ámbito de aplicación específico del Derecho de la Unión, porque de no ser así ello sería contrario a lo establecido en el art. 344 TFUE [Véase, respecto a esto último, la Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de mayo de 2010, sobre los aspectos institucionales de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas (2009/2241(INI) (2001/C 161 E/12)].

Elemento a retener es el de que la adhesión de la Unión al CEDH implica el reconocimiento por parte de la Unión de la totalidad del sistema de protección de los derechos fundamentales tal y como ha sido desarrollado y codificado en los numerosos documentos y organismos del Consejo de Europa. En este sentido, la adhesión de la Unión al CEDH representa un primer paso fundamental que *deberá ser completado con la adhesión de la Unión, entre otros instrumentos, a la Carta Social Europea* firmada en Turín el 28 de octubre de 1961 y revisada en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996, en coherencia jurídica con los avances consagrados en la CDFUE y en la legislación social de la Unión Europea (aparte de en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros). [Véase Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de mayo de 2010, sobre los aspectos institucionales de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas (2009/2241(INI) (2001/C 161 E/12)].

Las Explicaciones Oficiales de la Carta contienen una lista de derechos que, *por ahora y sin descartar la evolución del Derecho, de la legislación y de los Tratados*, pueden considerarse correspondientes a derechos del CEDH con arreglo al presente apartado, se reproduce a continuación. No se reproducen aquellos derechos que vienen a añadirse a los del CEDH». Existe aquí una apertura al tiempo y a la evolución en el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales, que las propias Explicaciones Oficiales realzan cuando expresan que la lista de derechos compartida lo es en calidad de «por hora y sin descartar la evolución, de la legislación y los Tratados». Lo que refleja la aceptación de la posibilidad de nuevas incorporaciones de derechos y de una interpretación evolutiva (como la que admite el propio Tribunal Europeo de los Derechos Humanos; ampliación que se explicita en los numerosos Protocolos anejos a la CEDH). En todo caso, resulta llamativo el dato de que no se ha producido una identidad absoluta entre todos los derechos garantizadas por el CEDH y los equivalentes de la Carta. Tanto más ello abunda en la necesidad de establecer reglas transparentes de coordinación técnica e institucional entre la Carta y el CEDH en términos de garantías y procedimientos de control de aplicación e interpretación. Y esto es

una labor que, ante la ausencia de mecanismos explícitos (que sí deberían preverse a propósito del acuerdo de adhesión), que corresponderá a los Tribunales de justicia de la Unión Europea y al Europeo de los Derechos Humanos, los cuales inevitablemente han de coordinarse funcionalmente y evitar toda posible colisión disfuncional precisamente para la tutela efectiva de los derechos fundamentales en el espacio europeo.

En particular, respecto a la «lista» de derechos *comparables* se establecen dos categorías de supuestos, según se trate de identidad o de alcance más amplio en el reconocimiento de los derechos fundamentales. Así, se distingue:

Un primer grupo, formado por los artículos de la Carta cuyo sentido y alcance son los mismos que los de los artículos correspondientes del CEDH:

- el artículo 2 corresponde al artículo 2 del CEDH,
- el artículo 4 corresponde al artículo 3 del CEDH,
- los apartados 1 y 2 del artículo 5 corresponden al artículo 4 del CEDH,
- el artículo 6 corresponde al artículo 5 del CEDH,
- el artículo 7 corresponde al artículo 8 del CEDH,
- el apartado 1 del artículo 10 corresponde al artículo 9 del CEDH,
- el artículo 11 corresponde al artículo 10 del CEDH, sin perjuicio de las restricciones que puede aportar el Derecho de la Unión a la facultad de los Estados miembros de establecer los regímenes de autorización a que se refiere la tercera frase del apartado 1 del artículo 10 del CEDH, 14.12.2007 ES Diario Oficial de la Unión Europea C 303/33
- el artículo 17 corresponde al artículo 1 del Protocolo Adicional del CEDH,
- el apartado 1 del artículo 19 corresponde al artículo 4 del Protocolo núm. 4,
- el apartado 2 del artículo 19 corresponde al artículo 3 del CEDH tal como lo interpreta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos,
- el artículo 48 corresponde a los apartados 2 y 3 del artículo 6 del CEDH,
- los apartados 1 (salvo la última frase) y 2 del artículo 49 corresponden al artículo 7 del CEDH.

Por otra parte, se distingue un segundo grupo integrado por aquellos artículos cuyo sentido es el mismo que el de los artículos correspondientes del CEDH, pero cuyo alcance es más amplio. De manera que en tales casos se produce directamente una mejora del alcance de los derechos fundamentales compartidos o comúnmente garantizados por ambos instrumentos jurídicos:

- el artículo 9 abarca el ámbito del artículo 12 del CEDH, pero su ámbito de aplicación puede ampliarse a otras formas de matrimonio siempre que la legislación nacional las contemple,
- el apartado 1 del artículo 12 corresponde al artículo 11 del CEDH, si bien su ámbito de aplicación se amplía al nivel de la Unión Europea,

- el apartado 1 del artículo 14 corresponde al artículo 2 del Protocolo Adicional del CEDH, si bien su ámbito de aplicación se amplía al acceso a la formación profesional y permanente,
- el apartado 3 del artículo 14 corresponde al artículo 2 del Protocolo del CEDH, por lo que se refiere a los derechos de los padres,
- los apartados 2 y 3 del artículo 47 corresponden al apartado 1 del artículo 6 del CEDH, si bien la limitación a los contenciosos sobre derechos y obligaciones de carácter civil o sobre acusaciones en materia penal no es pertinente respecto del Derecho de la Unión y su aplicación,
- el artículo 50 corresponde al artículo 4 del Protocolo núm. 7 del CEDH, si bien su alcance se amplía al nivel de la Unión Europea entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros,
- por último, los ciudadanos de la Unión Europea no pueden considerarse extranjeros en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión debido a la prohibición de cualquier discriminación por razón de nacionalidad. Las limitaciones contempladas por el artículo 16 del CEDH en materia de extranjería no les serán por lo tanto aplicables en ese contexto».

Por otra parte, la Carta de la Unión pretende respetar e insertarse en las tradiciones constitucionales comunes recibidas de los Estados miembros. La Carta pretende garantizar los derechos fundamentales con el alcance y nivel de protección que el que se infiere de las tradiciones constitucionales comunes de los países miembros, consagrando un *estándar común en el ámbito de la Unión respecto a los derechos fundamentales compartidos*. Efectivamente, se indica que «en la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones» (art. 52.4 CDFUE). Se consagra, pues, un *Derecho Común Europeo* en materia de derechos fundamentales vinculado a las tradiciones constitucionales comunes —pero en parte también heterogéneas en numerosos aspectos (relativos al contenido, la titularidad, modos de ejercicio y sistemas de límites y de garantías)— de los Estados miembros (art. 52, apartados 4 y 6 de la CDFUE; art. 6.3 TUE), a los instrumentos normativos europeos de garantía de tales derechos (de modo destacado, la CEDH y la Carta Social Europea) y la jurisprudencia establecida por el TJUE y el TEDH (artículos 52.3 y 53 de la CDFUE; art. 6, apartados 2 y 3 del TUE). El TJUE como órgano jurisdiccional de la Unión tendrá que apreciar y determinar específicamente la existencia de las tradiciones constitucionales comunes teniendo en cuenta el nivel de protección más elevado y la necesidad de realizar una interpretación coherente y armoniosa de dichas tradiciones con el tratamiento de los derechos fundamentales realizado por la Carta en consonancia con la aplicación del Derecho de la Unión (artículos 52.4 y 52.2, en relación con el 51.1 de la CDFUE). Ahora bien, el respe-

to a ese Derecho Común de los Estados miembros tiene que compaginarse, en una interpretación sistemática y finalista coherente, con la apuesta de la propia Carta por el nivel más elevado de protección entre los instrumentos concurrentes en un caso concreto, como impone deducir del art. 53 CDFUE. Tampoco impedirá que el Derecho de la Unión pueda conceder una protección o garantía más amplia. Asimismo, el CEDH asume una función relevante en el marco de la interpretación de la CDFUE en la medida en que algunos derechos garantizados en la Carta que se correspondan con derechos reconocidos en el CEDH deben ser interpretados conforme con este y que el CEDH es, en virtud de lo establecido en el art. 6.3 TUE, una fuente de inspiración privilegiada para el TJUE en la formulación de principios generales del Derecho de la Unión. Además, el CEDH, con arreglo a lo previsto en el art. 53 CDFUE, no puede interpretarse de manera que limite o vulnere derechos garantizados en la Carta, debiendo ésta mantener todo su valor jurídico vinculante [Véase, para esto último, la Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de mayo de 2010, sobre los aspectos institucionales de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas (2009/2241(INI) (2001/C 161 E/12)].

Así, el *común denominador* no podría ser, en puridad, nunca inferior al propio estándar consagrado en las tradiciones constitucionales de cada Estado miembro. Este es el sentido que debe tener la expresión utilizada en el sentido de que «dichos derechos se *interpretarán en armonía* con las citadas tradiciones». La Carta pretende que no existan diferencias significativas o relevantes en la concepción y tratamiento conferido por ella y el que deriva de las tradiciones constituciones comunes a los países miembros. No es coherente, en la lógica del garantismo jurídico, que existan disonancias y fricciones entre los catálogos europeos y de las constituciones de los Estados miembros en materia de derechos fundamentales. A ello se añade el *principio de favor hacia el mejor nivel de garantía* de los derechos fundamentales (que es expresión del principio de *favor libertatis* que postula una interpretación extensiva de los derechos garantizados en los textos constitucionales o normativo de valor fundamental) recogido en el art. 53.2 CDFUE, pues éste consagra el estándar de protección más elevado en las relaciones —en esto no jerarquizadas por el principio de primacía en atención a la tutela de los derechos fundamentales— entre el otorgado a nivel de la Unión y el conferido en el ámbito nacional correspondiente. Se garantiza, pues, la interpretación conforme al nivel de protección más elevado, que plantea, eso sí, el problema de la dificultad de un tratamiento uniforme del derecho fundamental en todo el espacio de la Unión. Ello no obstante, estas cláusulas horizontales o transversales (apartados 5 y 6 del art. 52 CDFUE) a la par que tratan de impedir las situaciones de conflicto, suponen también una limitación del desarrollo jurisprudencia y del Derecho de la Unión en materia de derechos fundamentales. En todo caso, un sistema de protección integral coherentemente construido de los derechos fundamentales en

la Unión Europea *requiere de suyo la incorporación de la Carta como parte dogmática en el sistema de los Tratados*. Y tiene que ser así porque la Carta no debería ser un instrumento jurídico de valor fundamental *separado* del sistema de los Tratados (TUE y TFUE), sino un instrumento integrado en dicho sistema precisamente en atención a que los derechos fundamentales son el elemento de legitimidad de todo sistema democrático. Supone la *realización efectiva en la Norma Fundamental del Derecho originario* de la declaración recogida en el art. 2 TUE, conforme a la cual la Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres. Objetivos y fundamentos de la Unión que son *reiterados* en el Preámbulo de la misma Carta, mostrando que los valores indivisibles y universales que cristalizan en los derechos fundamentales son la base de los principios de la democracia y de un sistema jurídico democrático.

No es baladí hacer notar que conforme al art. 2 del Protocolo núm. 8 al Tratado de Lisboa, el acuerdo de adhesión de la Unión al CEDH garantizará que la adhesión no afecte a la situación interna particular de los Estados miembros respecto del CEDH y de sus Protocolos en general, así como respecto de posibles excepciones y reservas formuladas por Estados miembros en particular, y que dichas circunstancias no deben influir en la postura que adopte la Unión en lo que respecta al CEDH». [Véase Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de mayo de 2010, sobre los aspectos institucionales de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas (2009/2241(INI) (2001/C 161 E/12)]

La «Explicaciones» oficiales para guiar la interpretación de la Carta (que en sí mismas son guías interpretativas porque necesariamente «serán tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros») dejan constancia de la *ratio iuris* de este precepto, señalando que: «La norma de interpretación que figura en el apartado 4 se basa en la redacción del apartado 3 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea y toma debidamente en consideración el planteamiento de las tradiciones constitucionales comunes seguido por el Tribunal de Justicia (por ejemplo, sentencia de 13 de diciembre de 1979, asunto 44/79, Hauer, Rec. 1979, p. 3727, sentencia de 18 de mayo de 1982, asunto 155/79, AM&S, Rec. 1982, p. 1575). Según esta norma, *en lugar de seguir un planteamiento rígido de «mínimo común denominador», los derechos correspondientes recogidos en la Carta deben interpretarse de forma que ofrezcan un elevado nivel de protección* que resulte apropiado para el Derecho de la Unión y esté en armonía con las tradiciones constitucionales comunes. De este modo debe buscarse una interpretación equilibrada y razonable (coherente y armoniosa en términos de

compatibilidad de lógicas de protección) entre las regulaciones que ofrecen los diversos instrumentos de garantía de los derechos fundamentales dentro del espacio jurídico de la Unión (véase, *in fine*, SSTJUE de 18 de junio de 1991, «ERT», C 260/89; de 12 de junio de 2003, «E. Schmidberger, Internationales Transporte undPlanzüge c. Austria», C 112/00; 29 de enero de 2008, «Productores de Música de España c. Telefónica de España», C 275/06).

Se recordará, por otra parte y este orden de ideas, que de acuerdo con el art. 6.3 TUE los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y *los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales» del Derecho de la Unión Europea*. En esa misma dirección de política del Derecho se sitúa tanto el referido apartado 4, como el apartado 6 del art. 52 CDFUE. Según éste último apartado, se tendrán plenamente en cuenta las legislaciones y prácticas nacionales según lo especificado en la presente Carta. Lo que apunta a que de modo adicional a las «tradiciones constitucionales comunes», se tome necesariamente en consideración las legislaciones y práctica nacionales específicas y singulares de cada Estado miembro más allá de lo que común y compartido en el «estándar europeo» adquirido en aquellas tradiciones constituciones comunes. Ello pone de manifiesto nítidamente que la Carta se postula a sí misma como un *instrumento integrador y no sustitutivo de las tradiciones constitucionales y legislativas de los países miembros de la Unión*. La idea-fuerza subyacente es caminar hacia un sistema integrado y homogéneo de garantía de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión que, sin embargo, no desplace, sino más bien tenga en cuenta, el pluralismo inherente a las tradiciones dentro de lo que se podría llamar «cultura europea de los derechos fundamentales. De nuevo, en el marco de la Unión se verifica la concurrencia (que se pretende de carácter «no conflictivo») entre distintas fuentes o instrumentos de garantía de los derechos fundamentales en espacio europeo (Unión Europea; tradiciones constitucionales, legislativas y prácticas de los Estados miembros; y el Consejo de Europa; formando, así, una *triada en el garantismo jurídico* europeo de los derechos fundamentales).

De este modo el tratamiento de los derechos fundamentales en el sistema de la Carta —que ex art. 6.1 TUE forma parte del Derecho originario de la Unión— se configura como una «*unitas multiplex*», esto es, como una «unidad en la pluralidad», donde lo que es común no sustituye lo que pueda ser específico de cada Estado miembro. Y es que, ciertamente, estas normas interpretativas contenidas en los apartados 4 y 6 del art. 52 CDFUE *obligan a respetar a todos los poderes públicos (incluidos, especialmente, los distintos órdenes jurisdiccionales, comunitario e internos)* a que se respeten las posibles limitaciones y singularidades existentes en las tradiciones constitucionales, legislativas y prácticas nacionales. Lo cual ofrece un campo de fuerzas y tensiones conflictuales perpetuas entre las lógicas garantías a nivel

de la Unión y las lógicas «internas» de cada país. Ello *impide también, al menos por el momento, una completa autonomización jurídica* de la Carta como instrumento garantista de los derechos fundamentales en el espacio jurídico y geopolítico de la Unión; aunque su modelo de evolución dependerá de la intensificación del avance del proceso de construcción de la Unión Europea. En ese sentido, la evolución y la posible ampliación de contenidos de derechos ya existentes y de nuevos derechos será fruto de una *necesaria co-evolución* de lo que es común compartido y de lo que es singular y específico. Esa *textura abierta y dinámica* del sistema de garantías europeo de los derechos fundamentales guarda consonancia no sólo con los artículos 52 y 53 de la Carta, sino también con el propio art. 6.3 del TUE. En realidad, al menos dentro del espacio europeo, se aprecia la existencia de una «cultura jurídica» de los derechos fundamentales que impone en su propia lógica de valores y principios compartidos (que al fin y al cabo cristalizan y se encarnan en los derechos fundamentales) la constante y creciente comunicabilidad y (co)evolución conjunta y de aproximación de sus modelos de reconocimiento y garantía jurídica.

En el sistema interno de la carta se establecer una difusa distinción entre «derechos» y «principios», es decir, parece formular una diferenciación de los derechos fundamentales como «derechos» y como «principios». Lo que plantea, en términos de principio, su posible incidencia a efectos de su exigibilidad jurídica e institucional. Según el art. 51.1 CDFUE, las instituciones de la Unión y los Estados miembros «respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión». Por su parte, conforme al art. 52. 5, en relación necesaria con ese apartado 1 del art. 51 CDFUE, del art. 52 CDFUE: «Las disposiciones de la presente Carta que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas. Sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos».

De nuevo las «Explicaciones» oficiales de este apartado 5 son particularmente expresivas de la finalidad —ciertamente problemática— de este precepto en el sistema de la Carta. En ellas se afirma que: «El apartado 5 aclara la distinción entre «derechos» y «principios» reconocidos en la Carta. Según esta distinción, los derechos subjetivos deberán respetarse, mientras que los principios deben observarse (apartado 1 del artículo 51). Los principios pueden aplicarse mediante actos legislativos o ejecutivos (adoptados por la Unión en función de sus competencias y por los Estados miembros solamente en aplicación del Derecho de la Unión); por consiguiente, son importantes para los tribunales sólo cuando se trata de la interpretación o revisión de dichos actos. Sin embargo, no dan lugar a derechos inmediatos de acciones positivas de las instituciones de la Unión o de las autori-

dades de los Estados miembros, lo que es coherente tanto con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (véase en particular la jurisprudencia sobre el «principio de cautela» que figura en el apartado 2 del artículo 191 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de septiembre de 2002 en el asunto T-13/99, Pfizer contra Consejo, que contiene numerosas referencias a la jurisprudencia anterior, así como una serie de sentencias sobre el artículo 33 (antiguo artículo 39) sobre los principios de la legislación agrícola, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto 265/85, Van den Berg, Rec. 1987, p. 1155: control del principio de estabilización de mercados y de confianza legítima) como con el planteamiento de los sistemas constitucionales de los Estados miembros respecto de los «principios», en particular en el ámbito del Derecho social. A título ilustrativo, ejemplos de principios reconocidos por la Carta incluyen, entre otros, los artículos 25, 26 y 37. En determinados casos, un artículo de la Carta puede incluir elementos que se derivan de un derecho y de un principio, por ejemplo, los artículos 23, 33 y 34. El apartado 6 remite a los diferentes artículos de la Carta que, en aras de la subsidiariedad, hacen referencia a la legislación y prácticas nacionales».

La norma parte de una distinción problemática y criticable entre «derechos subjetivos» y «principios jurídicos» en la garantía de los derechos fundamentales (a la que, por cierto y significativamente, alude también el propio art. 6.1 TUE, cuando distingue entre «los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta...»). Sin embargo, más allá esas indicaciones ejemplificativas hechas en las Explicaciones, la Carta no determina cuáles son los «principios» (normas de principios) y cuáles los «derechos» (normas de derechos subjetivos) entre la lista de «derechos fundamentales» que se pretenden garantizar en la Carta. Esa indefinición es contraria al principio de seguridad jurídica, pero sobre todo supone establecer una situación permanente de potencial debilidad para todos los derechos sociales prestacionales (derechos frente al poder público a una prestación positiva). Obsérvese que los derechos sociales son derechos básicos de la persona y en cuanto tales quedan equiparados a los tradicionales derechos civiles y políticos. No se puede negar la condición de derechos a los derechos sociales contraponiéndolos a los derechos fundamentales sociales a los tradicionales derechos subjetivos de libertad. Una cuestión decisiva para la comprensión de los derechos sociales como derechos en la sociedad moderna es que tales derechos se insertan en un proceso evolutivo marcado por el tránsito del Estado liberal al Estado Social de Derecho y por una especial articulación entre público y privado. En esta perspectiva, la garantía de los derechos fundamentales aparece como vertiente jurídico-material del Estado de Derecho. Inserta en la racionalidad jurídica del Estado de Derecho, no cabe establecer una fractura sesgada entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales, siendo así que los derechos sociales son universales y justiciables con un nivel de garantía no inferior a los demás derechos fundamentales. Esa

concepción se infiere y es coherente con el principio de indivisibilidad (principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales que es afirmado en las Sentencias del TEDH de 9 de octubre de 1979, «Airey c. Irlanda»; 14 de noviembre de 2000, «Annoni de Boussola c Francia»; y 21 de abril de 2009, «Enerji Yapi Yol Sen c. Turquía»). Pero también se aprecia una fuerte tensión entre los derechos y libertades económicas y los derechos sociales, con una marcada orientación hacia la *jerarquización de los derechos*, relegando a un rango inferior a los derechos sociales de libertad o de prestación (Esa tensión se aprecia de modo harto preocupante en SSTJUE de 11 de diciembre de 2007, «Viking» C 438/05; 18 de diciembre de 2007, «Laval», C 341/05; 3 de abril de 2008, «Rüffert» C 346/06; 19 de junio de 2008, «Comisión c. Luxemburgo»; aunque se matiza ese criterio más en términos de conciliación que de estricta jerarquización en las STJUE de 12 de junio de 2003, «Schmidberger» C 112/00; 14 de octubre de 2004, «Omega», C 36/02; y 15 de julio de 2010, «Comisión c. Alemania», C 271/08).

Desde la lógica del garantismo jurídico que debe presidir un instrumento jurídico de reconocimiento al máximo nivel de los derechos fundamentales no debería haberse realizado esa distinción y en todo caso, de hacerlo como se ha hecho, debería haberse precisado sin ambigüedad cuáles son los derechos y cuáles los principios. Al final esa distinción tendrá que ser depurada por el TJUE, el cual tendrá la posibilidad de realizar esa delimitación, pero respetando siempre las previsiones de artículos como el 52.5 y 53 de la Carta.

Efectivamente, esta distinción no está exenta de ambigüedad, atendiendo al proceso de elaboración de la Carta y ante todo a las Explicaciones oficiales, parece que ello remite a una configuración distinta, pues los derechos subjetivos deberán ser respetados y a diferencia de los principios que simplemente deben ser observados y promovidos a través de intervenciones positivas que serían estrictamente necesarias para su ejercicio o disfrute. Mientras que los derechos subjetivos son derechos justiciables directamente; los principios no generarían derechos subjetivos inmediatamente alegables y exigibles. La tentación fácil es la de entender que los «auténticos» derechos subjetivos serían los tradicionales derechos de libertad (y los derechos de contenido patrimonial), mientras que los derechos sociales de prestación, más que derechos serían «principios» que exigen la intervención pública y que, por tanto, no serían inmediatamente actuables sino es a través de los actos legislativos o ejecutivos de aplicación, de manera que, como se dice en las Explicaciones, no dan lugar a derechos inmediatos de acciones positivas de las instituciones de la Unión o de las autoridades públicas de los países miembros, lo que, se afirma, sería coherente tanto con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (véase en particular la jurisprudencia sobre el «principio de cautela» que figura en el apartado 2 del artículo 191 del TFUE: sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de septiembre de 2002 en el asunto T-13/99, «Pfizer» contra Consejo, que contiene numerosas referencias a la jurisprudencia anterior, así como una

serie de sentencias sobre el artículo 33 (antiguo artículo 39) sobre los principios de la legislación agrícola, por ejemplo, la TJUE en el asunto 265/85, Van den Berg, Rec. 1987, p. 1155: control del principio de estabilización de mercados y de confianza legítima) como con el planteamiento de los sistemas constitucionales de los Estados miembros respecto de los «principios», en particular en el ámbito del Derecho social. Al tiempo, el apartado 5 del art. 52 CDFUE lo que incide de manera inmediata y visible es en una limitación de la aplicación y sus posibilidades evolutiva a través de la labor judicial, pues limita el conocimiento judicial de los «principios» a la interpretación y la verificación de la legalidad de los actos legislativos y ejecutivos emanados de las instituciones y organismos de la Unión o de los Estados miembros. Esta lectura debe ser matizada en un enfoque sistemático y teleológico de conjunto con los demás instrumentos jurídicos europeos en materia de derechos fundamentales puede ser discutida. En efecto, más allá de que resulte criticable la distinción en sí *aplicada a los derechos fundamentales garantizados*, es lo cierto que la Carta debe ser interpretada sistemáticamente y atendiendo a un criterio de unidad y coherencia interna. Y en tal sentido no se puede desconocer en ningún momento que la Carta contiene números reenvíos a otros instrumentos internacionales reguladores de derechos fundamentales que muestra que se respetan los derechos sociales fundamentales ya garantizados (y por garantizar) en instrumentos como los propios Tratados fundacionales revisados, que contienen ya un conjunto incompleto de garantía de ciertos derechos de contenido social (art. 52.2 CDFUE), el Convenio Europeo de los Derechos Humanos, que contiene algunos derechos de contenido social (art. 52.3) y asimismo —y en materia de derechos fundamentales más significativos— el respeto a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros (art. 52, apartados 5 y 6, según los cuales en la medida en que la Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones comunes a los países miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones; y a su vez, se deberán tener en cuenta las legislaciones y prácticas nacionales de regulación específica en materia de derechos fundamentales —y no solo los textos constitucionales aludidos en el apartado 4 del art. 52— según lo especificad en la Carta; lo que se aplica también a las «normas de principios» y, por supuesto, a todas las normas de la Carta reguladoras de derechos fundamentales civiles y políticos, económicos, sociales y culturales). Todo ello reforzado con la «cláusula de blindaje» transversal contenida en el art. 53 CDFUE (norma de valor fundamental dentro del Derecho de la Unión), situado en la lógica de aceptación del pluralismo jurídico-constitucional realmente existente en los Estados miembros de la Unión (véase el art. 53 CDFUE), pero, al mismo tiempo, deja claro que queda salvaguardada la aplicación del nivel de protección más elevado respecto a la regulación de un mismo derecho fundamental en los diversos instrumentos de garantía (Derecho de la Unión, Derecho Internacional general y europeo y tradiciones comunes de los Estados miembros).

De manera que la coexistencia de distintos instrumentos y niveles de protección conducirá necesariamente por imperativo del art. 53 CDFUE a aplicar el nivel de protección garantista más elevado (estándar superior de protección): de lo que se trata es evitar una reducción del nivel de protección o de garantía de los derechos fundamentales.

Pero, aparte de ello, se impone una interpretación sistemática externa a la Carta —pero interna al Derecho de la Unión, pues la Carta es un instrumento normativo de la Unión Europea— en relación con el sistema de los Tratados. Y en tal sentido, sería suficiente recordar que los derechos fundamentales que garantiza el CEDH y los que son fruto de las tradiciones constitucionales a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como *principios generales del Derecho* (art. 6.3 TUE). Lo que en esta perspectiva sí resulta insuficiente es la falta de previsión *expresa* de la adhesión paralela de la Unión a la Carta Social Europea de 1961, revisada en 1996, que es el instrumento normativo de Derecho internacional regional europeo que mejor garantiza la efectividad de los derechos fundamentales de contenido social. No obstante la Carta viene referida indirectamente en el art. 53 CDFUE, cuando se refiere *en términos generales a los instrumentos de regulación internacional y europeo en materia de derechos fundamentales, y aclara que «en particular» (pero no exclusivamente) al CEDH*. Es manifiesto que, en este sentido, que se incluye implícitamente a la Carta Social Europea, que, como se sabe, es un instrumento normativa del Consejo de Europea encaminado a garantizar monográficamente los derechos sociales fundamentales. Ciertamente, la alusión tendría que ser expresa a la par que debería imponer también la adhesión de la Unión a la Carta Social Europea revisada. En este sentido, la referencia recogida en el Preámbulo de la Carta es sin duda también muy importante, pero insuficiente ya que no se recoge en el propio texto normativo de la Carta. En efecto, se indica que «La presente Carta reafirma, respetando las competencias y misiones de la Comunidad y de la Unión, así como el principio de subsidiariedad, los derechos reconocidos especialmente por las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros, el Tratado de la Unión Europea y los Tratados comunitarios, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, *las Cartas Sociales adoptadas por la Comunidad y por el Consejo de Europa*, así como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal de Derechos Humanos» (Preámbulo de la CDFUE). Por otra parte, hay que tener en cuenta la vinculación generalizada de los Estados miembros de la Unión con el Consejo de Europa y con sus dos instrumentos de garantía de los de los derechos fundamentales (Carta Social Europea y CEDH), lo que no puede sino trascender y penetrar directamente en sus respectiva tradiciones y culturas nacionales (formando parte de ellas) en materia de protección de todos los derechos fundamentales.

Si se encuadran la mayoría de los derechos sociales de prestación en esa categoría de «principios» jurídicos, ello cuestionaría en sí su justiciabilidad inmediata y directa y los derechos que de ellos se derivarían en la práctica no serían más que meras expectativas de derecho o meros intereses legítimos. Y de ser así, los derechos sociales prestacionales quedarían devaluados y degradados del rango de verdaderos derechos subjetivos en sentido jurídico-positivo y jurisdiccional. Con esa lectura debilitadora, la Carta no podría amparar los derechos formulados como principios sino a través de actos jurídicos de aplicación que involucren o se vinculen al Derecho de la Unión, pues de otro modo no serían justiciables. Este planteamiento desconocería la *especificidad de la estructura jurídica de los derechos sociales fundamentales de prestación*, los cuales no pierden esa condición siendo *auténticos derechos subjetivos* accionables judicialmente. Los derechos fundamentales sociales de prestación —pese al intento de reconducción hacia los simples «principios»— son justiciables en el sentido de que pueden ser objeto de reclamación ante el orden jurisdiccional el cumplimiento de ciertas obligaciones a ellos anudadas (señaladamente, el incumplimiento de obligaciones positivas que incumben al Estado en la garantía de eficacia del derecho en cuestión). En estola Carta es deficitaria. Pero esa insuficiencia se manifiesta también en la ausencia de «normas directivas» vinculadas a los derechos de contenido prestacional; unas normas directivas que imponen obligaciones positivas para los poderes públicos, al estilo del art. 2.1 del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, de 19 de diciembre de 1966, según el cual «cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive, en particular, la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos». En este orden de ideas, las normas de principio vinculan a los poderes públicos e incorporan facultades de acción jurisdiccional para exigir el cumplimiento de las obligaciones inherentes al derecho.

Ahora bien, el problema de la garantía de los derechos fundamentales no puede resolverse sólo «normativamente», aunque nunca debe menospreciarse la fuerza del Derecho para modificar el orden social existente en cada momento histórico. Junto a la «juridificación» y «positivación» de los derechos es necesaria una organización de la sociedad que haga posible efectivamente el ejercicio y disfrute efectivo de los derechos formalmente garantizados. La fuerza del Derecho —imprescindible siempre— debe unirse a la fuerza de los poderes derivados de la acción de un sistema político-democrático encaminada a remover todos los obstáculos que impidan el ejercicio de los derechos fundamentales en su plenitud. La «lucha por el Derecho» es también, inevitablemente, una lucha política de poder; y esta realidad del poder la política del Derecho no está en condiciones de ignorar.

Desde esa perspectiva, la «juridización» de los derechos humanos como derechos fundamentales positivados no es susceptible de neutralizar el «momento» de lo político y de la decisión política en una sociedad democrática. La garantía de los derechos fundamentales, como la misma democracia moderna, es el resultado de las luchas en busca de una mayor igualdad, de una mayor participación y control de los individuos sobre los procesos políticos y el sistema económico; y asimismo de una ampliación paulatina del espacio para la autonomía de las personas en el seno de la comunidad política.

La exigencia de una *acción política* es la que inspira la Estrategia de la Comisión Europea para la aplicación efectiva de la Carta de la Unión Europea, que trata de reforzar la «cultura» de los derechos fundamentales. En tal sentido, la Comisión Europea realiza un control sistemático de la compatibilidad con la Carta de sus propuestas legislativas y de los actos que adopta. Y entiende que «aparte de algunos derechos que tienen carácter absoluto (por ejemplo, la prohibición de la tortura), los derechos fundamentales pueden, en determinados casos, verse sometidos a ciertas limitaciones. Éstas deben estar previstas por la ley, ajustarse al contenido esencial de dichos derechos y, en cumplimiento del principio de proporcionalidad, deben ser necesarias y responder efectivamente a unos objetivos de interés general reconocidos por la Unión Europea o a exigencia de garantizar los derechos fundamentales de otros (art. 52.1 CDFUE). En ese orden de ideas las propuestas de las instituciones europeas que estén particularmente relacionadas con los derechos fundamentales deberán constar de considerandos que expliquen su conformidad con la Carta. El papel de los considerandos es explicar el razonamiento que apoya la adopción del acto en cuestión y, así, *permitir y facilitar un posible control jurisdiccional* de su conformidad con la Carta. Ello requiere evitar cualquier banalización que pudiera derivarse del uso generalizado de un considerando que certifique la conformidad con la Carta. La inclusión de los considerandos no es un simple trámite sino el reflejo del control minucioso de la conformidad de la propuesta en cuestión con la Carta. Además, se insertarán algunos considerandos individualizados y específicos, relativos a algunos derechos fundamentales, cuando sea necesario para explicar el alcance de una disposición o las soluciones encontradas en la propuesta para garantizar que la limitación de un derecho fundamental se justifica según el art. 52 de la Carta. Con todo, se trata de velar activamente por que los Estados miembros respeten efectivamente la Carta al aplicar el Derecho de la Unión, y en este sentido las intervenciones de la Comisión para hacer respetar los derechos fundamentales se regirán por los siguientes principios: Prevención (desarrollo de un enfoque preventivo); procedimiento de infracción (de manera que cuando un Estado miembro no respete los derechos fundamentales al aplicar el Derecho de la Unión, la Comisión, como guardiana de los Tratados, dispone de poderes propios para intentar poner fin a la infracción y puede, en su caso, recurrir al TJUE a través del recurso por incumplimiento); actuación para situaciones no

incluidas en la Carta (La Carta no se aplica en las situaciones de violaciones de los derechos fundamentales que no guarden ninguna relación con el Derecho de la Unión. Los Estados miembros tienen su propio sistema de protección de los derechos fundamentales, mediante los órganos jurisdiccionales nacionales, y la Carta no los sustituye. Corresponde, así, a las jurisdicciones nacionales, garantizar el respeto de los derechos fundamentales y a los Estados miembros adoptar las medidas necesarias de acuerdo con su legislación nacional y sus obligaciones internacionales. En tales situaciones, la Comisión no dispone de poderes para intervenir como guardiana de los Tratados. En todo caso, se debe recordar que el art. 7 TUE prevé las modalidades de actuación de las instituciones de la Unión cuando exista *un riesgo claro de violación grave o una violación grave y persistente*, por parte de un Estado miembro, de los valores contemplados en el art. 2 TUE, que incluye el respeto de los derechos humanos. Se trata de un *mecanismo sustancialmente político* de último recurso, que contempla situaciones de carácter excepcional con una dimensión sistemática y estructural. Cuando se refiere a la existencia de un riesgo manifiesto de violación grave de estos valores, el mecanismo puede iniciarse con una propuesta motivada de un tercio de los Estados miembros, del Parlamento Europeo, o de la Comisión. Las condiciones de aplicación de este dispositivo sustancialmente político se explicaron en la Comunicación de la Comisión sobre el art. 7 del TUE. «Respeto y promoción de los valores en los que está basada en la Unión» —COM(2003) 606 final de 15.10.2003). Al respecto, la Comisión se obliga a presentar un Informe Anual sobre la aplicación de la Carta en el marco de las competencias de la Unión, aunque abarca también un ámbito distinto y más amplio, pues completará el Informe Anual sobre los Derechos Humanos y la Democracia en el Mundo que recoge la acción de la Unión en los terceros países («Derechos Humanos y Democracia en el mundo. Informe sobre la acción de la UE», Julio de 2008 a diciembre de 2009, Bruselas, 11 de mayo de 2010). El objetivo explicitado no es sólo reactivo frente a vulneraciones de los derechos fundamentales, sino también proactivo o de renovación permanente, pues ese Informe Anual debería permitir que todos los actores interesados contribuyan al proceso continuo de aplicación de la Carta y, otorgando visibilidad y transparencia a este proceso, favorecerá una dinámica de la *cultura* de los derechos fundamentales en la Unión Europea (Véase Comunicación de la Comisión, «Estrategia para la aplicación efectiva de la Carta de los Derechos Fundamentales por la Unión Europea», Bruselas, 19.10.2010. COM(2010) 573 final; instrumento éste de «sofw Law» importante en el plano de la política del Derecho relativa a la garantía de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión. Consúltense, igualmente, Comunicación de la Comisión, «Respeto de la Carta de Derechos Fundamentales en las propuestas legislativas de la Comisión —Metodología para un control sistemático y riguroso» — COM(2005) 172 final de 27.4.2005).

IV.2. Valoración general del conjunto de garantías: Las garantías de los derechos fundamentales de los mayores entre continuidad y renovación

Sirva como planteamiento general que se ha avanzado mucho en materia de garantía de los derechos fundamentales de las personas mayores, pero el modelo de juridificación y de protección es insuficiente, desde distintas perspectivas:

- Desde la juridificación y positivización en adecuadas Normas de garantía sociales dotadas de fuerza vinculante bilateral (garantías primarias) y de tutela judicial o institucional efectiva para los supuestos de incumplimiento (garantías secundarias). De nuevo hay que transitar de las Declaraciones y de los instrumentos débiles a los instrumentos fuertes de garantía de los derechos.
- Desde la juridificación y positivización en idóneas Normas de Decisión (normas directivas fundamentales), capaces de imponer las pertinentes obligaciones jurídico-políticas de actuación a todos los poderes públicos para hacer valer los derechos de las personas mayores. Estos incumplimientos jurídico-políticos deben tener sus correspondientes mecanismos de control jurídico-institucional y político a través de las instancias nacionales e internacionales adecuadas.
- Desde la perspectiva de la naturaleza específica de los derechos fundamentales de que se trate, pues prácticamente todos, pero muy especialmente los de la segunda generación (los tradicionales y los nuevos derechos sociales, económicos y culturales) son derechos a prestaciones positivas, lo que implica que no se organizan por sí mismos, sino que es necesario *crear las condiciones políticas y socio-económicas y culturales* que los hagan realidad en la experiencia y práctica social (Menger; Alexy; Ferrajoli; Nussbaum; Sen; Monereo).
- Respecto a los derechos de los mayores predominan todavía las garantías débiles frente a las más limitadas garantías fuertes correlativas a los derechos fundamentales (v.gr., las contenidas en la Carta Social Europea en versión revisada de 1996, y en la Convención Europea de los Derechos del Hombre de 1950, ambos instrumentos con rango de Tratado suscritos en el marco del Consejo de Europa). Este garantismo todavía debilitado resulta especialmente de la nueva hornada de los todavía algo «difusos» —en su configuración jurídica— derechos vinculados a la edad avanzada (por ejemplo, los contemplados en el art. 25 CDFUE: derechos a llevar una vida e independiente y a participar en la vida social y cultural, que enlazan con el «derecho a envejecer» como derecho fundamental; y en menor medida los derechos sociales clásicos de los mayores vinculados a las situaciones de vejez en la tercera edad o dependencia en la cuarta edad, más perfeccionados, contemplados expresamente en el art. 34 CDFUE)⁴.

⁴ Véase MONEREO PÉREZ, J. L.: *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2009; y en una perspectiva más general, FERROJOLI, L.: *Garantismo. Una discusión sobre Derecho y Democracia*, trad. Andrea Greppi, Madrid, Ed. Trotta, 2006, 78 y sigs.

Como ha sido advertido cuando se habla de deberes correspondientes a un derecho subjetivo, se está haciendo referencia a dos deberes distintos y de diferente configuración: En primer lugar, el deber de cumplir o de no vulnerar el derecho («garantía primaria») acompañado o no, en caso de violación, del deber de juez actuante de aplicar la correspondiente sanción («garantía secundaria»). En segundo, lugar, el deber de incorporar los dos deberes del primer tipo («obligación de obligar»). Señalar que los dos deberes del primer tipo es posible que estén ausentes, y en tal se estaría ante una laguna; pero subsistiría de todos modos el deber del segundo tipo, el cual es la norma siempre *implícita* o correlativa a todo derecho subjetivo proclamado. Es así que las garantías del segundo tipo harían referencia a la obligación jurídica imperfecta, esto es, obligación jurídico-política: la obligación, precisamente, de «obedecer a la constitución» (norma fundamental que proclama el derecho en cuestión). Con todo se puede afirmar que la simple enunciación de un derecho fundamental implica en todo caso una garantía débil, aunque no se trate propiamente de una garantía primaria o de una garantía secundaria. Hay que denominar «garantía» a todo deber correspondiente a una expectativa y en consecuencia también a un derecho subjetivo: no sólo sus garantías primarias y secundarias, sino también la obligación de obligar o de prohibir; es decir, de incorporar los dos referidos tipos de garantías. Resulta de ello que un derecho que carece de garantías primarias y/o secundarias no sólo existe jurídicamente, sino que también goza de ciertas de garantías, porque supone siempre la garantía (una meta-garantía), que estriba en la obligación jurídico-política de introducir las garantías primarias y secundarias que estén ausentes o pendientes de establecimiento. Las garantías primarias y secundarias puede denominarse *garantías fuertes*, pero junto a ellas hay que dar cabida técnicamente a las *garantías débiles* que consisten en la obligación jurídico-política de introducir las garantías fuertes impidiendo las lagunas e insuficiencias apreciables en cada momento⁵.

No se olvide que los derechos valen lo que valen sus garantías de efectividad, de reconocimiento adecuado, de reacción sancionadora correspondiente ante posibles incumplimientos por los llamados a cumplirlas y de *impulso político para garantizar su eficacia*. Esto vale para todos los derechos fundamentales, pero muy especialmente para aquellos derechos que no se organizan por sí mismos.

E incluso aunque dotados de garantías fuertes (primarias y secundarias) pueden adolecer de ineffectividad estructural por las correspondientes normas de actuación y no sólo relacionadas con esas garantías fuertes, sino por la carencia de normas de decisión o normas directivas fundamentales que impongan obligaciones jurídico-políticas de la pertinente actuación de todos los Poderes Públicos para hacerlos valer en la práctica.

⁵ FERRAJOLI, L.: *Garantismo. Debate sobre el derecho y la democracia*, Madrid, Ed. Trotta, 2006, págs. 79 y sigs.

V. SOBRE LA NECESIDAD DE ORGANIZAR UNA POLÍTICA DEL DERECHO INTEGRAL PARA LAS PERSONAS MAYORES

El Derecho es una idea práctica, es decir, indica un fin, y como toda idea de tendencia, es esencialmente doble porque encierra en sí una antítesis, el fin y el medio. No basta investigar el fin, se debe además mostrar el camino que a él conduzca.

R. v. IHERING ¹

Un Derecho justo 'pertenece al sentido del mundo'... la casi única ventaja de la ciencia del Derecho, dentro de las ciencias de la cultura, es que no está detrás o al lado del Derecho, sino que puede conformar el Derecho mismo y la vida en y bajo el Derecho. Desde sus orígenes, la ciencia del Derecho es una ciencia práctica.

Karl ENGISCH ²

V.1. Elementos fundamentales de la estrategia integral

Es necesario articular una Estrategia global e integral de integración social y de empleo de las personas mayores, como pre-condición para garantizar el respeto y eficacia real de sus derechos fundamentales. Paradigmáticamente, en tal sentido es de realzar que el Acuerdo Social y Económico de 2011, suscrito por las organizaciones profesionales más representativas en España considera necesario la «adopción de una Estrategia global de empleo de los trabajadores de más edad, con el objetivo de favorecer su mantenimiento en el mercado de trabajo y promover la reincorporación de quien pierde su empleo en los últimos años de su vida laboral». Y en ese marco político-institucional, de lo que se trata es de *realizar políticas que combinen* lo social y lo laboral (políticas sociolaborales) y lo económico y lo jurídico (políticas jurídico-económicas), y lo social y lo cultural (políticas socioculturales).

¹ IHERING, R. v.: *La lucha por el derecho*, trad. Adolfo Posada, edición y estudio preliminar, «Ihering y la lucha por el Derecho», a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2008, pág. 31.

² ENGISCH, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Presentación de Luis García San Miguel, Granada, Ed. Comares, 2001, págs. 2-3.

Lo cual refleja la dimensión de política del Derecho intrínseca a la elaboración de dicha Estrategia global.

Ello supondrá una redefinición de las políticas de empleo y de las políticas de Seguridad Social dirigidas a los mayores en el sentido de potenciar un envejecimiento activo, su integración y lucha contra las situaciones de exclusión social. Esto implica, a su vez, una colaboración e interconexión entre todas las políticas públicas y los marcos jurídico-institucionales correspondientes llamados a incidir en la calidad de vida de los mayores. Pero, además, esas políticas (que no se pueden limitar en absoluto al debate oportunista sobre la edad de jubilación) deben adoptar un enfoque preventivo y proactivo tanto del envejecimiento digno (satisfactorio) como respecto al mantenimiento de la vida laboral de los trabajadores mayores (en el marco del enfoque del «envejecimiento activo»).

Es lo cierto que tanto las Naciones Unidas como la OIT entienden que es necesario diseñar políticas de previsión y adaptación al envejecimiento de la población. Es previsible que en cincuenta años la población mayor de los Estados desarrollados se triplique. Pero nunca debe olvidarse que el fenómeno del envejecimiento poblacional es un logro social, o en otras palabras: un éxito del estado de civilización y del constitucionalismo democrático-social. En ese marco la política social ha tendido a tomar en consideración todo el ciclo vital de la persona y en particular del trabajador. Aunque este fenómeno exige que se articule una intervención pública en todos los ámbitos y niveles, reorganizando las políticas públicas socio-económicas para abordar de modo eficaz las consecuencias del envejecimiento poblacional.

El reto será instaurar una sociedad para todas las edades, lo que exigirá que las instancias políticas y los actores implicados asuman su responsabilidad colectivamente en la elaboración de nuevas formas de organización de la sociedad que aseguren un futuro más justo y más sostenible para todas las generaciones. Precisamente, el cambio demográfico actual puede ser no sólo un reto sino también una oportunidad para trabajar conjuntamente en la creación de una sociedad (y más cercanamente una Unión Europea) más sensible a las cuestiones relacionadas con las personas mayores en el horizonte de 2020. Crear una sociedad sensible a las cuestiones relacionadas con las personas mayores significa fomentar la solidaridad intergeneracional y posibilitar la participación activa y la intervención de todos los grupos de edad, al tiempo que se les proporciona la protección y el apoyo adecuados. Así cada grupo de población y de edad se beneficiará³:

³ En la línea defendida por AGE Platform Europe, «Manifiesto por una Unión Europea sensible a las cuestiones relacionadas con las personas mayores para el año 2020». Coalición de socios para el Año Europeo 2012 del Envejecimiento Activo y la Solidaridad entre Generaciones.

- 1.º Una actitud positiva hacia el envejecimiento, que reconozca el valor de la identidad y la contribución *de todos los grupos de edad* a la sociedad;
- 2.º Un mercado laboral *inclusivo* que garantice la participación en el trabajo remunerado de personas jóvenes y mayores, incluyendo aquellos con discapacidad o enfermedades crónicas, que apoye la transferencia intergeneracional de conocimientos y permita a los trabajadores cuidar su salud y conciliar su vida personal y laboral;
- 3.º Espacios abiertos, edificios y transportes accesibles, así como viviendas e instalaciones para actividades deportistas adaptadas, que promuevan la vida independiente y la participación en la sociedad durante más tiempo, a la vez que aumentan las oportunidades de intercambio generacional e intergeneracional.
- 4.º Bienes y servicios adaptados a las necesidades de todos.
- 5.º Acceso a las nuevas tecnologías e inclusión en el ámbito digital en una sociedad cada vez más basada en las TIC, para permitir la participación, como ciudadanos, trabajadores, consumidores, usuarios y proveedores de servicios, cuidadores, amigos y miembros de la familia.
- 6.º La posibilidad de tener voz en la toma de decisiones y los procesos de investigación que les afectan;
- 7.º La oportunidad de participar activamente en actividades de voluntariado, culturales, deportivas y de recreo, creando de esta manera, y/o manteniendo, sus redes sociales, adquiriendo nuevas competencias y contribuyendo a su realización y bienestar personal;
- 8.º Acceso al aprendizaje permanente e intergeneracional para adquirir nuevas habilidades y conocimientos a cualquier edad;
- 9.º Sistemas de protección social basados en la solidaridad «intra» e intergeneracional que prevengan y alivien la pobreza, que garanticen unos ingresos suficientes en la tercera edad y la sostenibilidad de los sistemas de pensiones tanto para las generaciones actuales como para las futuras, que aseguren el acceso a servicios sociales y sanitarios de calidad *en todo el ciclo vital* y el apoyo a los cuidadores informales. Sistemas de protección social no sólo reactivos, sino también preventivos de las situaciones desfavorables o de desventaja social en el proceso de envejecimiento de la población.
- 10.º Condiciones y oportunidades para crecer y envejecer con buena salud física y mental a través de la prevención de enfermedades y la promoción de la actividad física, una dieta saludable, la educación para la salud y el bienestar, así como la actuación directa sobre los principales determinantes de la mala salud.

En definitiva: Las Naciones Unidas (La Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa), la OMS (OMS-Europa) y la OIT, también deberían unir

sus recursos e iniciativas en sus distintas dimensiones y niveles. Deberían coordinarse para adoptar una «Estrategia mundial y europea para el envejecimiento activo y saludable y un sociedad (UE) sensible a las cuestiones relativas a las personas mayores» para apoyar a todos los Estados a alcanzar los objetivos establecidos (Estrategia Europea 2020) y crear un crecimiento inteligente, sostenible e incluyente. Esta estrategia, entre otras cuestiones, debería establecer un marco jurídico-institucional adecuado, y con carácter complementario: Aprovechar la oportunidad de un nuevo Método Social Abierto de Coordinación (MSAC) para involucrar eficazmente a la sociedad (política y) civil en la elaboración de políticas sociales a fin de lograr un sistema de protección social adecuado, justo y sostenible, y aumentar la cohesión social en general y la justicia social en particular. Debería, por otra parte, desafiar la discriminación por edad en todos los aspectos de la vida y promover la no discriminación y la igualdad de género en todos los aspectos de la solidaridad intergeneracional y el envejecimiento activo; fortalecer la cohesión social, la inclusión y la participación durante todo el ciclo de vida; y garantizar sistemas de protección social y sanitaria pública (de salud) adecuados, eficientes y justos para todas las edades y el acceso a servicios de calidad con el fin de garantizar que las personas mayores más vulnerables pueden tener una vida digna, sin pobreza ni exclusión social y con reales oportunidades vitales.

Se trata de crear las condiciones para alcanzar una verdadera *sociedad inclusiva* para una población que envejece⁴.

En todo caso, una sociedad para todas las edades no debe obviar el hecho de que es estrictamente necesario atender a la problemática y protección específica de los mayores, pues de lo contrario se hace difuminar o desaparecer la realidad existencial de ese colectivo poblacional y resultarán ineficientes las medidas preventivas y de respuesta reparado que se diseñen en cada momento histórico en atención a los distintos momentos o etapas del ciclo vital de las personas en su proceso de envejecimiento. Es preciso que se visibilicen los problemas y las cuestiones sociales y políticas de las personas mayores.

Ese enfoque ha tenido ya plasmaciones jurídico-positivas en algunos Derechos nacionales. Un caso especialmente significativo es el que se acoge en la «Ley Integral para la Persona Adulta Mayor» (Ley núm. 7935 del 25 de octubre de 1999) y su Reglamento (Reglamento de la Ley núm. 7935, «Ley Integral para la persona

⁴ Véase OIT: *Una sociedad inclusiva para una población que envejece: el desafío del empleo y la protección social*, Documento de Trabajo presentado por la OIT ante la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, Madrid, 8-12 de abril de 2002, en que se pone de manifiesto las previsiones de evolución de la pirámide de población en un sentido de aumento exponencial de las personas mayores, reflejo de la mayor esperanza de vida y la disminución de la fecundidad y de las tasas de natalidad. Lo que exige establecer todo un programa de iniciativas preventivas articuladas para el afrontar el problema.

adulta mayor»). Los objetivos de la Ley son: a) garantizar a las personas mayores, igualdad de oportunidades y vida digna en todos los ámbitos; b) Garantizar la participación activa de las personas mayores en la formulación y aplicación de las políticas que las afecten; c) Promover la permanencia de las personas mayores en su núcleo familiar y comunitario; d) Propiciar formas de organización y participación de las personas mayores, que le permitan al país aprovechar la experiencia y el conocimiento de esta población; e) Impulsar la atención integral e interinstitucional de las personas mayores por parte de las entidades públicas y privadas, y velar por el funcionamiento adecuado de los programas y servicios, destinados a esta población; f) Garantizar la protección y la seguridad social de las personas mayores (art. 1). Su Título II regula «Derechos y beneficios», distinguiendo entre los primeros, los derechos para mejorar la calidad de vida (art. 3) (Toda persona mayor tendrá derecho a una mejor calidad de vida, mediante la creación y ejecución de programas que promuevan: a) El acceso a la educación, en cualquiera de sus niveles, y a la preparación adecuada para la jubilación; b) La participación en actividades recreativas, culturales y deportivas promovidas por las organizaciones, las asociaciones, las municipalidades y el Estado; c) La vivienda digna, apta para sus necesidades y que le garantice habitar en entornos seguros y adaptables; d) El acceso al crédito que otorgan las entidades financieras públicas y privada; d) el acceso a un hogar sustituto u otras alternativas de atención, con el fin de que se vele por sus derechos e intereses, si se encuentra en riesgo social; f) La atención hospitalaria inmediata, de emergencia, preventiva, clínica y de rehabilitación; g) La pensión concedida oportunamente, que le ayude a satisfacer sus necesidades fundamentales, haya contribuido o no a un régimen de pensiones; h) La asistencia social, en caso de desempleo, discapacidad o pérdida de sus medios de subsistencia; i) La participación en el proceso productivo del país, de acuerdo con sus posibilidades, capacidades, condición, vocación y deseos; j) La protección jurídica y psicológica a las personas mayores afectadas por la violencia física, sexual, psicológica y patrimonial; k) El trato preferencial cuando efectúe gestiones administrativas en las entidades públicas y privadas; l) La unión con otros miembros de su grupo étnico, en la búsqueda de soluciones para sus problemas), derechos laborales (art. 4) (Las personas mayores disfrutará de los siguientes derechos laborales: a) Ser seleccionadas para ocupar cualquier puesto, siempre que sus calidades y capacidades las califiquen para desempeñarlo. No podrán ser discriminadas por razón de su edad; b) Contar con los horarios laborales y los planes vacacionales adecuados a sus necesidades, siempre que tal adecuación no perjudique la buena marcha de la entidad empleadora; c) Disfrutar de los mismos derechos que los otros trabajadores. No serán explotadas física, mental ni económicamente), derechos de residentes o usuarios en establecimientos privados (art. 5) (Toda persona mayor que resida permanente o transitoriamente en un hogar, centro diurno, albergue u otra modalidad de atención, tiene los siguientes derechos: a) Relacionarse efectivamente

con sus familiares u otras personas con las que desee compartir, asimismo, recibir sus visitas dentro de los horarios adecuados; b) Recibir información previa de todos los servicios que presta dicho establecimiento y del coste de estos; c) Ser informada respecto de su condición de salud y la participación del tratamiento que requiere; d) Oponerse a recibir tratamiento médico experimental y con exceso de medicamentos (polifarmacia); e) No ser trasladada ni removida del establecimiento sin haberlo consentido, excepto si se le informa, por escrito y con un mínimo de treinta días de anticipación, de que se le va a dar de alta o de la existencia de otras razones para el traslado a la remoción. En ambos casos, las razones del traslado deben quedar fundamentadas en el expediente que, obligatoriamente, deben tener de cada residente o usuario; f) No ser aislada, excepto por causas terapéuticas, para evitar que se dañe a sí misma o perjudique a otras personas. Si e requiere el aislamiento, deberá ser respaldado por una orden extendida por un equipo profesional competente. La condición de aislamiento deberá revisarse periódicamente. Dicha revisión se hará constar en los expedientes clínicos; g) Administrar sus propias finanzas o elegir a una persona para que se las administre y recibir informes trimestrales del responsable de manejarlas. Cuando resida en forma permanente en un hogar o albergue, deberá contribuir con el costo de su estancia hasta con un máximo del noventa por ciento de su ingreso por concepto de pensión mensual; h) Gozar de privacidad durante las visitas de su cónyuge o compañero. Cuando ambos cónyuges o compañeros sean residentes, deberá suministrárseles un dormitorio común, siempre que las facilidades del establecimiento lo permitan; i) Circular libremente tanto dentro del establecimiento como fuera de él, siempre que las condiciones físicas y mentales se lo permitan), derecho a la integridad (art. 6) (Las personas mayores tendrán derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. Este derecho comprende la protección de su imagen, autonomía, pensamiento, dignidad y valores) y derecho a la imagen (art. 7).

Pero lo relevante es señalar también que esos derechos imponen «deberes de la sociedad» y «Sanciones» para hacerlos valer. A ello se dedica el Título III («Deberes de la sociedad»), y se comienza por indicar que el Estado deberá garantizar las condiciones óptimas de salud, nutrición, vivienda, desarrollo integral y seguridad social a las personas mayores. Asimismo, deberá asegurar a todos los trabajadores una preparación adecuada para la jubilación (art. 13, relativo a los «Deberes del Estado»). Se establece igualmente un deber de atención preferencial a las personas mayores (art. 13), deberes de instituciones y organizaciones sociales que ejecutan la política social (art. 15) y medidas para que los mayores permanezcan integrados a su núcleo familiar y su comunidad (art. 16). Se imponen también deberes estatales para garantizar la salud de las personas mayores (art. 17), acciones del Ministerio de Salud (art. 18), y medidas relativas al acceso a la educación (art. 19), impulso de programas educativos (art. 20), introducción a todos los niveles educativos de programas con contenidos sobre el proceso de envejecimiento (art. 21), diseño de

programas culturales (art. 22), acceso a carreras universitarias (art. 23), facilitar el estudio para las personas mayores (art. 24). Se imponen deberes públicos relativos a la vivienda para la población mayor (Capítulo IV): garantía de financiación (art. 26), derecho a la vivienda digna (art. 27), previsiones especiales sobre viviendas adecuadas (art. 28), proyectos de vivienda de interés social (art. 29), deberes del Banco Hipotecario de la Vivienda (art. 30). Pero se ha de realzar que dedica un importante artículo al trabajo de los mayores: con garantía de oportunidades laborales (art. 31) (A todas las personas mayores deberá brindárseles la oportunidad de realizar actividades que les generen recursos financieros. Para lograrlo, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social deberá: a) Propiciar la organización de las personas mayores en grupos productivos de diferente orden; b) Fomentar el desarrollo de programas de capacitación para que las personas mayores adquieran conocimientos y destrezas, en el campo de la formulación y ejecución de proyectos productivos; c) Asesorar a las personas mayores para que puedan tener acceso a fuentes blandas de financiación. Se dará preferencia a las que otorgan cooperaciones financieras no reembolsables; d) Organizar una bolsa de trabajo mediante la cual se identifiquen actividades laborales que puedan ser desempeñadas por las personas mayores y orientarlas para que presenten ofertas de trabajo; e) Impulsar programas de preparación para la jubilación en los centros de trabajo públicos y privados.

El Título V se destina al «Procedimiento y Sanciones», donde se establecen medidas de prevención (art. 57), Sanciones penales en los supuestos de agresión física (art. 5), agresión sexual (art. 59), agresión psicológica (art. 60), explotación de personas mayores (art. 61), inhabilitación especial (art. 62); sanciones administrativas (artículos 63 y 64; y sanciones civiles (artículos 65 y 66).

De este modo, lo que se pretende es llevar a cabo una política integral en la garantía de los derechos de las personas mayores en el sentido de que los derechos de las personas mayores deben considerarse al menos desde los siguientes aspectos *incorporando el estándar internacional consagrado en los instrumentos relativos al bienestar de las personas mayores*: a) los derechos básicos de toda persona, como la vida, la igualdad y la seguridad; b) los derechos que pertenecen al individuo con relación al grupo social en el cual participa, como la privacidad individual y familiar, la libertad de desplazarse y la libertad de culto, entre otros; c) las libertades civiles y los derechos políticos, relacionados con la participación en el gobierno y la competencia democrática; y d) los derechos de naturaleza económica y social, que operan en la esfera de las oportunidades laborales, la educación y en otras esferas de la dimensión social⁵.

⁵ Véase la Exposición de Motivos del Decreto Ejecutivo núm. 30438- MP, de la Ley Integral para la persona mayor (La Gaceta N1. 93 del 16/05/2002).

V.2. **Iniciativas para mejorar la posición de las personas mayores en la sociedad del envejecimiento activo y de la solidaridad entre Generaciones**

La condición de persona mayor debe ser un elemento delimitador del alcance de las políticas públicas de protección social, de fomento de la integración y de la participación política. De este modo debe articularse:

- a) Políticas de empleo y luchas contra la exclusión social de los mayores. Derecho al trabajo y derecho a la integración social. Derecho al envejecimiento activo como un derecho fundamental. (CDFUE: Arts. 15. Libertad profesional y derecho a trabajar; 25. Derechos de las personas mayores; 26. Integración de las personas discapacitadas; etcétera).
- b) Políticas de Seguridad Social: derecho a la pensión y especialmente la pensión de jubilación. Derecho a la Salud y Asistencia Sanitaria. (CDFUE: Arts. 34. Seguridad Social y Ayuda Social; 35. Protección de la Salud; etcétera).
- c) Políticas de protección de las situaciones de dependencia. La dependencia como nuevo derecho de ciudadanía social garantizado por los sistemas públicos de protección social (CDFUE: Arts. 34. Seguridad Social y Ayuda Social; 35. Protección de la Salud; etcétera).
- d) Políticas de fomento de la participación social y política (CDFU: Art. 25. Derechos de las personas mayores; 26. Integración de las personas discapacitadas; etcétera).

Es decir, es necesario abarcar de modo interdependiente los distintos círculos de la ciudadanía integral, de manera que las personas mayores sean un centro de imputación coherente y sistemáticamente organizado de políticas públicas. En esa dirección —todavía pendiente— de instrumentar una política integral de los mayores parece situarse la Comisión Europea, según se expresa en la Comunicación de la Comisión Europea «El futuro demográfico de Europa: transformar un reto en una oportunidad», COM(2006) 571 final, de 12 de octubre; y Comunicación «Libro Verde «Frente a los cambios demográficos, una nueva solidaridad entre generaciones», COM (2005) 94 final, Bruselas, 16 de marzo de 2005; Comunicación de la Comisión «La respuesta de Europa al envejecimiento a escala mundial. Promover el progreso económico y social en un mundo en proceso de envejecimiento. Contribución de la Comisión Europea a la segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, COM(2002) 143 final, Bruselas, 18 de marzo de 2002. Pero la puesta en práctica de los derechos de las personas mayores exige la actualización de deberes positivos y activos por parte de los poderes públicos en todos los ámbitos y en todas las etapas del ciclo vital de las personas.

El carácter fragmentario de los instrumentos predisuestos para afrontar la problemática del envejecimiento y de los mayores cuestiona seriamente la efi-

ciencia, siendo necesario establecer una programación general que atienda a las múltiples dimensiones del problema. En esta dirección se había pronunciado el Foro Mundial de Organizaciones No Gubernamentales para el Envejecimiento, de Madrid, 2002. Un punto de partida para el diseño de esta política global puede ser inicialmente el concepto de envejecimiento activo tal y como ha sido formulado por la OMS, pues, en efecto, su alcance es omnicompreensivo, incluyendo la participación en la vida social y política, el derecho al trabajo y la prolongación voluntaria de la vida activa, el fomento de las capacidades de las personas en todo el ciclo vital, la mejora de la salud. Es una concepción integral y no economicista. Se trataría de planificarlas vertebrándolas con la incorporación de políticas de género; políticas diferenciadas atendiendo a la diversidad del colectivo de los mayores (diferencias de posición y de clase social, de sexo y de otras circunstancias); políticas horizontales o transversales, que modulan el conjunto de las políticas públicas (políticas de integración y de lucha contra la exclusión social, políticas de Seguridad Social, Asistencia y Servicios Sociales, políticas de empleo, políticas de prevención de riesgos laborales, etcétera); y políticas que asuman un carácter preventivo dado que las políticas reactivas se han mostrado extraordinariamente ineficientes actuando en una fase excesivamente tardía⁶.

Es en este marco donde se puede abordar una política de empleo, pues el empleo es un factor de integración social y da acceso a un estatuto jurídico-protector vinculado al empleo y a la condición socio-jurídica de trabajador protegido. Permite, por otra parte, que mediante la actividad laboral la persona pueda participar activamente en la creación del producto social. De ahí el significado «civilizatorio» del derecho fundamental al trabajo⁷ y lo que otorga de fundamento a las políticas de acceso y permanencia voluntaria de los mayores en el mercado de trabajo a través de un trabajo decente, esto es digno del hombre. Las personas mayores tienen que tener la posibilidad de decidir si desean continuar trabajando hasta la edad legal de jubilación y, sin lo prefieren, después. Esto exigirá, entre otras cosas, reconocer la capacidad de las personas mayores, adaptar el entorno laboral y los horarios (lo que también ofrece ventajas a lo largo del ciclo), abrir la posibilidad

⁶ Comunicación de la Comisión «La respuesta de Europa al envejecimiento a escala mundial. Promover el progreso económico y social en un mundo en proceso de envejecimiento. Contribución de la Comisión Europea a la segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, COM(2002) 143 final, Bruselas, 18 de marzo de 2002, pág. 6. Véase SEMPERE NAVARRO, A. V. y QUINTANILLA NAVARRO, R. Y.: *Empleo y protección social de los trabajadores de edad avanzada. Análisis comparado de la situación actual y propuestas de futuro*, Madrid, Consejo Económico y Social de España, 2009, págs. 100 y sigs.

⁷ Véase MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: «La cláusula transformadora (Artículo 9. 2)», en VV. AA.: *Comentarios a la Constitución Socio-Económica de España*, Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.ª N. (Directores), Granada, Ed. Comares, 2002, págs. 131 y sigs.

de participar en formaciones y estar al día de los cambios de métodos y esforzarse por combatir los prejuicios contra las personas mayores en el entorno laboral. Las personas mayores aportan un cúmulo de experiencia y de capacidades en las organizaciones productivas que son esenciales en una coyuntura en la que escasean las capacidades y que garantiza una contribución a la economía. Es preciso animar a las empresas a que desarrollen mejores prácticas en cuanto a estrategias de gestión de la edad.

Precisamente la Declaración de la OIT «sobre la justicia social para una globalización equitativa» de 2008 *institucionaliza* el concepto de Trabajo Decente desarrollado por la OIT desde 1999, y lo sitúa en el centro de las políticas de la OIT para alcanzar sus objetivos constitucionales. La Declaración de la OIT promueve una globalización equitativa basada en el Trabajo Decente para todos, como meta fundamental de las políticas internacionales y nacionales y las estrategias de desarrollo. Precisamente, esa Declaración hace hincapié en la importancia de un enfoque holístico e integrado al reconocer el carácter integrado e inseparable de los objetivos a perseguir (propiciar políticas basadas en los objetivos estratégicos, como el empleo, la protección social, el diálogo social y los derechos en el trabajo, etcétera). Se trata de abordar la elaboración de un enfoque global e integrado, en consonancia con el Programa de Trabajo Decente y los grandes objetivos estratégicos de la OIT, basándose en las sinergias existentes entre ellos ⁸.

El soporte jurídico-político de estas políticas de intervención orientadas a establecer una estrategia integral tanto a nivel internacional como a nivel nacional.

Al efecto debería elaborarse una Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas Mayores, con rango de Tratado, dotado de un sistema de garantías jurisdiccionales y de desarrollo e impulso político. Pero no será suficiente crear ese marco internacional general sino que será igualmente preciso elaborar instrumentos normativos de Derecho Internacional Regional, configurados como normas de garantía y como normas de decisión fundamental, que impongan deberes de actuación a los ciudadanos y a los poderes públicos ⁹. Pero como siempre

⁸ OIT: «Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa», adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésimo séptima reunión, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 10 de junio de 2008, Prefacio, págs. 1-2 y 8.

⁹ Puede consultarse MONEREO PÉREZ, J. L.: *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2009; VV. AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J. L. (Directores), Granada, Ed. Comares, 2012, Título VII, Disposiciones Generales que rigen la interpretación y la aplicación de la Carta, págs. 1299 y sigs. Se ha subrayado que el contenido de los derechos son los deberes cuyo objetivo es satisfacerlos, de manera que un derecho al que no corresponda ningún deber es un derecho vacío de contenido, VV. AA.: *El libro de los deberes. Las debilidades e insuficiencias de la estrategia de los derechos*, Estévez Araujo, J. A. (ed.), Madrid, Ed. Trotta, 2013.

ha ocurrido en la historia será necesaria la lucha por el derecho ante todo por el colectivo de los mayores. Tras la idea del «empoderamiento» de los mayores lo que debe hacerse reclamo es a la ciudadanía activa y la movilización del propio colectivo de las personas mayores en aras de la defensa de los clásicos y de los nuevos derechos. Esa idea de ciudadanía activa incorpora un conjunto de prácticas de acción y control, de compromiso en y con el espacio público, a través de las cuales la sociedad —y dentro de ella las personas mayores— ejerce su poder de participación, de corrección y de presión y vigilancia legítima para la defensa de los intereses y valores que le son propios.

Tras ello se sitúa una determinada concepción de la democracia que va más allá de su limitada acepción procedimental, pues remite también a la democracia de los poderes indirectos diseminados en el cuerpo social, la democracia de la legitimidad de la participación activa organizada de los individuos frente a una concepción de la democracia exclusivamente circunscrita al momento electoral. La participación política de los individuos y grupos sociales, como prácticas vivas, tiene una multiplicidad de cauces de expresión legítima, que remiten a formas de contrapoderes y a formas de poderes complementarios y necesarios para una democracia deliberativa y participativa. En realidad —como se ha hecho notar— la vida democrática se estructura y articula en torno a tres formas básicas de actividad democrática: a) La «democracia de expresión», que corresponde a la participación de la sociedad, a la manifestación de un sentimiento colectivo, a la formulación de juicios sobre los gobernantes y sus acciones, o también a la expresión de reivindicaciones. b) A la «democracia de implicación», que engloba el conjunto de los medios por los cuales los ciudadanos se ponen de acuerdo y se vinculan entre ellos para producir un mundo común. Y c) La «democracia de intervención», la cual se constituye con todas las formas de acción colectiva en una sociedad activa para obtener un resultado deseado o una respuesta frente a los poderes más o menos institucionalizados ¹⁰. En realidad, la historia de las democracias realmente existentes es indisociable de una fuerte tensión y un cuestionamiento permanentes. En ello reside, igualmente, la calidad de un auténtico sistema democrático. Terminar diciendo, con Simone Weil, que «casi nunca se considera a la política como un arte tan elevado. Pero es porque desde hace siglos existe la costumbre de considerarla sólo, o al menos principalmente, como la técnica de la adquisición y conservación del poder. Ahora bien, el poder no es un fin. Por naturaleza, por esencia, por definición, constituye exclusivamente un medio» al servicio de la sociedad ¹¹.

¹⁰ ROSANVALLON, P.: *La contrademocracia. La política en la era de la desconfianza* (2006), trad. Gabriel Zadunaisky, revisión de Carlos de Santos, Buenos Aires, Ed. Manantial, 2007, espec., págs. 23 y sigs; y en otra perspectiva complementaria, FERRAJOLI, L.: *Poderes salvajes. La crisis de la democracias constitucional*, Prólogo de Perfecto Andrés Ibañez, Madrid, Ed. Trotta, 2011.

¹¹ WEIL, S.: *Raíces del existir. Preludio a una declaración de deberes hacia el ser humano*, trad. y Prólogo de María Eugenia Valentí, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1954, págs. 218-219.

VI. TEXTOS JURÍDICOS ANEXOS SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS MAYORES (SELECCIÓN)

1. Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de edad

Los Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de edad fueron aprobados por resolución 46/91 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de fecha 16 de diciembre de 1991.

Alientan a los Gobiernos a que introduzcan en sus programas nacionales cada vez que sea posible los principios siguientes:

INDEPENDENCIA

1. Las personas de edad deberán tener acceso a alimentación, agua, vivienda, vestuario y atención de salud adecuados, mediante la provisión de ingresos, el apoyo de sus familias y de la comunidad y su propia autosuficiencia.
2. Las personas de edad deberán tener la oportunidad de trabajar o de tener acceso a otras oportunidades de generar ingresos.
3. Las personas de edad deberán poder participar en la determinación de cuando y en qué medida dejarán de desempeñar actividades laborales.
4. Las personas de edad deberán tener acceso a programas educativos y de formación adecuados.
5. Las personas de edad deberán tener la posibilidad de vivir en entornos seguros y adaptables a sus preferencias personales y a la evolución de sus capacidades.
6. Las personas de edad deberán poder residir en su propio domicilio por tanto tiempo como sea posible.

PARTICIPACIÓN

7. Las personas de edad deberán permanecer integradas en la sociedad, participar activamente en la formulación y la aplicación de las políticas que afecten directamente a su bienestar y poder compartir sus conocimientos y pericias con las generaciones más jóvenes.
8. Las personas de edad deberán poder buscar y aprovechar oportunidades de prestar servicio a la comunidad y de trabajar como voluntarios en puestos apropiados a sus intereses y capacidades.

9. Las personas de edad deberán poder formar movimientos o asociaciones de personas de edad avanzada.

CUIDADOS

10. Las personas de edad deberán poder disfrutar de los cuidados y la protección de la familia y la comunidad de conformidad con el sistema de valores culturales de cada sociedad.
11. Las personas de edad deberán tener acceso a servicios de atención de salud que les ayuden a mantener o recuperar un nivel óptimo de bienestar físico, mental y emocional, así como a prevenir o retrasar la aparición de enfermedades.
12. Las personas de edad deberán tener acceso a servicios sociales y jurídicos que les aseguren mayores niveles de autonomía, protección y cuidado.
13. Las personas de edad deberán tener acceso a medios apropiados de atención institucional que les proporcionen protección, rehabilitación y estímulo social y mental en un entorno humano y seguro.
14. Las personas de edad deberán 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 vida.

AUTORREALIZACIÓN

15. Las personas de edad deberán poder aprovechar las oportunidades para desarrollar plenamente su potencial.
16. Las personas de edad deberán tener acceso a los recursos educativos, culturales, espirituales y recreativos de la sociedad.

DIGNIDAD

17. Las personas de edad deberán poder vivir con dignidad y seguridad y verse libres de explotación y de malos tratos físicos o mentales.
18. Las personas de edad deberán recibir un trato digno, independientemente de la edad, sexo, raza o procedencia étnica, discapacidad u otras condiciones, y han de ser valoradas independientemente de su contribución económica.

2. Hacia un instrumento jurídico internacional amplio e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas de edad

Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, 13 de febrero 2013

[sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/67/449 y Corr.1)]

La Asamblea General,

Reafirmando los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y las obligaciones consignadas en los instrumentos pertinentes de derechos humanos,

Reafirmando también que la Declaración Universal de Derechos Humanos¹ proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y que toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en la misma, sin distinción alguna de edad, raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición,

Recordando todas las resoluciones de la Asamblea General sobre cuestiones relativas a las personas de edad, incluidas las mujeres de edad, empezando por su resolución 2542 (XXIV), de 11 de diciembre de 1969, y recordando también todas las resoluciones relativas a la promoción y la protección de los derechos y la dignidad de las personas de edad del Consejo Económico y Social y de la Comisión de Desarrollo Social, así como de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, según corresponda,

Reafirmando los resultados de la Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento², los Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de edad, aprobados en 1991³, los objetivos mundiales sobre el envejecimiento para el año 2001, acordados en 1992⁴, y la Proclamación sobre el Envejecimiento, de 1992⁵, así como

¹ Resolución 217 A (III).

² Véase *Informe de la Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento*, Viena, 26 de julio a 6 de agosto de 1982 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.82.I.16).

³ Resolución 46/91, anexo.

⁴ A/47/339, secc. III.

⁵ Resolución 47/5, anexo.

los resultados de la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento⁶ y de los correspondientes exámenes de seguimiento, en particular en lo que se refiere a la promoción de los derechos y el bienestar de las personas de edad sobre la base de la igualdad y la participación,

Reconociendo que los esfuerzos emprendidos por los gobiernos, los órganos competentes del sistema de las Naciones Unidas y la sociedad civil, incluidas las organizaciones no gubernamentales y el sector privado, para aumentar la cooperación y la integración, además de la concienciación y sensibilización acerca de las cuestiones relativas al envejecimiento desde la aprobación del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento, 2002⁷, no han sido suficientes para fomentar oportunidades para las personas de edad y promover su participación plena y efectiva en la vida económica, social, cultural y política,

Recordando su resolución 65/182, de 21 de diciembre de 2010, en la que decidió establecer un grupo de trabajo de composición abierta en el que pudieran 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 correspondiera, de la viabilidad de nuevos instrumentos y medidas,

Reconociendo que, para 2050, más del 20% de la población mundial tendrá 60 años o más, y reconociendo también que el aumento del número de personas de edad será mayor y más rápido en el mundo en desarrollo,

Reconociendo también que la mayoría de los hombres y las mujeres de edad pueden seguir contribuyendo de manera esencial al funcionamiento de la sociedad si existen las garantías, los medios y los recursos adecuados y se dispone del nivel más alto posible de atención de la salud, y que las personas de edad deben participar plenamente en el proceso de desarrollo y compartir también los beneficios que este reporta,

Reafirmando los resultados de las principales conferencias y cumbres de las Naciones Unidas y de los correspondientes exámenes de seguimiento, en particular en lo que se refiere a la promoción de los derechos humanos y el bienestar de las personas de edad sobre la base de la igualdad y la participación,

Alentada por el creciente interés de la comunidad internacional en promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas de edad en todo el mundo en el marco de un enfoque amplio e integral,

Reconociendo que la mayoría de los tratados de derechos humanos fundamentales contienen numerosas obligaciones implícitas para con las personas de edad, pero que las referencias explícitas a la edad en los tratados internacionales básicos de derechos humanos son escasas, que no existe ningún instrumento relativo a las personas de edad, y que solo unos cuantos contienen referencias explícitas a la edad,

Tomando nota de los informes del Grupo de Trabajo de composición abierta sobre el envejecimiento y acogiendo con beneplácito el informe de la Alta

⁶ Véase *Informe de la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento*, Madrid, 8 a 12 de abril de 2002 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.02.IV.4).

⁷ *Ibid.*, cap. I, resolución 1, anexo II.

Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos de las personas de edad⁸, en el que se señala que se requieren sin demora medidas especiales para fortalecer el régimen internacional de protección de las personas de edad, incluido un nuevo instrumento internacional específico,

1. *Decide* que el Grupo de Trabajo de composición abierta sobre el envejecimiento, en el que podrán participar todos los Estados Miembros y observadores de las Naciones Unidas, como parte de su mandato y a partir de su cuarto período de sesiones, que se celebrará en 2013, examine propuestas relativas a un instrumento jurídico internacional para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas de edad, sobre la base del enfoque holístico adoptado en la labor realizada en las esferas del desarrollo social, los derechos humanos y la no discriminación, así como la igualdad de género y el empoderamiento de la mujer, y teniendo en cuenta las aportaciones del Consejo de Derechos Humanos, los informes del Grupo de Trabajo y las recomendaciones de la Comisión de Desarrollo Social y la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, así como las contribuciones del segundo examen y evaluación mundial del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento, 2002⁷, que se llevará a cabo en el 51º período de sesiones de la Comisión de Desarrollo Social;

2. *Solicita* al Grupo de Trabajo que le presente lo antes posible una propuesta que contenga, entre otras cosas, 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;

3. *Invita* a los Estados y los órganos y las organizaciones competentes del sistema de las Naciones Unidas, en particular los titulares de mandatos y los órganos competentes creados en virtud de tratados de derechos humanos y las comisiones regionales, así como a las organizaciones intergubernamentales con interés en la materia a que contribuyan a la labor encomendada al Grupo de Trabajo en el párrafo 1 *supra*, e invita a las organizaciones no gubernamentales competentes a que contribuyan, según proceda, sobre la base de las modalidades de participación acordadas por el Grupo de Trabajo⁹;

4. *Solicita* al Secretario General que, con el apoyo de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la División de Política Social y Desarrollo del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de la Secretaría y la Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU-Mujeres), presente al Grupo de Trabajo, antes de su cuarto período de sesiones y dentro de los límites de los recursos disponibles, una recopilación de los instrumentos jurídicos, documentos y programas internacionales existentes que se refieran, directa o indirectamente, a la situación de las personas de edad, entre ellos los de las conferencias, cumbres, reuniones o seminarios internacionales o regionales convocados por las Naciones Unidas y las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales;

5. *Solicita también* al Secretario General que proporcione al Grupo de Trabajo los recursos necesarios para el desempeño de la labor que le ha sido encomendada en la presente resolución;

⁸ E/2012/51 y Corr.1.

⁹ A/AC.278/2011/2, secc. F.

6. *Solicita además* al Secretario General que en el informe que le ha de presentar en su sexagésimo octavo período de sesiones en relación con el subtema titulado “Seguimiento del Año Internacional de las Personas de Edad: Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento”, en el marco del tema titulado “Desarrollo social”, incluya información amplia sobre la aplicación de la presente resolución.

*60ª sesión plenaria
20 de diciembre de 2012*

3. Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 (entrada en vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27) (selección)

Artículo 2

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.
2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
3. Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos.

Artículo 6

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.
2. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación tecnicoprofesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana.

Artículo 9

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.

Artículo 11

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.
2. Los Estados Partes en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán, individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos los programas concretos, que se necesitan para:
 - a) Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales;
 - b) Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan.

Artículo 12

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:
 - a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
 - b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
 - c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
 - d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

Artículo 13

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.
2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:

- a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente.
 - b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita.
 - c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita.
 - d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria.
 - e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente.
3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.
 4. Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

Parte IV

Artículo 16

1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a presentar, en conformidad con esta parte del Pacto, informes sobre las medidas que hayan adoptado, y los progresos realizados, con el fin de asegurar el respeto a los derechos reconocidos en el mismo.
2. a) Todos los informes serán presentados al Secretario General de las Naciones Unidas, quien transmitirá copias al Consejo Económico y Social para que las examine conforme a lo dispuesto en el presente Pacto;
b) El Secretario General de las Naciones Unidas transmitirá también a los organismos especializados copias de los informes, o de las partes pertinentes de éstos, enviados por los Estados Partes en el presente Pacto que además sean miembros de estos organismos especializados, en la medida en que tales informes o partes de ellos tengan relación con materias que sean de la competencia de dichos organismos conforme a sus instrumentos constitutivos.

Artículo 17

1. Los Estados Partes en el presente Pacto presentarán sus informes por etapas, con arreglo al programa que establecerá el Consejo Económico y Social en el plazo de un año desde la entrada en vigor del presente Pacto, previa consulta con los Estados

- Partes y con los organismos especializados interesados.
2. Los informes podrán señalar las circunstancias y dificultades que afecten el grado de cumplimiento de las obligaciones previstas en este Pacto.
 3. Cuando la información pertinente hubiera sido ya proporcionada a las Naciones Unidas o a algún organismo especializado por un Estado Parte, no será necesario repetir dicha información, sino que bastará hacer referencia concreta a la misma.

Artículo 18

En virtud de las atribuciones que la Carta de las Naciones Unidas le confiere en materia de derechos humanos y libertades fundamentales, el Consejo Económico y Social podrá concluir acuerdos con los organismos especializados sobre la presentación por tales organismos de informes relativos al cumplimiento de las disposiciones de este Pacto que corresponden a su campo de actividades. Estos informes podrán contener detalles sobre las decisiones y recomendaciones que en relación con ese cumplimiento hayan aprobado los órganos competentes de dichos organismos.

Artículo 19

El Consejo Económico y Social podrá transmitir a la Comisión de Derechos Humanos, para su estudio y recomendación de carácter general, o para información, según proceda, los informes sobre derechos humanos que presenten a los Estados conforme a los artículos 16 y 17, y los informes relativos a los derechos humanos que presenten los organismos especializados conforme al artículo 18.

Artículo 20

Los Estados Partes en el presente Pacto y los organismos especializados interesados podrán presentar al Consejo Económico y Social observaciones sobre toda recomendación de carácter general hecha en virtud del artículo 19 o toda referencia a tal recomendación general que conste en un informe de la Comisión de Derechos Humanos o en un documento allí mencionado.

Artículo 21

El Consejo Económico y Social podrá presentar de vez en cuando a la Asamblea General informes que contengan recomendaciones de carácter general, así como un resumen de la información recibida de los Estados Partes en el presente Pacto y de los organismos especializados acerca de las medidas adoptadas y los progresos realizados para lograr el respeto general de los derechos reconocidos en el presente Pacto.

Artículo 22

El Consejo Económico y Social podrá señalar a la atención de otros órganos de las Naciones Unidas, sus órganos subsidiarios y los organismos especializados interesados que se ocupen de prestar asistencia técnica, toda cuestión surgida de los informes a que se refiere esta parte del Pacto que pueda servir para que dichas entidades se pronuncien, cada una dentro de su esfera de competencia, sobre la conveniencia de las medidas internacionales que puedan contribuir a la aplicación efectiva y progresiva del presente Pacto.

Artículo 23

Los Estados Partes en el presente Pacto convienen en que las medidas de orden internacional destinadas a asegurar el respeto de los derechos que se reconocen en el presente Pacto comprenden procedimientos tales como la conclusión de convenciones, la aprobación de recomendaciones, la prestación de asistencia técnica y la celebración de reuniones regionales y técnicas, para efectuar consultas y realizar estudios, organizadas en cooperación con los gobiernos interesados.

Artículo 24

Ninguna disposición del presente Pacto deberá interpretarse en menoscabo de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas o de las constituciones de los organismos especializados que definen las atribuciones de los diversos órganos de las Naciones Unidas y de los organismos especializados en cuanto a las materias a que se refiere el Pacto.

Artículo 25

Ninguna disposición del presente Pacto deberá interpretarse en menoscabo del derecho inherente de todos los pueblos a disfrutar y utilizar plena y libremente sus riquezas y recursos naturales.

4. Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea (Selección) (2010/C 83/02)

Artículo 1. *Dignidad humana*

La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida.

Artículo 21. *No discriminación*

1. 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.

2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados y sin perjuicio de sus disposiciones particulares.

Artículo 25. *Derechos de las personas mayores*

La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural.

Artículo 26. *Integración de las personas discapacitadas*

La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad.

Artículo 34. *Seguridad social y ayuda social*

1. La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales.

2. Toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales.

3. Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales.

Artículo 35. *Protección de la salud*

Toda persona tiene derecho a acceder a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de la salud humana.

Título VII

**Disposiciones generales
que rigen la interpretación y la aplicación de la Carta**

Artículo 51. *Ámbito de aplicación*

1. Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión.

2. La presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados.

Artículo 52. *Alcance e interpretación de los derechos y principios*

1. Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.

2. Los derechos reconocidos por la presente Carta que constituyen disposiciones de los Tratados se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos.

3. En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa.

4. En la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones.

5. Las disposiciones de la presente Carta que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas. Sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos.

6. Se tendrán plenamente en cuenta las legislaciones y prácticas nacionales según lo especificado en la presente Carta.

7. Las explicaciones elaboradas para guiar en la interpretación de la presente Carta serán tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros.

Artículo 53. Nivel de protección

Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros.

Artículo 54. Prohibición del abuso de derecho

Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá ser interpretada en el sentido de que implique un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en la presente Carta o a limitaciones más amplias de estos derechos y libertades que las previstas en la presente Carta.

5. Carta Social Europea (revisada). Estrasburgo, 3.V. 1996

Artículo 11. *Derecho a la protección de la salud*

Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud, las Partes se comprometen a adoptar, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas adecuadas para, entre otros fines:

1. Eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente;
2. Establecer servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimar el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma;
3. Prevenir, en lo posible, las enfermedades epidémicas, endémicas y otras, así como los accidentes.

Artículo 12. *Derecho a la seguridad social*

Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la seguridad social, las Partes se comprometen:

1. A establecer o mantener un régimen de seguridad social;
2. A mantener el régimen de seguridad social en un nivel satisfactorio, equivalente, por lo menos, al exigido para la ratificación del Código Europeo de Seguridad Social;
3. A esforzarse por elevar progresivamente el nivel del régimen de seguridad social.
4. A adoptar medidas, mediante la conclusión de los oportunos acuerdos bilaterales o multilaterales, o por otros medios, sin perjuicio de las condiciones establecidas en esos acuerdos, encaminadas a conseguir:
 - a) la igualdad de trato entre los nacionales de cada una de las Partes y los de las demás Partes en lo relativo a los derechos de seguridad social, incluida la conservación de las ventajas concedidas por las leyes de seguridad social, sean cuales fueren los desplazamientos que las personas protegidas pudieran efectuar entre los territorios de las Partes;
 - b) la concesión, mantenimiento y restablecimiento de los derechos de seguridad social, por medios tales como la acumulación de los períodos de seguro o de empleo completados de conformidad con la legislación de cada una de las Partes.

Artículo 13. *Derecho a la asistencia social y médica.*

Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la asistencia social y médica, las Partes se comprometen:

1. A velar por que toda persona que no disponga de recursos suficientes y no esté en condiciones de conseguir éstos por su propio esfuerzo o de recibirlos de otras fuentes, especialmente por vía de prestaciones de un régimen de seguridad social, pueda obtener una asistencia adecuada y, en caso de enfermedad, los cuidados que exija su estado.
2. A velar por que las personas que se beneficien de tal asistencia no sufran por ese motivo disminución alguna en sus derechos políticos y sociales.
3. A disponer lo preciso para que todas las personas puedan obtener por medio de servicios adecuados, públicos o privados, el asesoramiento y ayuda personal necesarios para prevenir, eliminar o aliviar su estado de necesidad personal o familiar.
4. A aplicar las disposiciones mencionadas en los párrafos 1, 2 y 3 del presente artículo, en condiciones de igualdad con sus nacionales, a los de las restantes Partes que se encuentren legalmente en su territorio, conforme a las obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Asistencia Social y Médica, firmado en París el 11 de diciembre de 1953.

Artículo 14. Derecho a los beneficios de los servicios sociales.

Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a beneficiarse de los servicios sociales, las Partes se comprometen:

1. A fomentar u organizar servicios que, utilizando los métodos de un servicio social, contribuyan al bienestar y al desarrollo de los individuos y de los grupos en la comunidad, así como a su adaptación al medio o entorno social.
2. A estimular la participación de los individuos y de las organizaciones benéficas o de otra clase en la creación y mantenimiento de tales servicios.

Artículo 15. Derecho de las personas minusválidas a la autonomía, a la integración social y a la participación en la vida de la comunidad.

Para garantizar a las personas minusválidas, con independencia de su edad y de la naturaleza y el origen de su minusvalía, el ejercicio efectivo del derecho a la autonomía, a la integración social y a la participación en la vida de la comunidad, las Partes se comprometen, en particular:

1. A tomar las medidas adecuadas para procurar a las personas minusválidas orientación, educación y formación profesional en el marco del régimen general, siempre que sea posible, o, en caso contrario, a través de instituciones especializadas, ya sean públicas o privadas.
2. A promover su acceso al empleo mediante todas las medidas encaminadas a estimular a los empleadores para que contraten y mantengan empleadas a las personas minusválidas en el entorno habitual de trabajo y a adaptar las condiciones de trabajo a las necesidades de los minusválidos o, cuando ello no sea posible por razón de la minusvalía, mediante el establecimiento o la creación de empleos protegidos en función del grado de incapacidad. Estas medidas pueden exigir, en determinados casos, el recurso a servicios especializados de colocación y de apoyo.
3. A promover su plena integración y participación social, en particular, mediante la aplicación de medidas, incluidas las ayudas técnicas, dirigidas a superar las barreras a la comunicación y a la movilidad y a permitirles acceder a los transportes, a la vivienda, y a las actividades culturales y de ocio.

Artículo 16. Derecho de la familia a protección social, jurídica y económica.

Con miras a lograr las condiciones de vida indispensables para un pleno desarrollo de la familia, célula fundamental de la sociedad, las Partes se comprometen a fomentar la protección económica, jurídica y social de la familia, especialmente mediante prestaciones sociales y familiares, disposiciones fiscales, apoyo a la construcción de viviendas adaptadas a las necesidades de las familias, ayuda a los recién casados o por medio de cualesquiera otras medidas adecuadas.

Artículo 23. Derecho de las personas de edad avanzada a protección social

Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las personas de edad avanzada a protección social, las Partes se comprometen a adoptar o a promover, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas apropiadas orientadas, en particular:

—a permitir que las personas de edad avanzada sigan siendo miembros plenos de la sociedad durante el mayor tiempo posible, mediante:

a) recursos suficientes que les permitan llevar una vida digna y participar activamente en la vida pública, social y cultural;

b) la difusión de información sobre servicios y facilidades a disposición de las personas de edad avanzada, y las posibilidades que éstas tienen de hacer uso de ellos;

—a permitir a las personas de edad avanzada elegir libremente su estilo de vida y llevar una existencia independiente en su entorno habitual mientras lo deseen y les sea posible hacerlo, mediante:

a) la disponibilidad de viviendas adaptadas a sus necesidades y a su estado de salud o de ayudas adecuadas para la adaptación de su vivienda;

b) la asistencia sanitaria y los servicios que requiera su estado;

—a garantizar a las personas de edad avanzada que vivan en instituciones la asistencia apropiada, respetando su vida privada, y la participación en las decisiones que afecten a sus condiciones de vida en la institución.

El sistema de supervisión está recogido en la Parte IV de la Carta, modificada por el Protocolo de Turín de 1991, de la manera expuesta a Continuación:

[...]

Artículo 24. Examen de los informes.

1. Los informes presentados al Secretario General en aplicación de los artículos 21 y 22 serán examinados por un Comité de Expertos Independientes,¹ constituido conforme a lo dispuesto en el artículo. El Comité conocerá igualmente todas las observaciones remitidas al Secretario General de conformidad con el párrafo 1 del artículo 23. Al término de su examen, el Comité de Expertos Independientes¹ redactará un informe que contenga sus conclusiones.
2. Respecto de los informes previstos en el artículo 21, el Comité de Expertos Independientes¹ evaluará, desde un punto de vista jurídico, la conformidad de las legislaciones y las prácticas nacionales con las obligaciones que se derivan de la Carta para las Partes Contratantes interesadas.
3. El Comité de Expertos Independientes¹ podrá ponerse en contacto directamente con las Partes Contratantes para solicitar información y aclaraciones complementarias. A este respecto, el Comité podrá también celebrar, si lo considera necesario,

una reunión con los representantes de una Parte Contratante, a iniciativa propia o a instancia de la Parte Contratante. Se mantendrá informadas a las organizaciones mencionadas en el párrafo 1 del artículo 23.

4. El Secretario General hará públicas las conclusiones del Comité de Expertos Independientes¹ y las remitirá al Comité Gubernamental, a la Asamblea Parlamentaria y a las organizaciones mencionadas en el párrafo 1 del artículo 23 y en el párrafo 2 del artículo 27.

Artículo 25. *Comité de Expertos Independientes* [Comité Europeo de Derechos Sociales].

1. El Comité de Expertos Independientes estará formado por, al menos, nueve miembros elegidos por la Asamblea Parlamentaria, por mayoría de los votos emitidos, de entre una lista de expertos de máxima integridad y de competencia reconocida en cuestiones sociales nacionales e internacionales, que serán propuestos por las Partes Contratantes. El número exacto de miembros será fijado por el Comité de Ministros.
2. Los miembros del Comité serán elegidos por un período de seis años. Podrán ser reelegidos una vez.
3. Si un miembro del Comité de Expertos Independientes¹ hubiera sido elegido para sustituir a otro cuyo mandato no haya expirado aún, desempeñará su puesto hasta el término del mandato de su predecesor.
4. Los miembros del Comité ocuparán sus puestos a título individual. Durante todo su mandato no podrán desempeñar funciones incompatibles con las exigencias de independencia, imparcialidad y disponibilidad inherentes a dicho mandato.

Artículo 26. *Participación de la Organización Internacional del Trabajo*. Se invitará a la Organización Internacional del Trabajo a que designe un representante para que participe a título consultivo en las deliberaciones del Comité de Expertos.

Artículo 27. *Comité gubernamental*.

1. Los informes de las Partes Contratantes, las observaciones y la información transmitidas de conformidad con el párrafo 1 del artículo 23 y el párrafo 3 del artículo 24, así como los informes del Comité de Expertos Independientes¹ se comunicarán a un Comité Gubernamental.
2. Este Comité estará compuesto por un representante de cada una de las Partes Contratantes. El Comité invitará, como máximo, a dos organizaciones internacionales de empleadores y a dos organizaciones internacionales de trabajadores, para que envíen observadores a título consultivo a sus reuniones. Podrá, además, convocar para consulta a representantes de organizaciones internacionales no gubernamentales reconocidas como entidades consultivas por el Consejo de Europa y que tengan especial competencia en las materias reguladas por la presente Carta.
3. El Comité Gubernamental preparará las decisiones del Comité de Ministros. En particular, a la vista de los informes del Comité de Expertos Independientes¹ y de las Partes Contratantes, seleccionará de manera motivada, sobre la base de consideraciones de política social, económica y de otra índole, aquellas situaciones que, a su juicio, deberían ser objeto de recomendaciones dirigidas a las Partes Contratantes interesadas, de conformidad con el artículo 28 de la Carta. El Comité Gubernamental presentará al Comité de Ministros un informe que se hará público.

4. Sobre la base de sus conclusiones sobre la aplicación de la Carta Social en general, el Comité Gubernamental podrá presentar propuestas al Comité de Ministros, a fin de que se inicien estudios sobre cuestiones sociales y sobre artículos de la Carta que podrían ser actualizados.»

Artículo 28. *Comité de Ministros.*

1. Por una mayoría de dos tercios de los votantes, estando limitado a las Partes Contratantes el derecho de voto, el Comité de Ministros adoptará, sobre la base del informe del Comité Gubernamental, una resolución relativa al conjunto del ciclo de control y que contendrá recomendaciones individuales dirigidas a las Partes Contratantes.
2. Habida cuenta de las propuestas hechas por el Comité Gubernamental en aplicación del párrafo 4 del artículo 27, el Comité de Ministros tomará las decisiones que estime oportunas.»

Artículo 29. Asamblea Parlamentaria. El Secretario General del Consejo de Europa remitirá a la Asamblea Parlamentaria, con vistas a los debates periódicos en sesión plenaria, los informes del Comité de Expertos Independientes¹ y del Comité Gubernamental, así como las resoluciones del Comité de Ministros.

El procedimiento de reclamaciones colectivas está recogido en el Protocolo Adicional Anexo a la Carta de 1995, cuyo texto aparece a continuación:

Artículo 1. Las Partes Contratantes en el presente Protocolo reconocen el derecho de las siguientes organizaciones a presentar reclamaciones en las que se denuncie la aplicación insatisfactoria de la Carta:

- a. las organizaciones internacionales de empleadores y de trabajadores a que se refiere el apartado 2 del artículo 27 de la Carta;
- b. otras organizaciones internacionales no gubernamentales reconocidas como entidades consultivas por el Consejo de Europa y que figuren en la lista elaborada a tal fin por el Comité Gubernamental;
- c. las organizaciones nacionales representativas de empleadores y de trabajadores sometidas a la jurisdicción de la Parte Contratante contra la que se dirige la reclamación.

Artículo 2. 1. Asimismo, cuando manifieste su consentimiento a quedar vinculado por el presente Protocolo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13, o en cualquier momento posterior todo Estado Contratante podrá declarar que reconoce el derecho a presentar reclamaciones contra dicho Estado a cualquier otra organización nacional no gubernamental representativa dentro de su jurisdicción que tenga especial competencia en las materias reguladas por la Carta.

2. Dichas declaraciones podrán formularse por un plazo determinado.

3. Las declaraciones se depositarán ante el Secretario General del Consejo de Europa, quien remitirá copias de las mismas a las Partes Contratantes y se encargará de su publicación.

Artículo 3. Las organizaciones internacionales no gubernamentales y las organizaciones nacionales no gubernamentales mencionadas en el artículo 1.b y en el artículo 2, respectivamente, podrán presentar reclamaciones de conformidad con el procedimiento establecido en

dichas disposiciones únicamente respecto de las materias en las que se les haya reconocido especial competencia.

Artículo 4. La reclamación se presentará por escrito, se referirá a una disposición de la Carta aceptada por la Parte Contratante afectada y especificará en qué medida dicha Parte no ha garantizado la aplicación satisfactoria de dicha disposición.

Artículo 5. Toda reclamación se dirigirá al Secretario General, quien acusará recibo de la misma, la notificará a la Parte Contratante afectada y la remitirá inmediatamente al Comité de Expertos Independientes¹.

Artículo 6. El Comité de Expertos Independientes¹ podrá solicitar de la Parte Contratante afectada y de la organización que presentó la reclamación que presenten por escrito, dentro del plazo que el Comité establezca, información y sus observaciones sobre la admisibilidad de la reclamación.

Artículo 7. 1. Si resuelve que la reclamación es admisible, el Comité de Expertos Independientes lo notificará a las Partes Contratantes en la Carta a través del Secretario General. Solicitará de la Parte Contratante afectada y de la organización que presentó la reclamación que presenten, dentro del plazo que el Comité establezca, todas las aclaraciones o informaciones escritas que procedan, e instará a las demás Partes Contratantes en el presente Protocolo a presentar las observaciones que deseen formular dentro del mismo plazo.

2. Cuando la reclamación haya sido presentada por una organización nacional de empleadores o de trabajadores u otra organización nacional o internacional no gubernamental, el Comité de Expertos Independientes¹ lo notificará a las organizaciones internacionales de empleadores y de trabajadores mencionadas en el apartado 2 del artículo 27 de la Carta, a través del Secretario General, invitándoles a presentar sus observaciones dentro del plazo que el Comité establezca.

3. Sobre la base de las aclaraciones, informaciones u observaciones presentadas en virtud de los anteriores apartados 1 y 2, la Parte Contratante afectada y la organización que presentó la reclamación podrán presentar otras informaciones u observaciones escritas en el plazo que establezca el Comité de Expertos Independientes¹.

4. Cuando proceda a examinar la reclamación, el Comité de Expertos Independientes¹ podrá organizar una audiencia con los representantes de las partes.

Artículo 8. 1. El Comité de Expertos Independientes¹ elaborará un informe en el que expondrá las medidas adoptadas para examinar la reclamación y presentará sus conclusiones sobre si la Parte Contratante afectada ha garantizado o no la aplicación satisfactoria de la disposición de la Carta a que se refiere la reclamación.

2. El informe se remitirá al Comité de Ministros. Se remitirá también a la organización que presentó la reclamación y a las Partes Contratantes en la Carta, que no estarán facultadas para publicarlo. El informe se remitirá a la Asamblea Parlamentaria y se hará público simultáneamente a la resolución mencionada en el artículo 9 o antes de que transcurran cuatro meses desde su remisión al Comité de Ministros.

Artículo 9. 1. Sobre la base del informe del Comité de Expertos Independientes¹, el Comité de Ministros adoptará una resolución por mayoría de los votantes. Si el Comité de

Expertos Independientes¹ concluye que la Carta no se ha aplicado de forma satisfactoria, el Comité de Ministros adoptará, por mayoría de dos tercios de los votantes, una recomendación dirigida a la Parte Contratante afectada. En ambos casos, el derecho de voto se limitará a las Partes Contratantes en la Carta.

2. A solicitud de la Parte Contratante afectada, el Comité de Ministros podrá decidir, por mayoría de dos tercios de las Partes Contratantes en la cuando el informe del Comité de Expertos Independientes¹ plantee nuevas cuestiones.

Artículo 10. La Parte Contratante afectada informará sobre las medidas que haya adoptado para poner en práctica la recomendación del Comité de Ministros en el siguiente informe que presente al Secretario General de conformidad con el artículo 21 de la Carta. Carta, consultar al Comité Gubernamental.

Artículo 11. Los artículos 1 a 10 del presente Protocolo serán también de aplicación a los artículos de la Parte II del primer Protocolo Adicional a la Carta respecto de los Estados Partes en dicho Protocolo, en la medida en que se hayan aceptado dichos artículos.

Artículo 12. Los Estados Partes en el presente Protocolo consideran que el primer apartado del Anexo a la Carta, relativo a la Parte III, ha de interpretarse como sigue:

Se entiende que la Carta contiene obligaciones jurídicas de carácter internacional cuya aplicación está sometida únicamente al control establecido en la parte IV de la misma y en las disposiciones del presente Protocolo."

Nota general al Protocolo Adicional Anexo a la Carta de 1995: Desde 1998, el Comité se llama «Comité Europeo de Derechos Sociales».

6. Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe

Adoptada en la tercera Conferencia regional intergubernamental sobre envejecimiento en América Latina y el Caribe.
San José de Costa Rica, 8 al 11 de mayo de 2012



Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe

Nosotros, los representantes de los gobiernos reunidos en la tercera Conferencia regional intergubernamental sobre envejecimiento en América Latina y el Caribe, celebrada en San José de Costa Rica, del 8 al 11 de mayo de 2012,

Con el propósito de identificar las acciones clave en materia de derechos humanos y protección social de las personas mayores en América Latina y el Caribe,

Conscientes de que la edad sigue siendo un motivo explícito y simbólico de discriminación que afecta el ejercicio de todos los derechos humanos en la vejez, y que las personas mayores requieren atención especial del Estado,

Expresando preocupación por la dispersión de las medidas de protección de los derechos de las personas mayores en el ámbito internacional, lo que dificulta su aplicación y genera desprotección en el ámbito nacional,

Convencidos de que es imprescindible tomar medidas adicionales para proteger los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de las personas mayores, incluida la posibilidad de elaborar nuevos instrumentos internacionales,

Reconociendo que, pese a los esfuerzos realizados por varios países de la región por incorporar mayor solidaridad a los sistemas de protección social y ampliar la protección de los derechos humanos de las personas mayores, las limitaciones y exclusiones persisten, lo que afecta la calidad y dignidad de la vida de estas personas,

Habiendo examinado los informes de los mecanismos especiales del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas; en particular, el estudio temático sobre

Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe

el ejercicio del derecho a la salud de las personas mayores¹ y el Informe sobre los derechos humanos y la extrema pobreza²,

Guiados por las observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, donde se abordan los asuntos de especial interés de las personas mayores³, la Recomendación general núm. 27 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y la Observación núm. 2 del Comité contra la Tortura,

Haciendo suyas las conclusiones y recomendaciones de las reuniones de seguimiento de la Declaración de Brasilia, celebradas entre 2008 y 2010; el Encuentro Internacional para el seguimiento de la Declaración de Brasilia y promoción de los derechos de las personas mayores de 2011 y el Foro Internacional sobre los derechos de las personas mayores de 2012,

Expresando satisfacción por la creación del Grupo de trabajo de composición abierta sobre el envejecimiento, establecido por la Asamblea General de las Naciones Unidas en virtud de su resolución 65/182 de 21 de diciembre de 2010, y tomando en consideración las conclusiones de su primera y segunda reuniones de 2011,

Reconociendo el trabajo sistemático que realiza la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), por conducto del Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE)-División de Población de la CEPAL, para apoyar a los países de la región en la incorporación del envejecimiento en las agendas de desarrollo y

¹ A/HRC/18/37, 2011.

² A/HRC/17/34, 2011.

³ Observación General núm. 6 sobre los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores, de 1995; núm. 14 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12), de 2000; núm. 19 sobre el derecho a la seguridad social (artículo 9), de 2008, y núm. 20 sobre la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2), de 2009.

Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe

agradeciendo el apoyo que brindan el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA) y la Organización Panamericana de la Salud (OPS),

Con la firme determinación de adoptar medidas a todo nivel para ampliar de manera progresiva la cobertura y calidad de los sistemas de protección social, incluidos los servicios sociales para una población que envejece, y poner en práctica acciones dirigidas a reforzar la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas mayores, sin discriminación de ningún tipo,

Habiendo examinado la documentación preparada por la Secretaría de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe en ocasión de esta Conferencia y acogiendo con satisfacción las conclusiones y propuestas del documento titulado *Envejecimiento, solidaridad y protección social: La hora de avanzar hacia la igualdad*⁴,

1. Reafirmamos el compromiso expresado en la Declaración de Brasilia de no escatimar esfuerzos para promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas mayores, trabajar en la erradicación de todas las formas de discriminación y violencia y crear redes de protección de las personas mayores para hacer efectivos sus derechos,

2. Respaldamos la labor del Grupo de trabajo de composición abierta sobre el envejecimiento y lo exhortamos a estudiar la viabilidad de una convención internacional de los derechos de las personas mayores y apoyamos al Grupo de trabajo de la Organización de los Estados Americanos sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores para que avance en la elaboración de una convención interamericana,

⁴ LC/L.3451(CRE.3/3), abril de 2012.

Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe

3. Reiteramos una vez más a los países miembros del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas que evalúen, con la mayor celeridad, la posibilidad de designar un relator especial encargado de velar por la promoción y protección de los derechos humanos de las personas mayores,

4. Reconocemos que el acceso a la justicia es un derecho humano esencial y el instrumento fundamental por medio del cual se garantiza a las personas mayores el ejercicio y la defensa efectiva de sus derechos,

5. Afirmamos que la participación política, pública y social de las personas mayores es un derecho humano fundamental y exhortamos al respeto de su autonomía e independencia en la toma de las decisiones,

6. Reforzaremos las acciones dirigidas a incrementar la protección de los derechos humanos en el ámbito nacional y nos comprometemos a:

- a. Adoptar medidas adecuadas, legislativas, administrativas y de otra índole, que garanticen a las personas mayores un trato diferenciado y preferencial en todos los ámbitos y prohíban todos los tipos de discriminación en su contra,
- b. Fortalecer la protección de los derechos de las personas mayores por medio de la adopción de leyes especiales de protección o la actualización de las ya existentes, incluidas medidas institucionales y ciudadanas que garanticen su plena ejecución,
- c. Brindar atención prioritaria y trato preferencial a las personas mayores en la tramitación, resolución y ejecución de las decisiones en los procesos administrativos y judiciales, así como en los servicios, beneficios y prestaciones que brinda el Estado,

Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe

- d. Adoptar medidas de acción afirmativa que complementen el ordenamiento jurídico y que promuevan la integración social y el desarrollo de las personas mayores,
- e. Desarrollar políticas públicas y programas dirigidos a aumentar la conciencia sobre los derechos de las personas mayores, incluida la promoción de su trato digno y respetuoso y de una imagen positiva y realista del envejecimiento,
- f. Garantizar y proveer los recursos necesarios para el acceso de las personas mayores a la información y a la divulgación de sus derechos,
- g. Garantizar además el derecho a la participación de las personas mayores en las organizaciones de la sociedad civil y en los consejos, así como en la formulación, implementación y monitoreo de las políticas públicas que les conciernen,

7. Acordamos mejorar los sistemas de protección social para que respondan efectivamente a las necesidades de las personas mayores, mediante el impulso de las siguientes acciones:

• **Seguridad social**

- a. Promover la universalización del derecho a la seguridad social, teniendo en cuenta las posibilidades de los diferentes países,
- b. Garantizar la sostenibilidad a largo plazo de las pensiones contributivas y no contributivas, teniendo en cuenta las posibilidades de los diferentes países,
- c. Asegurar que los programas de seguridad social se complementen con otras políticas sociales, en

Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe

particular la prestación de atención en salud y vivienda,

• **Salud**

- d. Promover la universalización del derecho a la salud de las personas mayores,
- e. Diseñar e implementar políticas de atención integral de la salud preventiva, con enfoque gerontológico e interdisciplinario, en particular mediante la atención primaria y con inclusión de servicios de rehabilitación,
- f. Implementar modelos de atención multi e interdisciplinarios en geriatría y gerontología, en los diferentes niveles de atención en salud, para responder a las necesidades de las personas mayores,
- g. Facilitar el acceso preferencial a los medicamentos, equipamientos, ayudas técnicas y servicios integrales de rehabilitación para favorecer la independencia de las personas mayores, teniendo en cuenta las posibilidades de los diferentes países,
- h. Asegurar el derecho a un consentimiento previo, libre e informado para toda intervención médica, con independencia de la edad, condición de salud y tratamiento previsto, para favorecer la autonomía de las personas mayores,
- i. Favorecer el desarrollo y acceso a cuidados paliativos, para asegurar una muerte digna y sin dolor a las personas mayores con enfermedades terminales,
- j. Proteger, mediante mecanismos de supervisión y control periódicos, los derechos y la dignidad de las personas mayores que residen en instituciones públicas y privadas y en establecimientos médicos,

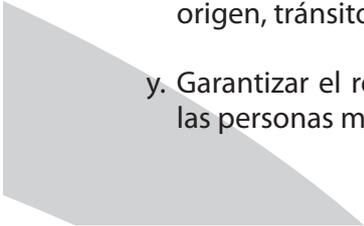
Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe

- k. Promover la formación de recursos humanos en geriatría y gerontología, en todos los niveles de atención,
- l. Implementar programas de capacitación, con un enfoque de derechos humanos, para los equipos de salud en todos los niveles de atención, cuidadores y personal de instituciones que trabajan con personas mayores,
- m. Diseñar políticas para implementar programas que traten eficazmente enfermedades transmisibles y no transmisibles,
- n. Formular y adaptar los marcos legales, protocolos y mecanismos a los instrumentos de derechos humanos, para proteger la dignidad de las personas mayores que residen en instituciones públicas o privadas y establecimientos médicos,

• Servicios sociales

- o. Crear y garantizar los servicios sociales necesarios para brindar cuidado a las personas mayores en consideración de sus necesidades y características específicas, promoviendo su independencia, autonomía y dignidad,
- p. Desarrollar la atención a domicilio como forma complementaria de la institucional, promoviendo que las personas mayores puedan permanecer en sus propios hogares y mantener su independencia, teniendo en cuenta las posibilidades de los diferentes países,
- q. Diseñar de manera permanente medidas de apoyo a las familias mediante la introducción de servicios especiales, en particular para quienes brindan atención a las personas mayores,

Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe

- r. Favorecer las iniciativas de conciliación de la vida laboral y personal como estrategia dedicada a mejorar la capacidad de las familias para prestar cuidado,
 - s. Garantizar que las personas mayores que viven solas tengan acceso al apoyo formal, complementado a través de las redes informales,
 - t. Generar espacios de coordinación intersectorial mediante la inclusión de trabajos en redes integradas que generen planes de atención integral y progresiva a las personas mayores,
 - u. Incluir en los planes operativos de las instituciones estatales actividades de coordinación y cooperación con las organizaciones de personas mayores,
 - v. Garantizar que las personas mayores tengan todas las facilidades para obtener sus documentos de identidad,
 - w. Garantizar también el trato diferenciado y preferencial de las personas mayores con enfermedades neurodegenerativas en las instituciones públicas y privadas, como los centros de día, especializados y de larga estadía,
 - x. Promover acciones dirigidas a prestar atención especial a la situación de las personas mayores migrantes para facilitar el acceso a servicios, beneficios y prestaciones en las comunidades de origen, tránsito y destino,
 - y. Garantizar el respeto de los derechos humanos de las personas mayores privadas de libertad,
- 

Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe

8. Fomentamos el cumplimiento del derecho de las personas mayores a trabajar y tener acceso a actividades que generen ingresos, mediante las siguientes acciones:

- a. Promover el desarrollo de medidas dirigidas a asegurar la igualdad de trato y de oportunidades, en particular la igualdad en materia de condiciones de trabajo, orientación, capacitación y formación en todos los niveles, en especial la formación profesional, y colocación laboral,
- b. Adoptar políticas activas de empleo que promuevan la participación y la reincorporación en el mercado laboral de los trabajadores mayores, teniendo en cuenta las posibilidades de los diferentes países,
- c. Promover reformas jurídicas e incentivos económicos que permitan el empleo de las personas mayores después de la edad de jubilación, de conformidad con su capacidad, experiencia y preferencias, incluidas medidas como la reducción gradual de la jornada laboral, los empleos a tiempo parcial y los horarios flexibles, entre otras,
- d. Difundir la información sobre el derecho a la jubilación, su preparación y ventajas, así como sobre las posibilidades de otras actividades profesionales o de voluntariado,
- e. Estimular el emprendimiento y facilitar el acceso al crédito,

9. Rechazamos todo tipo de maltrato contra las personas mayores y nos comprometemos a trabajar por su erradicación, para lo cual debemos:

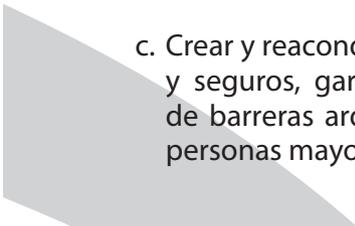
- a. Aplicar políticas y procedimientos para prevenir, sancionar y erradicar todo tipo de maltrato y abuso

Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe

contra las personas mayores, incluida la penalización de los responsables,

- b. Establecer mecanismos de prevención y supervisión, así como el fortalecimiento de los mecanismos judiciales, a fin de prevenir todo tipo de violencia en contra de las personas mayores,
- c. Garantizar la protección especial de las personas mayores que, por su identidad de género, orientación sexual, estado de salud o discapacidad, religión, origen étnico, situación de calle u otras condiciones de vulnerabilidad, corren mayor peligro de ser maltratadas,
- d. Poner a disposición de las personas mayores los recursos judiciales para protegerlas frente a la explotación patrimonial,

10. Trabajaremos por mejorar las condiciones de vivienda y del entorno de las personas mayores para fortalecer su autonomía e independencia, a través de:

- a. Realizar los mayores esfuerzos para que las personas mayores disfruten de una vivienda adecuada y tengan alta prioridad en la asignación de viviendas o tierras, en especial en situaciones derivadas de crisis, emergencia, desplazamiento o desalojo forzado,
 - b. Propiciar que las personas mayores vivan en un entorno seguro y saludable, incluido el acceso a servicios y facilidades de transporte,
 - c. Crear y reacondicionar espacios públicos amigables y seguros, garantizando, mediante la eliminación de barreras arquitectónicas, la accesibilidad de las personas mayores,
- 

Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe

11. Reiteramos nuestro convencimiento de que las personas mayores deben disfrutar del derecho a la educación, desde la perspectiva del aprendizaje permanente, para lo cual se debe:

- a. Promover políticas activas de lucha contra el analfabetismo entre las mujeres y hombres mayores,
- b. Facilitar el acceso y la participación activa de las personas mayores en las actividades recreativas, culturales y deportivas promovidas por las organizaciones, las asociaciones y las instituciones, tanto públicas como privadas,
- c. Implementar programas de educación que permitan a las personas mayores de diferentes grupos y etnias compartir sus conocimientos, cultura y valores, teniendo en cuenta el enfoque intercultural,
- d. Promover la incorporación del tema del envejecimiento y la vejez en los planes de estudio en todos los niveles, desde las edades más tempranas,
- e. Impulsar acciones para garantizar el acceso de las personas mayores a las tecnologías de la información y las comunicaciones, a fin de reducir la brecha tecnológica,

12. Hacemos hincapié en las obligaciones de los Estados con respecto a un envejecimiento con dignidad y derechos, sobre todo la obligación de erradicar las múltiples formas de discriminación que afectan a las personas mayores, con especial énfasis en la discriminación basada en el género, por medio de:

- a. Prevenir, sancionar y erradicar todas las formas de violencia contra las mujeres mayores, incluida la violencia sexual,

Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe

- b. Promover el reconocimiento del papel que desempeñan las personas mayores en el desarrollo político, social, económico y cultural de sus comunidades, con especial énfasis en las mujeres mayores,
- c. Asegurar la incorporación y participación equitativa de las mujeres y hombres mayores en el diseño y la aplicación de las políticas, programas y planes que les conciernen,
- d. Garantizar el acceso equitativo de las mujeres y hombres mayores a la seguridad social y otras medidas de protección social, en particular cuando no gocen de los beneficios de la jubilación,
- e. Proteger los derechos sucesorios, en especial los de propiedad y posesión de las mujeres mayores viudas,

13. Llamamos la atención acerca de la vulnerabilidad de las personas mayores en situaciones de emergencia o desastres naturales y nos comprometemos a trabajar por:

- a. Incluir la asistencia prioritaria y preferencial a las personas mayores en los planes de socorro para casos de desastre,
- b. Elaborar directrices nacionales que incluyan a las personas mayores como un grupo prioritario y de atención preferencial en la preparación para los casos de desastre, la capacitación de trabajadores de socorro y la disponibilidad de bienes y servicios,
- c. Prestar una atención prioritaria y preferencial a las necesidades de las personas mayores en situaciones de reconstrucción después de emergencias o conflictos,

Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe

14. Proponemos, con la finalidad de fortalecer las instituciones públicas dirigidas a las personas mayores, adoptar las siguientes medidas:

- a. Revisar las políticas existentes para garantizar que promuevan la solidaridad entre las generaciones y fomenten de este modo la cohesión social,
- b. Fortalecer las atribuciones y competencias administrativas y de vinculación interinstitucional de los organismos públicos dirigidos a las personas mayores,
- c. Promover el diseño e implementación de políticas públicas y programas para fortalecer las instituciones a cargo de las personas mayores,
- d. Elaborar planes quinquenales o decenales para definir prioridades de intervención y estrategias de acción,
- e. Garantizar la efectiva provisión de los recursos y presupuestos necesarios para desarrollar las acciones que deben emprender las instituciones a favor de las personas mayores,
- f. Fortalecer la capacidad técnica de las instituciones públicas dirigidas a las personas mayores por medio de la formación y actualización de sus equipos de trabajo y facilitar la sostenibilidad y permanencia de los recursos humanos especializados,
- g. Realizar evaluaciones periódicas de los programas, proyectos y servicios dirigidos a las personas mayores, que sean ejecutados por las instituciones,
- h. Garantizar la participación de las personas mayores en los procesos de consulta y rendición de cuentas institucionales,

Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe

- i. Favorecer la cooperación horizontal por medio del intercambio de experiencias entre las instituciones de los países de la región,
- j. Implementar un sistema de información e indicadores específicos que sirva de referencia en el seguimiento y evaluación de la situación de las personas mayores a nivel nacional,

15. Solicitamos que la Secretaria Ejecutiva de la CEPAL continúe promoviendo la adopción de medidas para intensificar las actividades que realizan las Naciones Unidas en materia de envejecimiento, y que la CEPAL siga prestando apoyo técnico a los países de la región en sus esfuerzos por ampliar la protección de los derechos humanos de las personas mayores y fortalecer los sistemas de protección social,

16. Pedimos a la Presidencia de la Mesa Directiva de esta Conferencia que convoque a una próxima sesión de trabajo para revisar los avances de esta Carta, y que presente los resultados de esta Conferencia y su seguimiento en las sesiones del Comité Especial de la CEPAL sobre Población y Desarrollo,

17. Resolvemos que esta Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe constituye la contribución de América Latina y el Caribe al 51º período de sesiones de la Comisión de Desarrollo Social del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, que se celebrará en febrero de 2013,

18. Decidimos que la próxima conferencia regional intergubernamental sobre envejecimiento se denominará **conferencia regional intergubernamental sobre el envejecimiento y los derechos de las personas mayores en América Latina y el Caribe**,

Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe

19. Felicitamos al Gobierno de Costa Rica por su notable contribución en la realización de esta tercera Conferencia regional intergubernamental sobre envejecimiento en América Latina y el Caribe.



colección

CRÍTICA DEL DERECHO • DERECHO VIVO

Director: JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

- 1 **La economía del delito y de las penas**
Torres López, Juan
- 2 **De la naturaleza a los derechos**
Viola, Francesco
- 3 **El proceso de Seguridad Social y la reducción de los privilegios administrativos**
Márquez Prieto, Antonio
- 4 **La reforma del marco normativo del mercado de Trabajo**
VV.AA.
- 5 **La titularidad del derecho de huelga**
González de la Aleja, Ramón
- 6 **El derecho a la renta de inserción**
VV.AA.
- 7 **Crisis de la Sociedad salarial y reparto del Trabajo**
Medina Castillo, José Enrique
- 8 **Transmisión de empresa en crisis y derecho concursal**
Monereo Pérez, José Luis
- 9 **El candidato en el actual sistema de democracia representativa**
Salazar Benítez, Octavio
- 10 **El contrato de servicios. Perspectiva jurídica actual**
Trigo García, M.ª Belén
- 11 **Trabajo y franquismo**
Ruiz Resa, Josefa Dolores
- 12 **Constitución y empleo público**
Fondevila Antolin, Jorge
- 13 **El contrato de Trabajo en el sector público**
Monereo Pérez, José Luis
- 14 **Personal civil no funcionario al servicio de establecimientos militares**
García Valverde, María Dolores
- 15 **El recargo de prestaciones por incumplimiento de normas de Seguridad y salud Laboral**
Monereo Pérez, José Luis
- 16 **Empresas de comunicación y «cláusula de conciencia» de los periodistas**
Molina Navarrete, Cristóbal
- 17 **La protección Social de la incapacidad para el Trabajo**
VV.AA.
- 18 **El fondo de garantía salarial: configuración y análisis de su régimen jurídico sustantivo**
Ramos Torres, Manuel
- 19 **Constitución y soberanía**
Palombella, Gianluigi
- 20 **Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos**
Rodríguez Mesa, María José

- 21 **Presente y futuro de la contratación Laboral y de la pensiones**
Martínez Abascal, Vicente Antonio
- 22 **La libertad fundamental en el estado constitucional**
Häberle, Peter
- 23 **La condición más beneficiosa**
Monereo Pérez, José Luis
- 24 **Derecho al Trabajo, relación obligatoria y formativa empresarial**
Monereo Pérez, José Luis
- 25 **Las mutualidades de previsión Social como entidades aseguradoras**
Monereo Pérez, José Luis
- 26 **El delegado de prevención**
Monereo Pérez, José Luis
- 28 **La movilidad transnacional de trabajadores**
Molina Navarrete, Cristóbal
- 29 **La constitución del Trabajo en el estado Social**
Maestro Buelga, Gonzalo
- 30 **Capitalismo flexible y estado de bienestar**
Monereo Pérez, José Luis
- 31 **Decisión judicial y ciencia jurídica**
Sánchez Díaz, Félix Francisco
- 32 **Una aproximación genealógica de la política**
Monereo Pérez, José Luis
- 33 **La precariedad Laboral en España**
Valdés Dal-Re, Fernando
- 34 **Empresas de inserción y mercados de trabajo inclusivos**
Vallecillo Gámez, M.ª Rosa
- 35 **Franquismo y revistas jurídicas**
Fernández Crehuet, Federico (ed.)
- 36 **Tiempo de trabajo y ciclos vitales**
Monereo Pérez, José Luis
- 37 **Teoría de la empresa de negocios**
Veblen, Thorstein
- 38 **La teoría crítica social de Thorstein Veblen**
Monereo Pérez, José Luis
- 39 **Desigualdades de género y capacidades humanas**
Monereo Atienza, Cristina
- 40 **El catolicismo social conservador: Eduardo Sanz y Escartín**
Monereo Pérez, José Luis
- 41 **Género y derechos fundamentales**
V.V.AA.
- 42 **La construcción jurídico del contrato de trabajo**
Álvarez de la Rosa, Manuel
- 43 **La tradición del marxismo crítico**
Monereo Pérez, José Luis
- 44 **Crisis y sobrevivencia**
Dierckxsens, Wim

- 45 **Organicismo silente. Rastros de una metáfora en la ciencia jurídica**
García López, Daniel J.
- 46 **Ciudadanía y derechos de las personas mayores**
Monereo Pérez, José Luis

