

EDADISMO Y EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN

JOSÉ LUIS REY PÉREZ

Universidad Pontificia Comillas

1. INTRODUCCIÓN

Los avances de la medicina hacen que cada vez la esperanza de vida sea mayor. En muchos países europeos, las pirámides de población se vuelven invertidas porque, aunque la mortalidad infantil también se ha reducido drásticamente, las parejas toman la decisión de tener cada vez menos hijos y/o de tenerlos a edades más avanzadas. En los países de Europa, las diferencias que en su momento señaló Esping-Andersen (1993) respecto de los Estados de bienestar siguen vigentes. Los países nórdicos tienen unas mayores tasas de natalidad que los países del sur de Europa por contar con mercados de trabajo más robustos y políticas sociales que permiten a las parejas independizarse y tener acceso a la vivienda al mismo tiempo que políticas sociales públicas que permiten cuidar de los hijos. En los países del sur de Europa y, en particular, en España, un mercado laboral mucho más precario, con difícil acceso a la vivienda, fuerza a los jóvenes a casarse más tarde y en consecuencia tener tardíamente los hijos y reducir el número de ellos que se decide tener. De ahí que las pirámides de población lleven tiempo invertidas y el pronóstico en los próximos años es que esa tendencia va a continuar.

Vivimos, por tanto, en sociedades envejecidas¹. Esto no tiene por qué ser un problema de por sí, siempre que las políticas públicas sepan adaptarse a los desafíos de contar con poblaciones de más edad que pueden requerir unas necesidades para las que los originales Estados de bienestar no estaban preparados.

El problema de la discriminación se ha solido centrar en colectivos que históricamente no les habían sido reconocidos sus derechos, como las personas indígenas, racializadas, con discapacidad, de una orientación sexual no normativa, etc. Generalmente, eran colectivos minoritarios en sociedades

1. Se puede considerar en este sentido que estamos viviendo una nueva transición demográfica. Vid. al respecto Naciones Unidas (2019) y la perspectiva histórica de los últimos 300 años que ofrece Lee (2003).

donde la mayoría que discriminaba era diferente. Aunque esto no siempre ha sido así porque ha habido minorías que detentaban el poder que podían discriminar a una mayoría o, en el caso de la mujer, que es la mitad de la población y sin embargo ha sido y sigue siendo discriminada. De la discriminación por razón de edad, sobre todo cuando esta discriminación se dirige a las personas mayores, es algo de lo que se habla desde hace poco. Por un lado, porque no siempre los mayores han sufrido discriminación: en muchas culturas los ancianos jugaban el papel de consejeros o de sabios y se seguían sus indicaciones fruto de una experiencia que era del todo reconocida. Por otro, porque es ahora, sobre todo en los países occidentales con un mayor nivel de desarrollo y de bienestar, donde la esperanza de vida se ha prolongado y surge la pregunta de si estamos tratando bien a nuestros mayores o por el contrario les estamos dejando de lado sin el cuidado y la atención que merecerían.

En un libro publicado ya hace unos años Bobbio indicaba que ser viejo no es algo bonito y que los ancianos viven una vejez que él calificaba como ofendida porque las personas jóvenes estaban preocupadas por la innovación y el consumo (Bobbio, 1997).

En el presente capítulo se pretende realizar un análisis de lo que se entiende por discriminación por razón de edad o edadismo con sus diferentes aspectos. A continuación, se analizará esta discriminación desde un enfoque de derechos que parte de un fundamento alternativo al de la capacidad, que es el de la vulnerabilidad, y se estudiará si es conveniente o no reconocer un grupo de derechos específicos para las personas mayores como se ha hecho con otros colectivos como los niños o las personas con discapacidad. Por último, veremos cuáles son las discriminaciones más frecuentes que sufren las personas mayores en diversos ámbitos.

II. LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD O EDADISMO

En un primer acercamiento podemos decir que uno de los primeros aspectos que observamos de una persona es la edad, aunque, en ocasiones, esta observación nos puede llevar a engaño. La discriminación por razón de edad se da cuando con motivo de esa diferencia de edad, la persona recibe un trato diferente que no está justificado o como señala del Hoyo, siguiendo a la OMS, «el edadismo surge cuando la edad se utiliza para categorizar y dividir a las personas por atributos que ocasionan daño, desventaja o injusticia, y menoscaban la solidaridad intergeneracional. El edadismo perjudica nuestra salud y bienestar y constituye un obstáculo importante para la formulación de políticas eficaces y la adopción de medidas relativas al envejecimiento saludable. La discriminación derivada del edadismo consiste en comportamientos (acciones, prácticas y políticas) hacia las personas por razones de edad» (del Hoyo, 2023: 18). No obstante, aunque el término viene del inglés *ageism*, en principio la discriminación por razón de edad no tiene por qué afectar solo a los mayores, puede que haya discriminaciones por edad

hacia colectivos más jóvenes; por ello, Boldova prefiere utilizar el término gerontofobia que es más correcto en castellano².

Aunque este puede ser un primer acercamiento debemos detenernos más a analizar en qué consiste la discriminación. Partimos, sin duda, de que las discriminaciones están prohibidas en nuestros ordenamientos jurídicos. Si bien el artículo 14 de la Constitución española no menciona la edad entre las causas de discriminación, al presentarse como cláusula abierta podemos entender que está en «cualquier otra condición o circunstancia personal o social». El constituyente en 1978 quizá no pensó en la edad como causa de discriminación porque en aquellos momentos la esperanza de vida era menor y además la natalidad había crecido por el efecto del *baby boom*. En España se considera que la generación del *baby boom* hace referencia a todos aquellos nacidos entre 1957 y 1977.

No obstante, documentos legislativos mucho más recientes sí han recogido la discriminación por razón de la edad, como la Directiva de la UE 78/2000, de 27 de noviembre, que prohíbe la discriminación por razón de la edad en el puesto de trabajo y que ha sido traspuesta a la legislación interna de los distintos Estados miembros, si bien de diversas maneras.

Siguiendo un reciente e interesante trabajo de Bou-Habib (2021) la discriminación por razón de edad debe realizarse de una manera moralmente neutra, esto es, que no incluya en su definición la valoración negativa de la discriminación. Así, él propone la siguiente definición: «una política, práctica o acto supone discriminación por razón de edad contra una persona P, si trata a P de forma diferente a otros porque la edad de P es distinta de esos otros» (Bou-Habib, 2021, p. 40). Esta definición tal y como está planteada no supone que la discriminación tenga que ser algo negativo, al menos, desde un punto de vista moral. Pensemos en la discriminación positiva que se viene utilizando en muchas de las medidas legales en los últimos tiempos, que el propio Tribunal Constitucional la ha avalado y que es común en algunos países europeos³. Habrá, por tanto, discriminaciones justificadas y no justificadas. La idea que está por detrás es la igualdad de todas las personas y sus derechos y la igual consideración y respeto que merecen todas las personas. A partir de esta idea, Bou-Habib propone dos formas de entender la discriminación por razón de la edad, una más amplia y otra más estricta. La primera es que «la política, práctica o acto tiene un peor impacto en los intereses de una persona concreta debido a su edad que en los intereses de personas de otras edades» (Bou-Habib, 2021: 41). La segunda «aisla una característica diferente de una política, práctica o acto como motivo de prohibición legal, a saber, que muestra menos respeto por el valor o las capacidades de una persona debido a su edad que por el valor o las capacidades de personas

2. En este sentido señala Boldova (2021:74) que «gerontofobia sería entonces un estereotipo sistemático y una discriminación contra las personas a causa de que son mayores, pero también miedo a los mayores (incluso miedo a envejecer, que más propiamente se denomina gerascofobia)».

3. Una visión de conjunto sobre estas medidas y la polémica que conllevan puede consultarse en Giménez (1999).

de otras edades» (Bou-Habib, 2021: 41). En un caso la discriminación se produce si afecta a los intereses de esa persona en concreto, lo que da lugar a un cierto subjetivismo a la hora de evaluar la medida; en el otro, el acento se pone en la minusvaloración social que se hace de las capacidades de una persona por el solo motivo de la edad.

A primera vista, sin duda parece que la segunda forma de comprender la discriminación por razón de la edad es la más adecuada porque además entronca con la filosofía que está por detrás de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD), donde precisamente lo que se trata de eliminar es la minusvaloración social que se tiene hacia las personas que poseen capacidades diversas y no las estandarizadas en el modelo capacitista en el que todavía vivimos. Como concluye Bou-Habib, «la falta de respeto que condena la interpretación estrecha es el trato hacia los demás que surge de una incapacidad injustificada para formar juicios suficientemente precisos sobre ellos, y esto ocurre tanto en casos claros que implican creencias prejuiciosas como en casos que implican una confianza innecesaria en generalizaciones estadísticas» (Bou-Habib, 2021: 46).

Cuando hablamos de discriminaciones tal y como lo estamos interpretando, estas pueden ser tanto directas como indirectas. Las primeras, la hacen referencia a la discriminación por el solo hecho de la edad. Por ejemplo, si en una tienda se prohíbe la entrada a los mayores de 65 años, eso sería claramente una discriminación directa prohibida por nuestro ordenamiento. Las segundas, en cambio, las indirectas, pueden pasar mucho más desapercibidas porque se dan «cuando una medida o una norma aparentemente neutra, impacta de forma diferente en las personas que comparten la condición protegida» (Barranco y Vicente, 2020, p. 14). Esto ocurre cuando determinadas medidas o políticas se desarrollan no teniendo en cuenta la realidad de las personas de más edad y, aunque aparentemente son neutras, acaban generando discriminaciones para las personas mayores. También aquí se puede incluir la discriminación por asociación que, si la indirecta puede pasar desapercibida, ésta todavía más. Esta se produce no directamente contra una persona mayor, sino contra otra persona por la relación que mantiene con alguien que sea de edad avanzada. Esta discriminación por asociación en el caso de las personas mayores puede resultar interesante porque muchas veces el cuidado de ellas recae sobre sus hijos o familiares cercanos y son éstos los que pueden ser discriminados por esa relación que mantienen con sus mayores. Aunque no hay ningún caso que lo haya recogido expresamente hablando de la edad, sí se hizo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el famoso caso Coleman contra Attridge Law y Steve Law, cuando se despidió a una madre que tenía un hijo con discapacidad por los cuidados que esta madre tenía que proveer a su hijo. El Tribunal consideró que este era un caso de discriminación por asociación contra las personas con discapacidad (Sentencia del TJUE, 17 de julio de 2008, caso C-303/06), abriendo así la puerta a este concepto de discriminación más amplio que juega un papel importante a la hora de valorar el cuidado de personas con discapacidad o personas mayores.

Otro concepto que está ligado a lo que se viene exponiendo, es la discriminación estructural. Como señalan Barranco y Vicente, «en los casos de discriminación estructural existe una desventaja social que se justifica en una ideología o grupo de ideologías que la representan como inevitable en la medida en que la relación con una condición, que se define como natural o inalterable, de las personas desventajadas. La discriminación estructural afecta a la concepción que el grupo social y las personas tienen de sí mismas y condiciona su posibilidad de tomar decisiones» (Barranco y Vicente, 2020: 4). En este caso, la discriminación existiría si el poder recayera solo en las personas más jóvenes que son las que tomarían las decisiones y las que detentarían el poder y que entonces ignorarían las demandas o necesidades que puede tener el colectivo de las personas mayores. Aunque es cierto que se tiende a valorar la juventud como algo ventajoso, es discutible que podamos hablar de discriminación estructural en el caso de las personas mayores. Por un lado, porque al ser un grupo cada vez más mayoritario, es un colectivo que importa mucho a la hora de tomar las decisiones en las políticas públicas. En las discusiones electorales previas a las elecciones, los principales partidos políticos suelen dirigir sus programas al grupo de personas mayores que no solo es un número muy importante en cuanto al número de votos, sino que también participan en mayor medida que los grupos más jóvenes en las elecciones. Otra cosa distinta es que haya discriminaciones múltiples donde ahí sí las personas mayores son discriminadas, pero no tanto por su condición de mayores sino por su pertenencia a otros grupos sociales que son también discriminados, por ejemplo, pertenecer a una determinada clase social, etnia, grupo religioso, orientación sexual, ser mujeres o tener algún tipo de discapacidad. En estos casos, las políticas públicas deben dirigirse a luchar contra la diversidad de motivos que hacen que un colectivo esté discriminado y ahí sí, en algunos casos, puede apreciarse una discriminación estructural, aunque quizá el motivo principal no sea el de la edad sino el de otras condiciones que comparten estas personas.

Por último, en este repaso que estamos haciendo a los tipos de discriminación merece especial atención la discriminación positiva porque en muchos casos se ha utilizado para con las personas mayores. El hecho de que en los billetes de tren, o en el título de transporte en grandes ciudades, o en los famosos viajes del IMERSO, por poner solos algunos de los ejemplos más populares, a la gente mayor de 65 años se les ofrecen precios más reducidos es un caso de discriminación positiva. Recordemos que para justificar una medida de discriminación positiva se debe superar un triple examen: la razonabilidad, la proporcionalidad y la temporalidad de la medida (Ruiz Miguel, 1996). El juicio de la razonabilidad exige que la medida sea adecuada a un fin legítimo y conciliable con la Constitución, esto es, se pretende eliminar las barreras a la igualdad que tienen determinados colectivos; la proporcionalidad requiere que esta medida sea proporcional y no suponga una carga desmedida o que habiendo carga se opte siempre por la que sea menos gravosa; y, por último, la temporalidad demanda que la medida de la discriminación inversa no sea ilimitada en el tiempo sino en tanto que el

colectivo efectivamente siga sufriendo la discriminación. Sin entrar a hacer un análisis detallado que exigiría cada medida y que no está exento de polémica, parece que la temporalidad es algo que muchas de estas medidas no superan, ya que son políticas que existen desde hace años como los descuentos en los billetes y los viajes del IMSERSO y que no parece que tengan una duración determinada y donde, dado la situación socioeconómica de las personas más jóvenes afectadas por la precariedad e inestabilidad en el empleo puede que no resulten del todo justificadas. Y es que muchas de estas medidas lo que han buscado es el voto de las personas mayores precisamente porque es un grupo mayor en número del que no cabe predicar una discriminación estructural. Con esto no se están rechazando las medidas de discriminación inversa en general, sino solo llamando la atención sobre el examen que es preciso realizar para comprobar si están o no justificadas.

Podemos concluir este apartado diciendo que el edadismo es la discriminación que se produce hacia las personas mayores por considerar, sin un motivo justificado, que sus capacidades o habilidades son menores por el solo hecho de tener una edad avanzada, lo que se basa en una generalización o un prejuicio no justificado.

III. EL EDADISMO DESDE UN ENFOQUE DE DERECHOS. LA IDEA DE LA VULNERABILIDAD

Como ya se ha apuntado, la idea tradicional de los derechos humanos se ha basado en un enfoque capacitista donde el fundamento de los derechos se ligaba mucho a la idea de la autonomía y capacidad unilaterales para decidir sobre los propios planes de vida. Esta concepción ilustrada y liberal lleva muchos años en crisis y esta se ha agravado sobre todo con la pandemia del Covid-19 donde se hizo manifiesto la vulnerabilidad como una condición del ser y del estar de la persona en el mundo. El liberalismo no deja de ser un idealismo que no es capaz de dar una explicación ajustada a la realidad de lo que somos, de cómo vivimos, de cómo tomamos nuestras decisiones e incluso no es capaz de explicar en qué consiste nuestra libertad, ese valor al que tanta importancia le dan y que hacen sinónimo de la idea de dignidad.

El problema con el concepto de autonomía es que deja muchos colectivos y personas atrás con lo que ya no estaríamos hablando de universalidad de los derechos sino de algo diferente. Al menos, en lo que se refiere a la autonomía entendida en un sentido clásico. La CDPD intenta de alguna forma conservar la idea de autonomía, pero desligándola de una visión capacitista. Por eso introduce el concepto de apoyos que son necesarios para que la persona pueda ejercitar la autonomía, sobre todo cuando hablamos, pero no solo, de discapacidad intelectual. Dado que los derechos se deben reconocer a todas las personas sin importar cuán capaces son, dado que todas las personas tienen derecho a ejercer su autonomía moral, la Convención ofrece los apoyos como un segundo recurso cuando la accesibilidad de los bienes, servicios, derechos no es universal. Porque el objetivo que está por

detrás es el diseño y la accesibilidad universales de todos los elementos e instituciones que organizan la vida social. Cuando esto falla, la persona no puede verse privada de sus derechos y han de ofrecerse los apoyos y ajustes razonables para que pueda ejercer y disfrutar tales derechos (Asís, 2013). Porque la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las personas con discapacidad por el diseño durante siglos es la causante de la sociedad, las instituciones y el Derecho durante siglos es la causante de que las personas con discapacidad estén en esa situación.

Las personas con discapacidad, podría decirse entonces, tienen una serie de necesidades específicas que han de ver satisfechas. Pero aquí la razón de los derechos no reside tanto en la necesidad como en la situación de vulnerabilidad que hace que surjan tales necesidades. Por eso el concepto de necesidad no puede constituir el verdadero fundamento de los derechos. Cuando una necesidad no es cubierta se produce una situación de vulnerabilidad: que alguien tenga hambre, no descansa, no tenga un techo, haya envejecido, carezca de formación básica o de atención sanitaria pone a esa persona en una situación de vulnerabilidad donde es más probable que haya un daño y que tal daño tenga consecuencias. El fundamento de los derechos no estaría entonces en la necesidad sino en la vulnerabilidad⁴. La necesidad surge como consecuencia de la situación de vulnerabilidad. La vulnerabilidad es lo primero y lo que ocasiona la necesidad. Los derechos humanos son un constructo, una institución jurídica que quiere salvar de la vulnerabilidad a todos los seres precisamente para que puedan vivir una vida con dignidad. ¿Por qué existen los derechos? Porque es el instrumento que hemos encontrado para protegernos colectivamente, como sociedad, de situaciones de vulnerabilidad. Esto no significa que con el reconocimiento de los derechos la vulnerabilidad ya no exista. Somos seres vulnerables y los derechos tratan de compensarnos o protegernos frente a ella, aunque esta nunca del todo desaparezca.

Y es que el ser humano es ontológicamente vulnerable. Ya Hart (2011) en *El concepto de Derecho* habló de una serie de rasgos que hacían el derecho necesario, lo que él denominaba el contenido mínimo de derecho natural y que no tenía que ver con unos derechos naturales sino con nuestro ser y estar en el mundo que hacía que el Derecho siempre recogiera unos contenidos necesarios para organizar la vida social. Entre otras cosas, Hart señalaba la necesidad de protección frente a la violencia de los demás, nuestra limitada voluntad y comprensión, etc. Hart no construía una teoría de los derechos humanos, pero señalando esos rasgos una vez más por debajo está la realidad de que somos seres vulnerables. Como señala Asís (2020: 36) «no cabe duda de que existe una relación entre ser humano y vulnerabilidad. Así es posible hablar de la vulnerabilidad como condición humana (ser vulnerable) y de vulnerabilidad como situación humana (estar vulnerable)».

En consecuencia, cuando hablamos de vulnerabilidad podemos hablar de dos tipos. El primero tiene que ver con nuestra lotería genética y el segundo con las circunstancias sociales, económicas, históricas y culturales que nos

4. Sobre las necesidades básicas como fundamento de los derechos vid. Añón (1994).

hayan tocado vivir. El primer sentido tiene que ver con lo que Dworkin (1981) denomina *brute luck*, suerte bruta. El hecho de nacer con una discapacidad, de sufrir una enfermedad, de ir desarrollando discapacidades físicas e intelectuales a lo largo de la vida forma parte de nuestro ser vulnerable. Ninguno de nosotros puede estar siempre sano, o conservar sus capacidades de joven cuando llegue a una determinada edad. Esto es algo que va ligado a nuestra antropología de ser vulnerables. El dolor, el sufrimiento físico y psíquico forma parte de nuestro ser, no podemos ser de otra manera. Hay gente que sufre enfermedades desde que nace y otra que las desarrolla a lo largo de los años de vida. Hay personas que nacen con una discapacidad desde el principio y otras que la conocen en un momento determinado de la vida o en el último tramo de esta. Esa suerte bruta es radicalmente injusta. Si partimos del ideal clásico de que justicia es dar a cada uno lo suyo, la vulnerabilidad de la suerte bruta no da a cada uno lo suyo. Porque a nadie le corresponde el sufrimiento y el dolor que estas circunstancias ocasionan. El ser está quizá desde su origen mal diseñado, pero es lo que tenemos. ¿Cómo solucionar esto? Con los derechos humanos. Si partimos de vulnerabilidad como fundamento, lo que estos hacen es paliar o aliviar en cierto modo la situación de vulnerabilidad con atención sanitaria, con alimentación, con agua, con instituciones que ayudan social y económicamente a la persona que sufre la vulnerabilidad derivada de la suerte bruta. Este es uno de los sentidos últimos que tienen los derechos humanos.

El otro sentido tiene que ver con una vulnerabilidad que no se debe a la suerte bruta, sino que es responsabilidad directa o indirecta de nosotros mismos. Y aquí no estoy hablando de lo que Dworkin (1981) denomina *option luck*, la suerte de la opción, es decir lo que se deriva de las decisiones que tomamos en teoría como seres libres, que para el autor norteamericano deberíamos asumir porque somos responsables morales de las elecciones que hacemos como si tales elecciones se tomaran en medio de la nada y no vinieran condicionadas por múltiples factores y elementos que escapan a nuestras elecciones. Precisamente todas esas condiciones que tienen que ver con vulnerabilidades derivadas de nuestra construcción social son el otro tipo de vulnerabilidad al que hago referencia. Vulnerabilidades derivadas de las situaciones de pobreza, a la no atención a las personas mayores, etc. Fineman ha desarrollado en diversos trabajos una teoría de la vulnerabilidad que fácilmente se puede conectar con el fundamento de los derechos (Fineman, 2013). Se me podría decir que cómo podemos diferenciar unas vulnerabilidades de otras porque de alguna forma se entrecruzan y están relacionadas. Esto se ve, por ejemplo, con los condicionantes sociales que tiene la salud y que pueden hacer que cuestiones genéticas se vean impulsadas o minoradas (*vid.*, en este sentido Lema, 2021). Sin embargo, no es necesario hacer esta distinción porque sea cual sea el origen de la vulnerabilidad, hasta cuando esta se debe exclusivamente a nuestras elecciones, los derechos humanos deben estar ahí para protegernos al menos en un nivel adecuado. Esa es la razón última de los derechos como instituciones jurídicas, protegernos frente a la vulnerabilidad sea cual sea su origen.

En este sentido, la avanzada edad puede dar lugar a situaciones de vulnerabilidad que muchas veces están entrecruzadas entre las que se deben a la propia genética y a las circunstancias sociales. Es ahí donde el reconocimiento de derechos, como instituciones encargadas de proteger de esa vulnerabilidad, encuentra su justificación y su razón de ser.

IV. LA ESPECIFICACIÓN: ¿UN NUEVO GRUPO DE DERECHOS?

La idea de vulnerabilidad nos permite construir y justificar unos derechos humanos que no sean abstractos e ideales, sino que estén contruidos sobre la realidad social de los individuos y sus relaciones. Es lo que Bobbio (1991) denominó el proceso de especificación de los derechos, un proceso en el que llevamos ya varias décadas. Consiste en reconocer derechos a las personas situadas, porque el discurso liberal y abstracto de los derechos no llega a comprender las situaciones de vulnerabilidad que las personas pueden tener en ese doble sentido ontológico y circunstancial. Esto no significa que haya una parcelación en los derechos o que los derechos no se reconozcan por igual a todas las personas. Todo lo contrario. El acento de la especificación se centra en que, derivadas de las condiciones concretas de determinados grupos, los derechos funcionan como instrumento para proteger de la vulnerabilidad a esos grupos. Los valores que están detrás de los derechos son los mismos. Y si entendemos que las garantías son las instituciones que concretan y hacen efectivo el contenido de los derechos, la especificación en los derechos afectaría no solo a estos y su contenido sino también y sobre todo a las segundas porque de lo que se trata es de hacer efectivo el contenido de los derechos de las personas situadas, que tienen unas vulnerabilidades muy concretas.

En este sentido surge la preocupación por reconocer unos derechos específicos a las personas mayores. Por un lado, hay una vulnerabilidad ontológica que nos afecta a todos si llegamos a cumplir determinadas edades: el deterioro físico, cognitivo, intelectual, es algo que está muy presente en nuestra sociedad con el alargamiento de la esperanza de la vida. Por otro, la vulnerabilidad social que se deriva de menores oportunidades, de la escasez de los recursos sanitarios o económicos para hacer frente a una vida digna en edades avanzadas. Estas dos razones serían motivos suficientes para justificar la redacción de textos legislativos que especificaran el reconocimiento de derechos de las personas mayores. Quizá por ello, en la ONU se viene trabajando en un convenio de derechos de las personas mayores y la Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 7 de octubre de 2021 ha solicitado a la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos que, «en consulta con los Estados, los mecanismos regionales, los órganos de tratados, las instituciones nacionales de derechos humanos, los organismos pertinentes de las Naciones Unidas y las organizaciones de la sociedad civil, prepare un informe sobre los criterios normativos y las obligaciones en virtud del derecho internacional respecto de la promoción y la protección de los derechos humanos de las personas de

edad, y que presente el informe al Consejo de Derechos Humanos en su 49º período de sesiones, y que lo facilite en formatos accesibles, lo que incluye el lenguaje sencillo y la lectura fácil».

No obstante, y aunque haya reconocimientos de determinados derechos de los mayores en normativa dispersa, hoy solo existen dos textos normativos donde se recojan en su conjunto los derechos de las personas mayores: el Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Derechos de las personas mayores de 2016 y la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (2015), en vigor desde el 11 de enero de 2017. La razón de esta resistencia reside en que no existe un acuerdo ni doctrinal ni en los gobiernos sobre la necesidad de un esfuerzo de especificación en el reconocimiento de los derechos de las personas mayores.

Uno de los principales textos jurídicos de derechos humanos de lo que llevamos de siglo es, sin duda, la CDPD. Es un ejemplo de especificación de los derechos y de abandono claro del modelo ilustrado de los derechos subrayando que la discriminación que sufren las personas con discapacidad no se debe a su discapacidad sino a las barreras sociales que hemos creado para ellas creando un entorno claramente capacitista. Cuando llegamos a determinadas edades es posible que desarrollemos una discapacidad que antes no teníamos. El paso del tiempo en muchas ocasiones reduce las capacidades físicas o intelectuales de las personas, desde fenómenos menos graves como puede ser una lentitud en los movimientos hasta la devastación cognitiva que supone una enfermedad como el Alzheimer. La pregunta que surge entonces es: si ya contamos con una CDPD, que además en su artículo incluye referencias a las personas de más edad «en el artículo 25 b), sobre la salud, y en el artículo 28 2) b), sobre un nivel de vida adecuado y la protección social, así como referencias al acceso a la justicia adecuado a la edad en el artículo 13, y a medidas de protección que tengan en cuenta la edad en el artículo 16» (Barranco y Echevarría, 2020, p. 10), ¿es entonces necesaria una convención de los derechos de las personas mayores?

Creo que la respuesta a esta pregunta puede sin mayor problema ser afirmativa. Es cierto que muchas personas mayores pueden acabar siendo PCD y ahí tendrían la protección del tratado internacional, pero también lo es que la especificidad de las personas mayores no solo tiene que ver con la discapacidad, sino que hay otros muchos rasgos o aspectos en que las personas mayores precisan de protección sin tener una discapacidad. La discriminación antes explicada no es por el hecho de la discapacidad, sino por la presunción de la falta de esta que se atribuye a las personas mayores. Como consecuencia de ese prejuicio discriminatorio, las personas mayores constituyen un grupo vulnerable que precisa de protección. De hecho, tanto en nuestra legislación como en la opinión pública, se viene subrayando la importancia de tener un envejecimiento activo, esto es, que socialmente se eliminen las barreras a la plena participación de las personas mayores en la vida social y económica, que se valore a las personas mayores por lo que

son capaces de aportar y saber fruto de su experiencia. Es ahí, en mi opinión, donde la discapacidad todavía no ha hecho su aparición, donde tiene cabida una declaración de los derechos de las personas mayores. Porque a nivel social tendemos a valorar menos sus capacidades en ámbitos como el trabajo, la opinión, la capacidad de aprendizaje, la participación social y política, su papel activo en la educación y el cuidado de la familia.

Hay determinados avances y fenómenos, como el desarrollo de las tecnologías, que pueden y de hecho están provocando una situación de vulnerabilidad a las personas mayores. Y es ahí donde los derechos, como instituciones encargadas de protegernos frente a la vulnerabilidad en la que todos vivimos y que ciertas personas, las mayores, pueden vivir por estos avances, deben actuar como mecanismos de protección. Aquí las políticas públicas están obligadas a jugar un papel muy importante en la formación y la educación de las personas mayores en estas nuevas tecnologías que no paran de cambiar y de avanzar. Se hace preciso eliminar la brecha digital que puede afectar a las personas mayores precisamente por una concepción capacitista de la tecnología que deja atrás a aquellos que se presupone que no tienen habilidades para entenderlas cuando la práctica contradice esa suposición.

Pero volviendo al reconocimiento de una carta de los derechos de las personas mayores, dicha carta debe llenar ese espacio entre lo que es una persona mayor y lo que es una persona con discapacidad, porque es precisamente en ese espacio donde se producen determinadas discriminaciones y donde tiene sentido hacer un esfuerzo de especificación de los derechos de las personas mayores. Un colectivo que, dada la cada vez mayor esperanza de vida, y aunque la edad de jubilación se esté retrasando y lo hará todavía más, tiene muchos años de vida por delante que dan lugar a situaciones que antiguamente no se conocían y las que el Derecho y los derechos deben dar respuesta. Tengamos en cuenta que una persona desde que se jubila puede disfrutar de 20 o más años de vida con salud y sin discapacidad. De lo que se trata es de proteger a este colectivo reconociéndoles derechos específicos para esta situación, derechos que no son distintos de los derechos humanos universales, pero que deben estar situados, concretados para la posición de estas personas, tratando así de eliminar cualquier forma de discriminación.

¿Qué derechos debería incluir una declaración o un tratado internacional de este tipo? Los derechos a la educación, a la vivienda, a la salud, a la vida, al trabajo... No es este el lugar de hacer una declaración de este tipo, ya la ONU está trabajando sobre ello, pero en el siguiente apartado vamos a ver algunas de las discriminaciones más comunes que sufren las personas mayores y cómo la respuesta ha de ser reconocer derechos y garantías específicas.

V. ALGUNAS DISCRIMINACIONES FRECUENTES SUFRIDAS POR LAS PERSONAS MAYORES

Hay que partir de la premisa de que las personas mayores son capaces para tomar decisiones sobre su vida, sobre cómo y con quién quieren vivir,

qué es lo que quieren hacer con su tiempo cuando ya no está sujeto a la rutina de los horarios de lo laboral. En este sentido a las personas mayores se les abre un campo de libertad que anteriormente no habían tenido por las responsabilidades laborales y del cuidado de la familia. Sin embargo, esta idea todavía no está extendida en nuestra sociedad y comprobamos cómo se dan discriminaciones contra estas personas en ocasiones provenientes de la familia más cercana.

Una de las discriminaciones que suelen sufrir las personas mayores tienen que ver con su lugar de residencia. La institucionalización de las residencias, sean estas públicas o privadas, siguen la lógica de excluir y apartar a las personas de la vida pública, recluyéndolas en espacios apartados y estando sometidas a un horario y una rutina no elegidas por ellos y que siguen la lógica del control que Foucault denunció sobre las prisiones o las instituciones psiquiátricas (Foucault, 2009). Este apartamiento de la esfera pública para quedar recluidas en un espacio cerrado, muchas veces alejado, es una de las principales discriminaciones que sufren las personas mayores que se ven extraídas de su entorno cotidiano, de lo que a lo mejor ha sido su vivienda y su hogar de toda la vida, para ir a compartir una habitación con alguien que no han elegido, en un sitio ajeno a todo lo que había sido lo habitual perdiendo sus relaciones. Se hace necesario reconocer el derecho de las personas mayores a decidir sobre su vida, sobre dónde y con quién quieren vivir, el derecho a tener relaciones sociales y a mantenerlas tal y como han sido a lo largo de sus vidas. Lo contrario parte de una discriminación basada en la presunción generalizada de que las personas mayores no pueden vivir solas o cuidar de sí mismas o tener relaciones significativas. Estamos entonces de lleno en ese concepto de discriminación por razón de la edad que se ha definido en los apartados anteriores. Hay aquí una vulnerabilidad artificial, creada por los parientes cercanos que les ingresan en esas residencias sin tener en cuenta su opinión. Una vulnerabilidad creada socialmente a la que el derecho antidiscriminatorio debe responder.

Otro aspecto muy trabajado por la doctrina y que también se evalúa en este volumen es el del ámbito laboral. Al menos cuando existía, o sigue existiendo en función de los convenios colectivos, la jubilación forzosa, muchas personas se sentían discriminadas por entender que se minusvaloraban sus capacidades y su experiencia, así como el valor de sus aportaciones a la empresa o entorno laboral donde venían desarrollando sus capacidades. En nuestro país, donde el desempleo sigue siendo estructural, es conocida la dificultad que una persona mayor de 45 años tiene para encontrar un empleo si ha perdido el que tenía. Se presupone, de forma injustificada, por parte del empresario que estas personas van a tener más bajas o menos capacidades. Y muchas veces, en propio puesto de trabajo, «los estereotipos negativos respecto a los empleados mayores hacen que los empleadores se muestren también más punitivos respecto a ellos» (del Hoyo, 2023: 19). Se han intentado dar respuestas a nivel legislativo con deducciones en las cuotas que el empresario paga a la Seguridad Social o ayudas a personas mayores para que tengan un ingreso hasta alcanzar la edad de jubilación.

En esta línea están también todas las políticas que promocionan una vida activa entre los mayores.

Sin embargo, creo que no hay que confundir el empleo con la vida activa. La jubilación, no lo olvidemos, es un derecho de la persona trabajadora. Es el momento en el que, si cuenta con una buena pensión, puede dedicarse a viajar y a realizar otras muchas actividades que no pudo hacer mientras estaba sometido a un horario laboral. No es ni debe verse como un castigo o un apartamiento de la sociedad sino todo lo contrario, como una oportunidad para disfrutar activamente del tiempo libre del que se dispone. Máxime ahora cuando las condiciones de salud de las personas mayores han mejorado tanto. Aquí el problema reside en que nuestras sociedades están construidas en torno al empleo. La actividad retributiva parece que es la única que es percibida como valiosa y significativa, cuando otras muchas actividades no son empleo, pero sí son trabajo y también suponen contribuir a la sociedad. Mientras no valoremos esas otras actividades, seguiremos pensando que la jubilación es un castigo o es algo que aparta a las personas de la vida social, pero es que el empleo no debiera ser el centro de nuestras vidas. De hecho, la introducción de la inteligencia artificial en muchos de los trabajos que hoy consideramos fundamentales, va a hacer que las personas seamos fácilmente sustituibles y prescindibles. Es ahí donde se tiene que poner en valor lo que no es empleo y la importancia de que este no sea el centro de nuestras vidas. Las personas mayores que han alcanzado la edad de jubilación pueden vivir esto como una liberación y como una alegría, llenando su tiempo de actividades que les aporten enriquecimiento personal y que les permitan interactuar con los demás aportando su saber y su experiencia. Porque el entorno laboral no es el único que existe ni es, ni siquiera, el que más nos aporta.

Hay por tanto que valorar el trabajo que no es empleo, que en muchas ocasiones es trabajo de cuidado y que vienen realizando mayoritariamente las personas mayores y dentro de estas, las mujeres. Suelen ser las personas mayores las que se dedican al voluntariado. Y dada la estructura de la población contemporánea son ellas también las que se encargan de cuidar de los nietos, jugar con ellos, recogerles del colegio, ayudarles con los estudios, etc., mientras los padres y las madres desempeñan largas jornadas laborales. Este trabajo que los abuelos hacen por puro amor es también trabajo y como tal debe ser reconocido socialmente y, en algunos casos, también económicamente.

Y es que uno de los elementos básicos en la vida de las personas mayores es que tengan unos ingresos suficientes para poder vivir una vida plena. En España contamos con un robusto sistema de pensiones que, sin embargo, conoce algunas amenazas y algunas debilidades. Por un lado, la sostenibilidad del sistema basado en la solidaridad intergeneracional y en el reparto está amenazado si vemos la pirámide de la población invertida y un desempleo juvenil elevado junto con salarios escasos y trabajos precarios entre la población trabajadora más joven. Hoy aquellos mayores que han tenido una

vida activa y que han trabajado toda su vida disponen de unas pensiones que les permiten vivir, sobre todo si tienen una vivienda que ya han pagado. No ocurre lo mismo con aquellos que no tienen una vivienda en propiedad que se ven expulsados de los lugares donde vivían debido al aumento de los precios del alquiler y a tener en muchas ocasiones viviendas muy precarias.

Las mujeres, en cambio, durante muchos años no estuvieron incorporadas a la vida laboral y cuando enviudan reciben una pensión de viudedad que es muy inferior a la que percibían sus maridos. Esto sitúa a las mujeres viudas en una especial situación de vulnerabilidad donde las discriminaciones se acumulan, por ser mujer y por ser mayor. Hay por tanto que reconocer un derecho a unos ingresos básicos a este colectivo de mujeres, unos ingresos que les permitan vivir desahogadamente. Y quizá para ello y para solucionar el problema de la sostenibilidad de nuestro plan de pensiones habría que ir pensando en, por un lado, financiar las que no son contributivas con cargo a los impuestos y, por otro, introducir en las contributivas fuentes de financiación adicional también vía impuestos.

Por último, no querría terminar este rápido repaso por algunas de las discriminaciones que sufren las personas mayores sin hacer referencia al derecho a la salud. Es cierto que, al menos en España, contamos con un sistema de salud universal y que para las personas mayores es gratuita o casi gratuita la adquisición de muchos medicamentos. Algunos autores señalan que nuestro sistema de salud ha sido diseñado pensando en las enfermedades agudas, esto es, las que tienen una duración determinada y no en las crónicas, pero, aunque sea así, las crónicas también son tratadas adecuadamente porque con el avance de la edad pueden aparecer enfermedades crónicas que necesitan un control continuo como son las afecciones cardíacas o la diabetes. Pero con todo, contamos con un sistema público de salud que ayuda y mantiene con salud a las personas mayores.

Quizá una de las pocas ocasiones en las que esto no ha sido así fue con la pandemia del Covid19 sobre todo en lo que se dio a conocer como primera ola. En los meses de marzo, abril y mayo de 2020 vivimos momentos muy duros de colapso sanitario. Ahí sí hubo escasez de todo tipo de recursos: escasez de personal en los centros médicos que llevaban desde la crisis financiera de 2008 recortando en recursos humanos, escasez de trajes de protección adecuados que han dado como resultado que España sea uno de los países con mayor número de sanitarios infectados y fallecidos, escasez de camas en los hospitales y en las UCI. ¿Qué criterio se siguió para administrar esta escasez? Aunque todavía no está muy claro, parece que el criterio que se siguió fue el del prioritarismo⁵ y se decidió priorizar a las personas más jóvenes sobre aquellas que tenían más edad, a las que no tenían otras patologías sobre las que presentaban asociadas más enfermedades, etc. ¿Es ético este criterio de priorización? ¿Es conforme a los derechos humanos?

5. Sobre este debate vid. Ribotta (2016).

Lo vivido no es nuevo, porque existe mucha literatura al respecto. Lo que ocurrió en España y en otros lugares es que se priorizó a los que se consideraba que tenían más posibilidades de supervivencia. Ahora ¿esto no choca con el discurso de los derechos humanos? Porque si como dice Ferrajoli (1999), los derechos son la ley del más débil, se construyen sobre la idea de la vulnerabilidad precisamente para proteger a aquellos que son más vulnerables. Si esto es así, resulta inmorales no atender a los ancianos que vivían en residencias, negarles el derecho a la asistencia sanitaria simplemente porque eran más vulnerables y no podían presentarse en las urgencias de cualquier hospital. En mi opinión, el prioritarismo solo se justifica cuando la prioridad se hace atendiendo a los derechos, atendiendo a los más débiles; son aquellos que merecen más protección los que deben ser nuestra prioridad. Lo contrario vulnera la idea de dignidad de la persona que es el fundamento trasversal de todos los derechos. Por otra parte, el hecho de que en algunos sitios los hospitales privados siguieran funcionando generó una desigualdad: las personas con recursos económicos, aunque fueran de esas que el criterio de prioridad utilizado postergaba, podían tener la atención que, a otros, en su misma situación, se les negaba. Cuando hablamos del derecho a la asistencia sanitaria en circunstancias de excepción como las del Covid-19, y es necesario elegir, optar, hay que hacerlo siempre por aquel que tenga una mayor necesidad (sin llegar, es obvio, al encarnizamiento terapéutico), al que está más desprotegido, al que es más débil. Porque los derechos dan o deben dar la vuelta al discurso del poder y proteger a los que no tienen poder, a los que más sufren. En mi opinión, a la inversa del criterio de priorización que se utilizó en muchos lugares.

VI. CONCLUSIONES

Con el progresivo aumento de la esperanza de vida, estamos viendo que en nuestras sociedades surgen fenómenos de discriminación por razón de la edad. Esta discriminación se basa en un prejuicio o una idea apoyada en generalizaciones sin base que tiende a atribuir menor valor a la persona de más edad, menor capacidad, menor posibilidad de decidir, menor importancia, etc. No es que la discriminación por este motivo esté prohibida en nuestro ordenamiento y en la Unión Europea, sino que convierte sitúa a estas personas en una posición de vulnerabilidad a la que el discurso de los derechos humanos ha de responder.

Aunque tenemos una Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, el grupo de las personas mayores no tiene por qué estar en su ámbito de protección si no se tiene una discapacidad. De ahí la necesidad de un texto jurídico que especifique los derechos humanos universales en las necesidades, vulnerabilidades y circunstancias concretas de las personas de edad avanzada que no han desarrollado una discapacidad.

BIBLIOGRAFÍA

- AÑÓN, M. J. (1994). *Necesidades y derechos: un ensayo de fundamentación*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ASÍS, R. DE (2013). *Sobre discapacidad y derechos*. Madrid: Dykinson.
- ASÍS, R. DE (2020). «Derechos y situaciones de vulnerabilidad», en *En tiempos de vulnerabilidad. Reflexión desde los derechos humanos* (MARCOS DEL CANO, A. M. Coord). Madrid: Dykinson, pp. 35-42.
- BARRANCO, M.C. Y VICENTE, I. (2020). *La discriminación por razón de edad en España. Conclusiones y recomendaciones para el contexto español desde un enfoque basado en derechos humanos*. Madrid: HelpAge International España.
- BOBBIO, N. (1991). *El tiempo de los derechos*. Madrid: Sistema.
- BOBBIO, N. (1997). *De senectute y otros escritos biográficos*. Madrid: Taurus.
- BOLDOVA, M.A. (2021). «Discriminación y estigmatización» en *Tratado de derecho y envejecimiento. La adaptación del Derecho a la nueva longevidad* (ROMEO CASABONA, C.M. coord.) Madrid: Wolters Kluwer, pp. 71-105.
- BOU-HABIB, P. (2021). «Ageing and Equality under the Law». *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 25, pp. 37-52.
- DEL HOYO, B. (2023). «Discriminación por edad». *Jurisdicción social: Revista de la Comisión de lo Social de Jueces y Jueces para la Democracia*, 241, pp. 18-28.
- DWORKIN, R. (1981). «What is Equality? Part 2. Equality of Resources». *Philosophy and Public Affairs*, 10 (4), pp. 283-345.
- ESPING-ANDERSEN, G. (1993). *Los tres mundos del Estado de Bienestar*. Valencia: Edicions Alfons el Magnànim-IVEL.
- FINEMAN, M.A. (2013). «Equality, Autonomy and the Vulnerable Subject in Law and Politics», en *Vulnerability. A New Ethical Foundation for Law and Politics* (FINEMAN, M.A. Y GREAR, A. eds.) Burlington: Ashgate, pp. 13-28.
- FOUCAULT, M. (2009). *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Madrid: Siglo XXI.
- GIMÉNEZ, D. (1999). *Una manifestación pendiente del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y discriminación inversa*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- HART, H.L.A. (2011). *El concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- LEE, R. (2003). «The Demographic Transition: Three Centuries of Fundamental Change». *Journal of Economic Perspectives*, 17, pp. 167-190.
- LEMA, C. (2021). *Los determinantes sociales de la salud: más allá del Derecho a la salud*. Madrid: Dykinson.
- NACIONES UNIDAS (2019). *World Population Ageing*. Nueva York: Naciones Unidas.

- RIBOTTA, S. (2016). «Redistribución de recursos y derechos sociales. La tensión entre igualdad y prioridad». *Derechos y Libertades*, 35, pp. 235-264.
- RUIZ MIGUEL, A. (1996). «La discriminación inversa y el caso Kalanke». *Doxa*, 19, pp. 123-140.