

# Derechos relativos al bienestar y el cuidado de las personas mayores a la luz de los estándares evolutivos del sistema europeo

Luis Jimena Quesada<sup>1</sup>

Recibido: 07-02-2022 // Aceptado: 30-09-2022

**Resumen.** El presente artículo aborda la protección de las personas mayores a la luz de los perfiles evolutivos del sistema europeo de derechos humanos. En efecto, desde una perspectiva de tutela multinivel de los derechos humanos, se analizan los estándares del Consejo de Europa y de la Unión, poniendo el acento en la Carta Social Europea y en la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales. Dicho análisis conduce a concluir que se está forjando un acervo europeo del *Ius Senectutis* de crucial importancia en el contexto de crisis sanitaria y humanitaria provocada por la pandemia de covid-19. Esos estándares europeos y sus sinergias con otros estándares internacionales y nacionales, en última instancia, están llamados a optimizar los derechos de las personas mayores y su dignidad en coherencia con el principio *pro personae*. **Palabras clave:** derecho al cuidado; envejecimiento activo; no discriminación por razón de edad; Comité Europeo de Derechos Sociales; estándar europeo más favorable.

## [en] Welfare and care rights of the elderly in the light of evolving European system standards

**Abstract.** This essay tackles the protection of the elderly in the light of the evolving profiles of the European human rights system. Indeed, from a multilevel human rights protection perspective, the standards of both the Council of Europe and the European Union are analysed, with emphasis on the European Social Charter and the European Committee of Social Rights case law. Such analysis leads to the conclusion that a crucial European *acquis* of *Ius Senectutis* is being forged in the context of the health and humanitarian crisis caused by the covid-19 pandemic. European standards and their synergies with other international and national standards are ultimately called upon to optimise the rights of the elderly and their dignity in coherence with the *pro personae* principle.

**Keywords:** right to care; active ageing; non-discrimination on grounds of age; European Committee of Social Rights; most favourable European standard.

**Sumario.** 1. Cuestiones preliminares: elementos básicos y estándares evolutivos del *Ius Senectutis* en el sistema europeo de derechos humanos en el contexto de la pandemia de covid-19. 2. Parámetros normativos y jurisprudenciales del Consejo de Europa. 3. Parámetros normativos y jurisprudenciales de la Unión Europea. 4. Reflexiones finales: sinergias entre estándares internacionales y principio *pro personae* en el *Ius Senectutis*. 5. Bibliografía.

**Como citar:** Jimena Quesada, L. (2023). Derechos relativos al bienestar y el cuidado de las personas mayores a la luz de los estándares evolutivos del sistema europeo. *Polít. Soc. (Madr.)* 60(2), 84549. <https://dx.doi.org/10.5209/poso.84549>

## 1. Cuestiones preliminares: elementos básicos y estándares evolutivos del *Ius Senectutis* en el sistema europeo de derechos humanos en el contexto de la pandemia de covid-19

De entrada, una aproximación al bienestar y cuidado de las personas mayores en Europa pasa por asumir un enfoque que tenga presente el modo en que la pandemia de covid-19 ha afectado y reconfigurado los pilares del *Ius Senectutis* en el marco evolutivo del sistema europeo de derechos humanos. Como desgraciadamente hemos venido comprobando en los últimos años, la pandemia ha significado no solamente una crisis sanitaria, sino más ampliamente humanitaria que, con carácter añadido, ha acentuado la crisis económica y financiera mundial que veníamos arrastrando desde 2008. De lo que se trata es de que la crisis pandémica no sea la antesala (si no es ya el escenario actual) de una crisis de valores que, en el caso de Europa, se han resentido con otras

<sup>1</sup> Universidad de Valencia (España)  
E-mail: [luis.jimena@uv.es](mailto:luis.jimena@uv.es)  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4041-0576>.

crisis recientes que han precedido a la covid-19 (como la económica y financiera mundial estallada en 2008, la de personas refugiadas en 2015, o la de Crimea y el Brexit en 2016), por no hablar de los actuales efectos devastadores de la invasión de Rusia en Ucrania en 2022.

Todas estas crisis, y sobre todo la del Coronavirus, han afectado de manera especialmente virulenta al bienestar y cuidado de las personas mayores. En estas coordenadas, se ha de conjurar el riesgo de vernos inmersos en una crisis de bienestar y de cuidados de las personas mayores que sea trasunto de esa crisis de valores. Pues, en efecto, siendo cierto que el espectro de sujetos (beneficiarios y obligados) concernidos por el derecho al cuidado no se reconduce exclusivamente a la población mayor (Burguera Ameave, 2021), sí ha sido ella la más afectada.

En esta línea, las tendencias más novedosas relativas a la configuración autónoma del derecho al cuidado, más allá de disquisiciones doctrinales y debates académicos, es obvio que están llamadas a optimizar los valores constitucionales consagrados a escala nacional y regional, así como la garantía multinivel de los derechos fundamentales de las personas mayores. Cobran sentido, en consecuencia, las propuestas que asocian la cultura del cuidado y del bienestar de las personas mayores a la regeneración del pacto constitucional (Marrades Puig, 2016) y a la paralela potenciación de los estándares constitucionales (Flores Giménez, 2018) e internacionales en la materia (Díaz-Tendero, 2019). Se trata, a fin de cuentas, de enraizar una cultura democrática como exigencia axiológica nacional e internacional que no puede dar la espalda a nuestras personas mayores a través de unos “cuidados democráticos” imbricados con una “democracia cuidadora” (Tronto, 2013: 139 y 169), es decir, con una sociedad democrática avanzada (contra el edadismo, a favor del envejecimiento activo como perspectiva de empoderamiento, etc.).

Desde ese prisma axiológico, el valor de la libertad supone que la persona cuidada sea asistida para desplegar sus capacidades y autonomía (libre desarrollo de su personalidad) y/o, eventualmente, que se le brinden condiciones de autocuidado para su bienestar. Por su lado, las medidas positivas que se le ofrezcan favorecerán una dimensión inclusiva acorde con el valor igualdad, en sus facetas formal y sustancial. Y, en tercer término, el bienestar y cuidado de las personas mayores ponen en solfa la solidaridad como valor crucial del constitucionalismo, a escala nacional y europea (Torres del Moral, 2014: 55; Tajadura Tejada, 2014: 90), bajo un ángulo intergeneracional, tanto diacrónica (entre las generaciones presentes y las futuras) como sincrónicamente (entre las generaciones actuales).

Al hilo de lo expuesto, cabe constatar que, tras la fase inicial del coronavirus en China (Wuhan), el temor generalizado a infectarse y eventualmente morir se instaló en las sociedades “avanzadas”, particularmente en el llamado “primer mundo”. En el caso concreto de Europa, la tragedia se cebó al principio con nuestras personas mayores, con miles de muertes en residencias y centros geriátricos<sup>2</sup> —lo cual ha generado un interesante debate incluso acerca de la posible responsabilidad penal por homicidio imprudente y denegación de asistencia sanitaria desde la perspectiva de la aplicación de triaje y determinación del cuidado exigible— (Coca Vila, 2021: 171-172; Hava García, 2022: 139), dándose un lamentable pábulo, incluso involuntario, a tesis eugenésicas que pretenden poner fecha de caducidad a nuestra población anciana (Moreno y Jiménez, 2021: 39). Con ello se generaba la paradoja de descuidar uno de los vectores de nuestro modelo social europeo: los cuidados y atención prioritaria a ese grupo social, máxime cuando no es incompatible la preocupación por el envejecimiento poblacional del Viejo Continente debido a la caída del índice de natalidad con una apuesta por el envejecimiento activo para que “las personas de edad avanzada sigan siendo miembros plenos de la sociedad durante el mayor tiempo posible”, como manda la conocida como Constitución Social de Europa —la Carta Social Europea revisada de 1996— (De Schutter, 2010; Salcedo Beltrán, 2018).

En línea con lo anterior, los derechos relativos al bienestar y el cuidado de las personas mayores pueden considerarse efectivamente como pilares primordiales del Estado social y democrático de derecho y del modelo social europeo (Masala, 2018). El Viejo Continente no estará en condiciones de congratularse de ser el sistema regional más avanzado de derechos humanos si no es capaz de dignificar el envejecimiento (activo y no activo) que conoce<sup>3</sup>, así como el de todas las personas implicadas desde la perspectiva de la atención y cuidado a la población mayor: usuarias y personas

<sup>2</sup> Véanse las estremecedoras cifras de fallecimientos de personas mayores en residencias en el informe elaborado en 2020 (última actualización: 1 de febrero de 2021), con relación a veintidós países (en la franja más elevada de muertes, superior al 5% de la población ingresada, se sitúan Bélgica, Eslovenia, España, Estados Unidos, Francia, Holanda, Reino Unido y Suecia), por Comas-Herrera, A. *et al.*, bajo el título *Mortality associated with COVID-19 in care homes: international evidence*: [https://www.longlivedeelderly.org/wp-content/uploads/2021/05/LTC\\_COVID\\_19\\_international\\_report\\_January-1-February-1-2-1.pdf](https://www.longlivedeelderly.org/wp-content/uploads/2021/05/LTC_COVID_19_international_report_January-1-February-1-2-1.pdf).

<sup>3</sup> Según las cifras y previsiones de Eurostat sobre estructura demográfica y envejecimiento de la población publicadas en 2020 ([https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Archive:Estructura\\_demogr%C3%A1fica\\_y\\_envejecimiento\\_de\\_la\\_poblaci%C3%B3n&oldid=510186](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Archive:Estructura_demogr%C3%A1fica_y_envejecimiento_de_la_poblaci%C3%B3n&oldid=510186)), en 2019 más de una quinta parte (20,3 %) de la población de la UE tenía 65 años de edad o más; por otra parte, las proyecciones indican que el porcentaje de personas de 80 años o más en la población de la UE se multiplicará por 2,5 entre 2019 y 2100, y pasará del 5,8 % al 14,6 %.

cuidadoras, del entorno familiar o no, nacionales o no, profesionales o no (García Romero y López Anierte, 2022)<sup>4</sup>.

Con tales premisas, tras las cuestiones introductorias, se abordarán en el presente trabajo los parámetros normativos y jurisprudenciales del Consejo de Europa para, a continuación, analizarse igualmente las bases normativas y jurisprudenciales de la Unión Europea. Concluirá el trabajo con unas reflexiones finales acerca de la relevancia de ubicar ese acervo europeo en el marco de las sinergias entre los estándares internacionales sobre derechos de las personas mayores con objeto de reforzar el principio *pro personae*.

Con tal espíritu, el transversal enfoque de derechos humanos que se postula no descuidará la complementariedad de las diversas perspectivas analizadas y propuestas por la mejor doctrina en dicho terreno. Estas van desde la planificación de la fase final de la vida o la conjunción del binomio derecho-economía, hasta la ética del cuidado (incluida la feminista), pasando por un enfoque jurisprudencial terapéutico y sin olvidar un enfoque pluralista sustentado en dimensiones de naturaleza legalista, protectora, del apoyo familiar e informal, preventiva y planificadora, empoderadora y cultural (Díaz-Tendero, 2019:9-16).

## 2. Parámetros normativos y jurisprudenciales del Consejo de Europa

### 2.1. Estándares normativos en clave evolutiva

Las disposiciones europeas más emblemáticas de carácter vinculante en el campo de los derechos de las personas mayores se recogen en el artículo 4 del Protocolo de 1988 a la Carta Social Europea — CSE— del Consejo de Europa de 1961 y el equivalente artículo 23 CSE revisado de 1996<sup>5</sup>. Así pues, la CSE originaria de 1961 no incluyó un artículo específico sobre las personas mayores, no siendo hasta 1988 cuando el citado primer protocolo adicional cubrió dicha laguna haciéndose eco de las nuevas tendencias sobre derechos humanos y políticas sociales susceptibles de mejorar la protección de personas en situación de fragilidad o vulnerabilidad; y, como se decía, la CSE revisada de 1996 reprodujo la redacción del Protocolo de 1988<sup>6</sup>.

De todos modos, esa laguna no significaba que las personas mayores estuvieran excluidas de la cobertura personal y material ofrecida por la CSE. De hecho, el informe explicativo del Protocolo de 1988 menciona explícitamente la relación de su artículo 4 con los derechos a la seguridad social y a la asistencia social reconocidos en los artículos 12 y 13 respectivamente de la CSE<sup>7</sup>, así como con el derecho a la vida privada (artículo 8) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)<sup>8</sup>. Y, por supuesto, la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), como se verá más tarde (subepígrafe 2.3, *infra*), sin menoscabo del alcance autónomo del artículo 4 del Protocolo de 1988 (o artículo 23 de la CSE revisada de 1996), ha explotado positivamente otras conexiones de derechos.

Dicho lo cual, es verdad que la elaboración del Protocolo de 1988 a la CSE vino precedida en el Consejo de Europa por discusiones acerca de la posible inclusión de algunos derechos económicos, sociales y culturales en el CEDH<sup>9</sup>. La circunstancia de haber descartado esa opción tampoco ha sido óbice para que, aun en ausencia de una disposición convencional específica, el TEDH haya acudido a diversas técnicas hermenéuticas (en buen y congruente grado inspiradas por la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos) para hacer valer conexiones tendentes a salvaguardar el bienestar y cuidado de las personas mayores (subepígrafe 2.2, *infra*).

Sin embargo, al contar con un mandato específico (en los reiterados artículos 4 del Protocolo de 1988 y 23 de la CSE revisada de 1996), el CEDS ha generado líneas interpretativas de mayor impacto (propiciando

<sup>4</sup> Véase el Informe *El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado para un futuro con trabajo decente*, 28 de junio de 2018 ([https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms\\_633168.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_633168.pdf)).

<sup>5</sup> Ambos presentan la siguiente redacción: “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”.

<sup>6</sup> Así lo expresa el informe explicativo de la CSE revisado de 1996 (apartado 81): <https://rm.coe.int/16800ccde4>.

<sup>7</sup> Informe explicativo protocolo de 1988 (apartado 55): <https://rm.coe.int/16800cb346>.

<sup>8</sup> *Ibidem*, apartado 59.

<sup>9</sup> *Ibidem*, apartados 2 a 5.

modificación de prácticas y de legislaciones nacionales) que los apuntes jurisprudenciales del TEDH (prevalentemente derivados del análisis de casos individuales, con la salvedad del eventual alcance abstracto de algunas de sus sentencias). Adicionalmente, como complemento de las resoluciones que toma en el contexto de los dos mecanismos de garantía de la CSE, o sea, el sistema de informes y el procedimiento de reclamaciones colectivas (Jimena Quesada, 2022; Salvioli, 2022: 320), el CEDS adopta asimismo observaciones interpretativas mediante las que se hace eco de las nuevas necesidades de protección, acomodando así el contenido de las disposiciones del tratado a la realidad (de nuevo, subepígrafe 2.3, *infra*).

Naturalmente, los estándares normativos del Consejo de Europa no pueden dejar de ser instrumentos vivos al servicio de la justicia social y la dignidad humana. Por ello, sus instituciones continúan trabajando en consonancia con las nuevas tendencias y exigencias de desarrollo de la personalidad y de respeto de la dignidad de las personas mayores: por ejemplo, para reconocer a toda persona jubilada el derecho a participar en los diversos ámbitos de actividad de la sociedad, incluidas las medidas tendentes a permitir a las personas mayores que continúen trabajando o animándolas a ello<sup>10</sup>.

En el seno del Consejo de Europa, a diferencia de lo que ha sucedido en otros sistemas regionales como el africano o el interamericano, no se ha entendido necesaria la adopción de un convenio específico sobre derechos de las personas mayores<sup>11</sup>. Tampoco ha prosperado en dicha organización la elaboración de tratados sectoriales sobre derechos de otras personas vulnerables (infancia y adolescencia, juventud, o personas con discapacidad), no emulando por tanto los instrumentos universales que sí existen en algunos de estos supuestos. En los casos mencionados, en realidad, con independencia de la jurisprudencia más o menos casuística y conexas derivada del CEDH, parece haberse considerado que el tratado más emblemático de derechos sociales (la CSE) contiene bases habilitantes suficientes, más o menos explícitas, para dar respuesta satisfactoria a esas situaciones de vulnerabilidad. Veamos seguidamente, pues, esa jurisprudencia conexas del TEDH y la más específica del CEDS.

## 2.2. Jurisprudencia conexas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al bienestar social de personas mayores

A título preliminar, cabe incidir en que la jurisprudencia del TEDH sobre recursos individuales (no contamos en nuestro objeto de estudio con interpretaciones de interés derivadas de demandas interestatales o de la más reciente competencia consultiva introducida por el Protocolo n.º 16 al CEDH<sup>12</sup>) ha abordado habitualmente situaciones en donde, tras no ponerse remedio en el ámbito doméstico, la conculcación de derechos de personas mayores ya se había producido. Desde este punto de vista, más que proyectar medidas de alcance general, la utilidad de la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo se ha manifestado en la incidencia en la noción de obligaciones positivas para dotar de efectividad y utilidad a los derechos convencionales.

En tal sentido, la STEDH *Dodov c. Bulgaria* de 17 de enero de 2008 declaró la violación del derecho a la vida (artículo 2 CEDH) por la desaparición y muerte de una paciente de avanzada edad con Alzheimer a consecuencia de la negligencia en la vigilancia del personal de la residencia en la que se encontraba. Por otro lado, el Tribunal de Estrasburgo ha considerado incompatible con el derecho a no sufrir un trato degradante (artículo 3 CEDH) el mantenimiento en prisión de una persona (encarcelada cuando tenía 84 años) con un deteriorado estado de salud (paraplejía y diversas enfermedades crónicas e incurables) y ante la incapacidad de las autoridades públicas de subvenir a sus necesidades vitales básicas en dicho centro penitenciario (STEDH *Farbtuhs c. Letonia* de 2 de diciembre de 2004)<sup>13</sup>.

A este respecto, han llegado casos a Estrasburgo de recursos relacionados con la privación de libertad de personas mayores, su estado de salud y sus condiciones de detención agravadas por la pandemia de covid-19<sup>14</sup>;

<sup>10</sup> Entre dichas medidas figuran la prolongación de la edad para jubilarse o la posibilidad de acogerse a una jubilación anticipada con el fin de ejercer otro empleo o una actividad no asalariada. En tal dirección apuntan algunos instrumentos adoptados en la materia por la asamblea parlamentaria del Consejo de Europa, como: la Resolución 1793(2011) *Por una longevidad positiva: capitalizar el empleo y el potencial de trabajo de las personas mayores*; la Recomendación 1796 (2007) sobre *La situación de las personas mayores en Europa*, y la Resolución 1502(2006) *La cohesión social frente a los desafíos demográficos*.

<sup>11</sup> En el continente americano puede mencionarse, además del artículo 17 del Protocolo de San Salvador de 1988, la Convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores de 2015; en el continente africano, la referencia viene dada por el Protocolo de 2016 a la Carta Africana de derechos humanos y de los pueblos, relativo a los derechos de las personas mayores, que tiene una de sus bases habilitantes en el artículo 18 de la propia Carta.

<sup>12</sup> Tampoco ha habido pronunciamientos relacionados con derechos de las personas mayores en virtud de las otras dos vías anteriores al Protocolo n.º 16, que habilitan al TEDH a emitir opiniones consultivas, esto es, el artículo 47 CEDH (vía originaria introducida por el Protocolo n.º 2 de 1963 al CEDH) y el artículo 29 del Convenio de Oviedo relativo a los derechos humanos y la biomedicina de 1997.

<sup>13</sup> En análogo sentido puede verse la STEDH *Contrada (n.º 2) c. Italia* de 11 de febrero, en donde la condena por violación del artículo 3 CEDH se debió asimismo a la tardanza de las autoridades italianas en conceder un régimen de arresto domiciliario a un preso de más de ochenta años con patologías graves y complejas que, según los informes médicos, hacían incompatible su edad y estado de salud con seguir cumpliendo la pena en el centro penitenciario.

<sup>14</sup> En fecha 28 de marzo de 2023, el TEDH declaró inadmisibile el caso *Hafeez c. Reino Unido* (demanda n.º 14198/20, comunicada al Gobierno británico en marzo de 2020), sobre un hombre de sesenta años con problemas de salud (asma y diabetes) que denunciaba el riesgo de ser condenado a prisión permanente, sin posibilidad de liberación anticipada y expuesto a condiciones inadecuadas de detención a causa de la pandemia en caso de extradición a Estados Unidos. Además de este caso, puede verse información sobre otros casos pendientes (junto a muchos ya resueltos —con

y el TEDH ha llegado a condenar al Estado demandado (por vulneración del artículo 3 CEDH o también por violación del derecho a la libertad y seguridad del artículo 5 CEDH) cuando, en supuestos particulares (sea cual sea la edad de la persona detenida), no se han previsto medidas de aislamiento u otras para evitar el contagio por coronavirus en la cárcel. No obstante, más allá del caso concreto, se ha observado que el mecanismo de demanda individual ante el TEDH no se ha mostrado idóneo para poner remedio a la eventual vulneración de derechos (afecten a personas mayores o al conjunto de la población) causada por una deficiente gestión pública o privada de la pandemia (Tomás Mallén, 2022: 391)<sup>15</sup>.

Algo parecido había sucedido con los efectos de la previa crisis económica y financiera mundial estallada en 2008 y el impacto de las medidas de austeridad, entre ellas las referentes al recorte desproporcionado de pensiones de jubilación. Aunque el TEDH haya entendido pertinente analizar asuntos sobre pensiones de seguridad social con apoyo en el derecho de propiedad del artículo 1 del Protocolo n.º 1 adicional al CEDH, se ha advertido del carácter limitado de dicha vía en comparación con los mecanismos previstos ante el CEDS (Bou Franch, 2018: 640). En efecto, prácticamente todas las demandas individuales presentadas ante el TEDH denunciando la vulneración de dicha disposición como consecuencia de las medidas “anticrisis” consistentes en rebaja o en tope de pensiones de jubilación han sido inadmitidas como manifiestamente infundadas, y se ha avalado el margen de apreciación nacional del país “en función de su política social”<sup>16</sup>.

Ciertamente, los precedentes jurisprudenciales no hacían presagiar un criterio diferente, tanto más cuanto que el TEDH ya había rehusado acoger como idónea la consideración de trato degradante del artículo 3 CEDH con relación a pensiones de jubilación de montante irrisorio y difícilmente aptas para combatir la precariedad<sup>17</sup>. Ahora bien, como se apuntó, sin perjuicio del excepcional alcance general de algunas de sus sentencias, el TEDH ha adoptado interesantes resoluciones para casos individuales en los que estaban involucrados derechos de las personas mayores (incluidos aspectos de su bienestar y cuidado)<sup>18</sup>. Se optó en cambio por remitirse al margen de apreciación en ámbitos controvertidos como el trabajo obligatorio de reclusos que han superado la edad de jubilación<sup>19</sup>, la percepción de la pensión de jubilación en supuestos de cambio de sexo<sup>20</sup>, o la regulación de la eutanasia<sup>21</sup>.

sentencia condenatoria o absolutoria, o con decisión de inadmisión—) que atañen a personas mayores en la ficha temática (elaborada por la Unidad de prensa del TEDH) “Personas mayores y CEDH”, septiembre 2022: [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Elderly\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Elderly_ENG.pdf) (versión inglesa), [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Elderly\\_FRA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Elderly_FRA.pdf) (versión francesa). Entre los asuntos pendientes, presenta interés el caso *Verein Klima-Seniorinnen Schweiz y otros c. Suiza* (demanda n.º 53600/20, comunicada al Gobierno suizo en marzo de 2021), formulado por una asociación suiza que agrupa a varios centenares de mujeres mayores que luchan contra el cambio climático y por cuatro mujeres (de entre 78 y 89 años) que denuncian la degradación de su estado de salud y condiciones de vida a causa de los picos de calor y problemas generados por el calentamiento del planeta.

<sup>15</sup> Sobre medidas anticovid y sus efectos pueden verse, entre otras: Decisión de inadmisibilidad de 5 de noviembre de 2020, demanda n.º 18108/20, *Le Mailloux c. Francia* (sobre la gestión de la crisis sanitaria por el Estado francés y no cumplimiento con obligaciones positivas para acceso a test de diagnóstico, medidas profilácticas y otros tratamientos), en donde el TEDH no acepta la *actio popularis*; decisión de inadmisibilidad de 7 de octubre de 2021, *Zambrano c. Francia* (el demandante creó un movimiento contrario al “certificado covid” y a la vacunación obligatoria como injerencia discriminatoria en el derecho al respeto de la vida privada), o la decisión de inadmisibilidad de 20 de mayo de 2021, *Terheş c. Rumanía* (diputado del PE que denunciaba privación de libertad contraria al art. 5 CEDH por medidas de confinamiento entre 24 de marzo y 14 de mayo de 2020). Estas y otras resoluciones del TEDH en la ficha temática (elaborada por la Unidad de prensa del TEDH) “Crisis sanitaria de la Covid-19”, abril 2023: [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Covid\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Covid_ENG.pdf) (versión inglesa), [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Covid\\_FRA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Covid_FRA.pdf) (versión francesa).

<sup>16</sup> Entre otras, decisiones de inadmisibilidad *Valkov y otros c. Bulgaria* de 25 de octubre de 2011, *Koufaki y ADEDY c. Grecia* de 7 de mayo de 2013, *Da Conceição Mateus c. Portugal et Santos Januário c. Portugal* de 8 de octubre de 2013, o *Aielli y otros y Arboit y otros c. Italia* de 10 de julio de 2018. Puede accederse a estos y otros asuntos en la materia en la ficha temática (elaborada por la Unidad de prensa del TEDH) “Medidas de austeridad”, febrero 2023: [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Austerity\\_measures\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Austerity_measures_ENG.pdf) (versión inglesa), [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Austerity\\_measures\\_FRA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Austerity_measures_FRA.pdf) (versión francesa).

<sup>17</sup> Por ejemplo, decisiones de admisibilidad *Larioshina c. Rusia* de 23 de abril de 2002 y *Budina c. Rusia* de 18 de junio de 2009.

<sup>18</sup> Véanse, por ejemplo: la STEDH *Vásileva c. Dinamarca*, sobre violación de la libertad y seguridad del artículo 5.1 CEDH en perjuicio de la demandante, de 67 años de edad y salud delicada, que había sido detenida durante casi catorce horas tras negarse a identificarse ante los agentes policiales que la detuvieron por el altercado que tuvo con el controlador de un autobús que le reprochó haberse montado al autobús sin billete. También la STEDH *X e Y c. Croacia* de 3 de noviembre de 2011, que concluyó la violación del artículo 6 CEDH por vulneración de las garantías básicas del proceso debido al no haberse oído a las demandantes (madre de casi ochenta años con demencia senil y su hija), con respecto a las cuales los servicios sociales habían solicitado la incapacidad jurídica. O la STEDH *McDonald c. Reino Unido* de 20 de mayo de 2014, sobre vulneración del derecho a la vida y familiar del artículo 8 CEDH de una mujer de 71 años con movilidad extremadamente limitada, a quien la autoridad local le había reducido el montante concedido para los cuidados semanales al entender que las necesidades nocturnas de higiene podían satisfacerse con protecciones de incontinencia (pañales y empapadores) en lugar de una persona que le auxiliara por la noche para ir al baño, pese a no ser incontinente.

<sup>19</sup> La STEDH *Meier c. Suiza* de 9 de febrero de 2016 concluyó que no se había vulnerado la prohibición del trabajo forzoso (artículo 4.2 CEDH), al constatar que no había un consenso suficiente entre los Estados miembros del Consejo de Europa en cuanto a la obligación de los prisioneros de trabajar después de haber alcanzado la edad de jubilación. Véase, en sentido diverso, la STEDH *Tastan c. Turquía* de 4 de marzo de 2008, en donde se declaró la violación del artículo 3 en combinación con el artículo 13 CEDH (derecho a un recurso efectivo) como consecuencia del llamamiento a filas del demandante para cumplir el servicio militar cuando tenía ya 71 años, obligándole a llevar a cabo la instrucción durante un mes con las mismas pruebas físicas que los reclutas jóvenes de 20 años, lo que había motivado la degradación de su estado de salud.

<sup>20</sup> Véase la STEDH *Grant c. Reino Unido* de 23 de mayo de 2006, sobre violación del artículo 8 CEDH en perjuicio de la demandante (transexual que pasó del sexo masculino al femenino), al no reconocerse jurídicamente su cambio de sexo denegándosele una pensión de jubilación a la edad de 60 años como a todas las mujeres. Se la obligó a esperar a los 65 años de edad para acceder a la jubilación aplicable a los hombres (se remite a la STEDH *Christine Goodwin c. Reino Unido* de 11 de julio de 2002, mediante la que se obligaba a reconocer jurídicamente la nueva identidad sexual a las personas transexuales, esgrimiéndose que esa materia ya no entraba dentro del margen de apreciación nacional).

<sup>21</sup> Véase la reciente STEDH *Mortier c. Bélgica* de 4 de octubre de 2022, en donde se declaró la violación del derecho a la vida del artículo 2 CEDH a propósito de las obligaciones positivas de índole procedimental referentes a la concreta eutanasia practicada a la madre del demandante, precisando

### 2.3. Específica jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales sobre cuidado y bienestar de personas mayores

Como se avanzó, el CEDS ha aclarado el alcance del artículo 4 del Protocolo de 1988 a la CSE (y equivalente artículo 23 CSE revisada de 1996) y disposiciones conexas sobre derechos de las personas mayores a través de jurisprudencia elaborada básicamente en el marco de sus dos mecanismos de control (el sistema de informes establecido como preceptivo con la CSE de 1961 y el procedimiento de reclamaciones colectivas instaurado como facultativo con el Protocolo de 1995), así como por medio de observaciones interpretativas.

Por lo que se refiere al sistema de informes, la jurisprudencia del CEDS ha precisado que el específico derecho a la protección social de las personas mayores abarca una variedad de aspectos<sup>22</sup>. Por lo pronto, ha sostenido que los específicos artículos 4 del Protocolo de 1988 y 23 CSE revisada de 1996 acogen un enfoque progresista o evolutivo que considera a las personas mayores como “miembros plenos de la sociedad durante el mayor tiempo posible”, una plena ciudadanía que se complementa con aspectos recogidos en otras disposiciones como los artículos 11 (derecho a la salud), 12 (derecho a la seguridad social), 13 (derecho a la asistencia social y médica), 14 (derecho a los beneficios de los servicios sociales) y 30 (derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social).

Con estos mimbres, el CEDS exige en primer término que la legislación nacional prohíba explícitamente la discriminación por motivo de edad, que en todo caso debe proteger frente a situaciones agraviantes por edad dentro y fuera del ámbito del empleo. En segundo lugar, el nivel de suficiencia económica de las pensiones de jubilación se debe ponderar teniendo en cuenta todos los recursos adicionales disponibles (prestaciones contributivas y no contributivas, y otros beneficios complementarios habilitados para personas mayores). Y, como elementos más concretos de la cobertura protectora, el CEDS entiende que la legislación y la praxis nacionales deben: prevenir el maltrato a las personas mayores, en particular evaluando el alcance del problema y concienciando sobre la necesidad de erradicarlo; garantizarles que reciban información sobre los servicios y las instalaciones disponibles, así como que dichos servicios e instalaciones sean efectivamente accesibles y de calidad adecuada; proporcionarles viviendas adecuadas a sus necesidades y estado de salud, o un apoyo adecuado para adaptar su vivienda; proporcionarles la atención médica adecuada, y garantizar a las que viven en instituciones un apoyo adecuado, respetando su privacidad y participando en las decisiones relativas a las condiciones de vida en su institución.

Al hilo de esto último, la jurisprudencia del CEDS ha enfatizado la necesidad de que las instalaciones de alojamiento o acogida para personas mayores estén sujetas a un procedimiento transparente de acreditación o autorización y sean inspeccionadas por un organismo independiente. Por otro lado, ya en 2013 el CEDS emitió dos observaciones interpretativas en las que incidió tanto en la necesidad de emplear recursos adecuados destinados a las personas mayores (teniendo presentes indicadores relativos a los umbrales de riesgo de pobreza), como en la asistencia a su capacidad decisoria para que no sean objeto de abuso<sup>23</sup>. En cualquier caso, la crisis provocada por la covid-19 llevó al CEDS a acentuar las obligaciones positivas que se desprenden de la CSE para garantizar los derechos de todas las personas, y especialmente el estado de salud y la vida de las más vulnerables, “teniendo en cuenta el estado actual de los conocimientos científicos y de conformidad con las normas pertinentes de derechos humanos”<sup>24</sup>.

Con anterioridad, tras la crisis económica y financiera de 2008, determinadas medidas “anticrisis” de flexibilidad laboral o de flexiseguridad del sistema de pensiones adoptadas en Grecia en 2010 bajo la presión de la Troika (Comisión Europea, Banco Central Europeo y Fondo Monetario Internacional) fueron declaradas por el CEDS contrarias a la CSE en 2012 (Decisiones del CEDS de 23 de mayo de 2012 sobre las Reclamaciones n.º 65 y n.º 66/2011 *GENOP-DEI* y *ADEDY c. Grecia*, y Decisiones de 7 de diciembre de 2012 sobre las Reclamaciones n.º 76 a 80/2012 *IKA-ETAM* y *otros c. Grecia*). Con ello, se contrarrestaba la excesiva y desproporcionada precarización de personas vulnerables (tanto en situación activa como en edad de jubilación), máxime cuando no se había motivado siquiera la existencia de estudios sobre posibles medidas menos gravosas ni se había consultado a los colectivos afectados. Con ello se resaltaba la importancia de los derechos al trabajo y a la protección social como antídoto frente a la pobreza y la exclusión social; y, en el caso de las cinco deci-

no obstante el TEDH que el asunto no versaba sobre la existencia o no de un derecho a la eutanasia, sino sobre la compatibilidad con el CEDH de la eutanasia litigiosa.

<sup>22</sup> Una síntesis sobre el contenido de la jurisprudencia del CEDS relativa a los artículos 4 del Protocolo de 1988 y 23 CSE revisada de 1996 en el *Digesto de la Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales*: <https://rm.coe.int/digest-2018-parts-i-ii-iii-iv-en/1680939f80> (versión inglesa) / <https://rm.coe.int/digest-2018-parts-i-ii-iii-iv-fr/1680939fa8> (versión francesa), pp. 199 a 202.

<sup>23</sup> Puede accederse al texto de ambas observaciones interpretativas y otras anteriores sobre dicha disposición (y el artículo 4 del Protocolo de 1988) en: [https://hudoc.esc.coe.int/eng/#{%22sort%22:\[%22ESCPublicationDate%20Descending%22\],\[%22ESCArticle%22:\[%2223-00-000%22\],\[%22ESCDcType%22:\[%22Ob%22\]\]}](https://hudoc.esc.coe.int/eng/#{%22sort%22:[%22ESCPublicationDate%20Descending%22],[%22ESCArticle%22:[%2223-00-000%22],[%22ESCDcType%22:[%22Ob%22]]}).

<sup>24</sup> *Observación interpretativa del CEDS (adoptada el 21 de abril de 2020) sobre el derecho a la protección de la salud en tiempos de pandemia* (inglés: <https://rm.coe.int/statement-of-interpretation-on-the-right-to-protection-of-health-in-ti/16809e3640> / francés: <https://rm.coe.int/observation-interpretative-sur-le-droit-a-la-protection-de-la-sante-en/16809e3641>). Como complemento de ella, el CEDS adoptó el 24 de marzo de 2021 la *Declaración sobre la covid-19 y los derechos sociales* (inglés: <https://rm.coe.int/statement-of-the-ecsr-on-covid-19-and-social-rights/1680a230ca> / francés: <https://rm.coe.int/declaration-du-ceds-sur-la-covid-19-et-les-droits-sociaux/1680a230c9>).

siones adoptadas en diciembre de 2012 sobre los recortes excesivos y desproporcionados, la protección de las personas mayores frente a la precariedad (Stangos, 2016: 86)<sup>25</sup>.

Unos días antes de la adopción de esas cinco resoluciones sobre Grecia, el CEDS había tomado otras dos en las que se ocupó de aspectos fundamentales para avanzar en el terreno del bienestar social y el cuidado de las personas mayores: concretamente, dos decisiones de fondo de 4 de diciembre de 2012 novedosas en el ámbito de la protección de las personas mayores en situación de dependencia (n.º 70/2011 y n.º 71/2011, *Association of Care Giving Relatives and Friends c. Finlandia*). La conclusión en ambos supuestos fue de violación del artículo 23 CSE revisada: en el primer caso por las desigualdades entre los distintos municipios al hacer uso de su poder discrecional para otorgar o no (y en qué cantidad), en el marco de sus atribuciones en materia de servicios sociales, ayudas para las personas cuidadoras no profesionales que asisten a las personas mayores. Mientras, en el segundo supuesto, de manera similar, se reprochó al Gobierno finlandés que no hubiera introducido límites al criterio discrecional (que deviene arbitrario) de los municipios a la hora de fijar las distintas tarifas para tener acceso igual y efectivo a instituciones de acogida (como solución residencial de larga duración) para personas mayores, superando en muchos casos dichas tarifas el montante de las pensiones de estas personas.

Al año siguiente, el CEDS tomó una novedosa decisión de fondo, de fecha 2 de julio de 2013 (Reclamación n.º 74/2011, *Fellesforbundet for Sjøfolk c. Noruega*), en la que se abordó la cuestión de la legislación nacional sobre edad de jubilación obligatoria del personal trabajador del mar a los 62 años. Tras el examen de la legislación litigiosa, el CEDS concluyó una doble violación: por un lado, del artículo 24 CSE (derecho de los trabajadores a protección en caso de despido), por cuanto se entendió que la normativa nacional permitía el despido directo por razón de edad, no garantizando de tal suerte a dichos trabajadores una protección en caso de rescisión del contrato de trabajo ni la posibilidad del derecho al beneficio de una pensión de jubilación. Y, por otro lado, la violación del artículo 1.2 CSE (protección eficaz del derecho del trabajador a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido), en la medida en que ese impedimento de seguir ejerciendo libremente la profesión de su elección en el caso de los trabajadores del mar comportaba una diferencia de trato desproporcionada y no justificada en comparación con los trabajadores empleados en otras profesiones, y sin que se verifiquen en la actualidad los problemas de seguridad marítima y salud laboral que otrora justificaban esa diferenciación.

Otra interesante decisión de fondo fue adoptada por el CEDS el 22 de mayo de 2019 sobre la Reclamación n.º 145/2017 (*FIAPA, Fédération internationale des associations de personnes âgées c. Francia*), en donde la organización denunciante (invocando los artículos 23 y E de la CSE revisada) alegaba que la legislación francesa en materia de represión del abuso fraudulento del estado de vulnerabilidad y debilidad de las personas mayores, tal como era interpretada por las jurisdicciones internas, no les aseguraría el ejercicio efectivo de su derecho a una protección social. En cambio, el CEDS desestimó la reclamación, concluyendo que no había violación alguna. Entendió que no se había acreditado que la citada normativa, a la luz de su interpretación por la jurisprudencia del propio CEDS y por la jurisprudencia nacional y del TEDH<sup>26</sup>, no ofreciera un marco suficiente para determinar, caso por caso, si la edad genera un estado de ignorancia o de debilidad como criterio de vulnerabilidad (§§54-55); y sin que, a tenor de la jurisprudencia del TEDH, la edad avanzada pueda ser considerada por sí sola como determinante de la vulnerabilidad de una persona (§56).

Para cerrar el presente subepígrafe, conviene aludir a la decisión de fondo de 10 de diciembre de 2020 sobre la Reclamación n.º 162/2017 (*FIAPA c. Francia*). En ella, la organización reclamante alegaba que la Ordenanza n.º 2017-192 de 16 de febrero de 2017, que establecía una edad límite de 71 años para los candidatos a la elección en el seno de los consejos de los colegios profesionales del sector de la salud, era contraria a los artículos 5 (derecho de sindicación), 23 (derecho de las personas mayores a una protección social) y E (no discriminación) de la CSE revisada. El fallo fue desestimatorio, pero la conclusión formal absolutoria se debió a que, con posterioridad al registro de la reclamación (13 de abril de 2018), el Consejo de Estado francés, mediante decisiones adoptadas el 25 de mayo de 2018, había anulado las disposiciones litigiosas de la Ordenanza de 16 de febrero de 2017.

En estas condiciones, el CEDS no acogió la excepción del Gobierno demandado según la cual la reclamación habría perdido su objeto, estimando entonces pertinente pronunciarse sobre la situación anterior y posterior a la anulación de las disposiciones controvertidas. Así, con anterioridad a su anulación, el CEDS consideró

<sup>25</sup> En la fundamentación jurídica de esas cinco decisiones de fondo (de fecha 7 de diciembre de 2012), el CEDS declaró que las autoridades de un país no pueden utilizar el pretexto de medidas impuestas desde determinados organismos para eludir los compromisos asumidos en virtud de la CSE, que como tal tratado internacional debe ser respetado en el ámbito interno. En particular, dijo en esas decisiones que el artículo 12 CSE (derecho a la seguridad social) está concebido más en términos de progresividad que de regresión. Pero, en caso de establecerse restricciones, ellas no deben conducir a una precarización o a una pauperización de la población afectada. ¿Cuál fue el alcance de esas reducciones o restricciones? Para el CEDS, si bien algunas primas o parte de las pagas extras (en Pascua, Navidad y vacaciones) cabe reducirlas o incluso suprimirlas, las pensiones básicas y las complementarias no pueden reducirse de la manera tan drástica como se hizo (en porcentaje de entre el 20% hasta el 50% según el montante de la pensión), pues ello no solo es contrario a esa obligación de los Estados de establecer progresivamente un régimen de seguridad social de un nivel más elevado (artículo 12.3 CSE), sino que se aparta asimismo en muchos casos de situaciones vulnerables (las pensiones más bajas) de la obligación de protección social de las personas mayores tal como se establece en el artículo 4 del Protocolo de 1988, para que no queden por debajo del umbral mínimo de riesgo de pobreza (para lo que el CEDS toma como referencia el 50% de la renta mediana ajustada que establece Eurostat en función de la riqueza y coyuntura económica de cada país).

<sup>26</sup> Se traen a colación diversas sentencias de las Salas de lo Penal y de lo Social de la Corte de Casación francesa, en conexión con las SSTEDH *Heinrich c. Alemania* de 21 de julio de 2011 y *Zehentner c. Austria* de 16 de julio de 2009.

que la situación comportaba una violación del artículo 23 CSE revisada, pues ese régimen legal significaba “un obstáculo para el disfrute por parte de las personas mayores de su derecho, consagrado por el artículo 23 de la Carta, de seguir siendo el mayor tiempo posible miembros de pleno derecho de la sociedad, teniendo en cuenta sus propias capacidades físicas, psicológicas e intelectuales. Por consiguiente, el límite de edad en cuestión representaba una medida dirigida a la exclusión de dichas personas, por motivo de su edad, del disfrute del derecho garantizado por el artículo 23 de la Carta y, en consecuencia, conllevaba violación de dicha disposición” (§68). Sin embargo, tras la anulación de las disposiciones controvertidas, “la discriminación ya no existe y la situación es ahora conforme al artículo 23” (§§69-70)<sup>27</sup>. A mi modo de ver, resultó plausible la actuación del CEDS de no considerar que se había producido pérdida del objeto, lo cual le permitió establecer criterios jurisprudenciales tendentes, a modo de efecto *cliquet*, a evitar que la normativa discriminatoria análoga vuelva a ser adoptada en clave de retroceso en el campo de los derechos humanos (Bonet Pérez y Alija Fernández, 2016: 22).

### 3. Parámetros normativos y jurisprudenciales de la Unión Europea

#### 3.1. Bases normativas en clave evolutiva

La disposición de referencia del derecho primario de la UE viene dada por el artículo 25 de la Carta de los Derechos Fundamentales (CDFUE), a tenor del cual en el espacio de la Unión se debe reconocer y respetar “el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural”. Es interesante destacar que dicha disposición se inspira en el artículo 23 de la CSE revisada de 1996, y que esa participación en la vida social y cultural “incluye por supuesto la participación en la vida política”<sup>28</sup>.

Se trata evidentemente de una disposición novedosa que viene reforzada y completada en la propia CDFUE: primeramente, por el artículo 21, que prohíbe toda discriminación, mencionando expresamente la ejercida por razón de edad, un motivo que, junto a otros como la discapacidad o la orientación sexual, fue establecido de manera explícita en el derecho primario a través del Tratado de Ámsterdam de 1997<sup>29</sup>. En segundo término, por el artículo 23, que garantiza la igualdad entre mujeres y hombres en todos los ámbitos y, en tercer lugar, por el artículo 34, que consagra el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la dependencia o la vejez.

En clave evolutiva, en este caso en el terreno del *soft-law*, el Pilar Europeo de Derechos Sociales proclamado el 17 de noviembre de 2017 en la Cumbre Social de Gotemburgo (Suecia)<sup>30</sup> contiene una veintena de objetivos, de los cuales dos de ellos resultan relevantes para la protección de los derechos de las personas mayores. De un lado está el objetivo tercero (*igualdad de oportunidades*), según el cual, con independencia de —entre otros motivos— su edad, toda persona tiene derecho a la igualdad de trato y de oportunidades en relación con el empleo, la protección social, la educación y el acceso a bienes y servicios a disposición del público, y, de otro lado, el objetivo décimo quinto (*pensiones y prestaciones de vejez*), a tenor del cual, los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia tienen derecho a recibir una pensión de jubilación acorde a sus contribuciones que garantice una renta adecuada. Se añade que las mujeres y los hombres deberán tener las mismas oportunidades para adquirir derechos de pensión, y que toda persona en la vejez tiene derecho a los recursos que garanticen una vida digna.

En lo que concierne al derecho secundario o derivado de la UE, existen varias directivas que aplican el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, entre otros aspectos, con relación a las pensiones<sup>31</sup>; a lo que cabe agregar otras directivas relativas a los regímenes de pensiones de empleo, en especial en las situaciones transfronterizas<sup>32</sup>. Por otro lado, la UE cuenta con un reglamento sobre la coordinación de los sistemas

<sup>27</sup> Análogo razonamiento sigue el CEDS para concluir que se ha producido una discriminación directa por razón de edad, con violación conjunta de los artículos E y 5 de la CSE con anterioridad a la anulación de la normativa objeto del litigio (§89) y, por ello mismo, no habría violación de esos preceptos de la CSE revisada con posterioridad a la anulación de dicha normativa interna (§90).

<sup>28</sup> Así se indica explícitamente en la explicación relativa al artículo 25 de las Explicaciones anejas a la CDFUE.

<sup>29</sup> Concretamente, en el artículo 13 del Tratado de la Comunidad Europea (actual artículo 19 del Tratado de Funcionamiento de la UE).

<sup>30</sup> Véase el texto oficial en el DOUE de 13 de diciembre de 2017 (2017/C 428/09):

<sup>31</sup> Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.

<sup>32</sup> Directiva 98/49/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998, relativa a la protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia que se desplazan dentro de la comunidad. Directiva 2014/50/UE, de 16 de abril de 2014, relativa a los requisitos mínimos para reforzar la movilidad de los trabajadores entre Estados miembros mediante la mejora de la adquisición y el mantenimiento de los derechos complementarios de pensión. Directiva (UE) 2016/2341 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2016, relativa a las actividades y la supervisión de los fondos de pensiones de empleo (FPE).



de seguridad social que establece la totalización de los periodos de seguro y el derecho de exportación de las pensiones para aquellos pensionistas que hayan trabajado en otro Estado miembro de la Unión<sup>33</sup>.

Desde la óptica del *soft-law*, conviene traer a colación la Recomendación relativa a la convergencia de los objetivos y de las políticas de protección social de 1992<sup>34</sup>, que aborda la protección de la pobreza y el mantenimiento de las rentas con el objetivo de garantizar asimismo unos ingresos mínimos a las personas mayores. A diferencia de la normativa del Consejo de Europa, en donde la Carta Social contiene disposiciones vinculantes sobre la suficiencia económica de las prestaciones de las personas mayores (artículos 12, 13, 23 y 30), la compleja distribución de competencias entre la UE y sus Estados miembros provoca que todavía no contemos con normativa comunitaria que asegure una protección frente a la pobreza en la vejez y mantenga el nivel de vida de las personas jubiladas (Grech, 2015).

Así las cosas, con base en ese pilar europeo de derechos sociales, parece hacerse un llamamiento para que existan unos ingresos adecuados en la vejez, con independencia del tipo de sistema de pensiones. Con tal filosofía, además de los sistemas de pensiones estatales, los regímenes de pensión por capitalización complementarios están cobrando gradualmente más importancia, de tal suerte que facilitar y promover el ahorro durante toda la vida de cara a la jubilación, incluidos los incentivos fiscales, constituye una medida complementaria<sup>35</sup>.

### 3.2. Jurisprudencia del TJUE referente a la no discriminación y el bienestar social de personas mayores

Como es conocido, en el espacio de la UE ha existido y siguen existiendo asimetrías en cuanto a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres para adquirir derechos de pensiones para la vejez, o para acceder a beneficios sociosanitarios. Incluso en la actualidad, las pensiones de las mujeres son inferiores a las de los hombres, en gran parte debido a la repercusión de los registros de contribución de menor remuneración, mayor incidencia del trabajo a tiempo parcial y durante menos tiempo, además de una mayor interrupción de sus carreras a causa del cuidado de personas a su cargo. Consecuentemente, para establecer la igualdad, junto a la introducción de medidas en el mercado laboral y orientadas a la conciliación de la vida familiar y profesional, es menester que se equiparen las edades de acceso a las pensiones y se tomen en consideración los periodos dedicados al cuidado.

Cabalmente, siendo lo idóneo que esas medidas igualitarias se prescriban a nivel normativo, cabe hacer notar que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha ido atemperando en buen grado las medidas obstaculizadoras de la no discriminación y del bienestar social de las personas mayores. Buena ilustración de ello la suministra la STJUE de 8 de mayo de 2019, *Villar Láiz*, C-161/18, de la que se desprende la prohibición de toda discriminación por razón de sexo, incluida la discriminación indirecta (como consecuencia del trabajo a tiempo parcial desempeñado mayormente por las mujeres), para el cálculo de la pensión de jubilación<sup>36</sup>.

Sea como fuere, aun antes de la reseñada ampliación de las bases antidiscriminatorias del derecho primario con nuevos motivos explícitos (especialmente desde el Tratado de Ámsterdam), el Tribunal de Luxemburgo había elaborado una apreciable jurisprudencia sobre el carácter abierto de la lista de razones por las que no cabe discriminación<sup>37</sup>; y, obviamente, se entendía incluida la edad<sup>38</sup>, un motivo sobre el que se ha ido consolidando dicha jurisprudencia ya con la base explícita de la CDFUE<sup>39</sup>. Correlativamente, ha podido afirmarse que la jurisprudencia del TJUE sobre no discriminación por razón de edad, con proyección básica en el ámbito de las relaciones laborales, ha aportado razonamientos susceptibles de desplegar efectos (*vis expansiva*) en otras manifestaciones antidiscriminatorias, como la orientación sexual, que se beneficiarían del estatuto de principio general del derecho de la Unión, ahora ya positivizado en el artículo 21 CDFUE (Requena Casanova, 2013: 22)<sup>40</sup>.

Por lo demás, no es esta la sede para realizar un análisis más prolijo de la jurisprudencia del TJUE sobre no discriminación por razón de edad y derecho de las personas mayores. Bastará con apuntar que el dinamismo de nuestras sociedades y las medidas más o menos flexibilizadoras del mercado laboral seguirán haciendo aflorar conflictos en los que entre en escena el envejecimiento activo. Buen botón de muestra lo ofrece la STJUE *Ministero della Giustizia (Notaires)* de 3 de junio de 2021, asunto C-914/19, en donde se concluye la no con-

<sup>33</sup> Reglamento 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, modificados por normas posteriores para su aplicación, entre ellas el Reglamento (UE) 2017/492 de la Comisión, de 21 de marzo de 2017.

<sup>34</sup> Recomendación 92/442/CEE del Consejo, de 27 de julio de 1992, relativa a la convergencia de los objetivos y de las políticas de protección social.

<sup>35</sup> Así se apunta en el documento de trabajo de los servicios de la comisión que acompaña a la comunicación elaborada por dicha institución europea sobre el establecimiento del pilar: Documento SWD(2017) 201 final, Bruselas, 26 de abril de 2017, p. 63.

<sup>36</sup> Véase asimismo como precedente de interés la STJUE de 22 de noviembre de 2012, *Elbal Moreno*, C-385/11.

<sup>37</sup> Sentencia de 23 de febrero de 1994, *Scholz*, asunto C-419/92, apartado 7.

<sup>38</sup> Sentencia de 19 de octubre de 1995, *The Queen/Secretary of State for Health, ex parte Richardson*, asunto C-137/94, sobre igualdad entre hombres y mujeres y vínculo de la exención de pago de gastos médicos y farmacéuticos con la edad de jubilación (para el Tribunal de Justicia, la distinción establecida en la normativa británica –exención para las mujeres a partir de los 60 años y para los hombres a partir de los 65– no estaba autorizada por la Directiva 79/7/CEE; en particular apartados 18 a 29).

<sup>39</sup> STJUE de 18 de enero de 2010, *Kücükdeveci*, asunto C-555/07, o, más específicamente sobre edad ordinaria de jubilación diferenciada según el sexo con respecto a plan de pensiones de empresa, STJUE de 7 de octubre de 2019, *Safeway*, asunto C-171/18).

<sup>40</sup> Se sustenta dicha argumentación, como punto de partida, en la Sentencia *Mangold* de 22 de noviembre de 2005, asunto C-144/04, consolidada en otras posteriores como la mencionada STJUE *Kücükdeveci* de 18 de enero de 2010, asunto C-555/07.

formidad con el Derecho de la UE (concretamente, con el artículo 21 CDFUE y con la Directiva 2000/78/CE<sup>41</sup>) de una normativa nacional que fija un límite de edad de 50 años para el acceso a la profesión de notario. No se justificó que mediaría un justo equilibrio entre, por un lado, el objetivo de facilitar la renovación generacional y el rejuvenecimiento de la profesión de notario y, por otro, “la necesidad de preservar la participación de los trabajadores de más edad en la vida laboral, teniéndose en cuenta que estos son más vulnerables debido a esta característica”, así como “la necesidad de adoptar medidas adecuadas para promover la integración social y económica de las personas mayores”<sup>42</sup>.

Por último, el TJUE se ha mostrado sensible a la hora de vincular la edad de jubilación con el contenido de la ciudadanía de la Unión a efectos de no ver perjudicado el derecho de residencia permanente en otro Estado miembro. Así lo ejemplifica la STJUE *Pensionsversicherungsanstalt (Cese de actividad tras alcanzar la edad de jubilación)* de 22 de enero de 2020, asunto C-32/19<sup>43</sup>. Con su postura, el Tribunal de Justicia profundiza afortunadamente en el desarrollo de la ciudadanía social y en un enfoque guiado por el principio *favor libertatis* o *pro personae* (Jimena Quesada, 2017: 18; Martínez López-Sáez, 2015: 26). Por el contrario, esa sensibilidad se vio truncada en el ambiente de la crisis económica y financiera de 2008, dado que el acometimiento de las medidas de austeridad (con recortes significativos y desproporcionados en las pensiones de jubilación) se articuló a través de un atípico “método Troika” que las sustrajo del control del TJUE y de la misma participación del Parlamento Europeo (Jimena Quesada, 2016: 107); y, en el contexto de la crisis pandémica de la covid-19, el mencionado objetivo décimo quinto (*pensiones y prestaciones de vejez*) del Pilar Europeo de Derechos Sociales pone de manifiesto los límites competenciales de la Unión (para su posible actuación normativa e institucional) en el terreno de los derechos de las personas mayores.

#### 4. Reflexiones finales: sinergias entre estándares internacionales y principio *pro personae* en el *Ius Senectutis*

Llegados a este punto, cabe apreciar que el desarrollo normativo y jurisprudencial de los derechos relativos al bienestar y el cuidado de las personas mayores en el Consejo de Europa y en la UE han forjado unos significativos estándares evolutivos del sistema europeo de derechos humanos. Ese acervo europeo del *Ius Senectutis* cuenta como punto referencial con el artículo 23 de la CSE revisada de 1996 (y equivalente artículo 4 del Protocolo de 1988), que comportó una innovación en el derecho internacional de los derechos, al tratarse del primer instrumento de tal alcance que consagró una protección específica de las personas mayores. Y semejante base habilitante (junto con otras de la propia CSE que ya se recogían en el texto originario de 1961 –en materia de salud, seguridad social, asistencia social o servicios sociales, en los artículos 11 a 14– o se incluyeron en la versión revisada de 1996 –sobre todo, la protección contra la pobreza y la exclusión social en el artículo 30 o la nueva cláusula antidiscriminatoria del artículo E–) ha propiciado un acervo jurisprudencial del CEDS nada desdeñable.

El sistema de la CSE (con el CEDS a la cabeza) convive en el seno del Consejo de Europa con el sistema del CEDH (con el TEDH en la cúspide), dado que se optó por dos instrumentos separados, en lugar de por un enfoque sistemático más amplio y acorde con la indivisibilidad de todos los derechos humanos, como se operó más tarde en el marco de la OEA con el Protocolo de San Salvador de 1988 adicional al Pacto de San José de Costa Rica. Ello ha provocado que, sin una base convencional explícita, el TEDH haya elaborado una jurisprudencia sobre derechos de las personas mayores por vía indirecta o conexas, muy interesante, pero con alcance limitado y susceptible de generar falta de sintonía con el CEDS.

En el caso de la UE ha ocurrido algo similar en cierta medida. Es decir, el TJUE ha dado pie a una nutrida jurisprudencia sobre derechos de las personas mayores, inicialmente sin apoyo normativo explícito (a través del principio general de no discriminación, especialmente por razón de sexo y de edad, al interpretar directivas sobre igualdad de mujeres y hombres en el terreno laboral y de la seguridad social) y luego con unas bases normativas expresas de difuso alcance (el artículo 25 y disposiciones conexas de la CDFUE) que todavía merecen desarrollo en el derecho secundario o derivado. Ese desarrollo pendiente, al que interpela el Pilar Europeo de Derechos Sociales, evidencia igualmente que la jurisprudencia del TJUE queda circunscrita al ámbito de competencias comunitarias y, por ende, pese a su gran interés, tiene un alcance restringido y susceptible de dar lugar a asimetrías con respecto al CEDS.

En semejante panorama, dado que no forma parte de la agenda del Consejo de Europa refundir la CSE y el CEDH, la mejor forma de evitar “dos verdades europeas” (con eventuales interpretaciones divergentes del

<sup>41</sup> Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

<sup>42</sup> Apartado 48.

<sup>43</sup> En el fallo se concluye que la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros “debe interpretarse en el sentido de que, a fin de adquirir un derecho de residencia permanente en el Estado miembro de acogida antes de que finalice un periodo ininterrumpido de residencia de cinco años, los requisitos de haber ejercido en ese Estado su actividad durante al menos los últimos doce meses y de haber residido en él de manera continuada durante más de tres años se aplican a un trabajador que, en el momento de cesar en su actividad, haya alcanzado la edad prevista por la legislación de dicho Estado miembro para adquirir el derecho a una pensión de jubilación”.

CEDS y del TEDH) que resulten nocivas para la protección de los derechos de las personas mayores consiste en un diálogo constructivo entre ambas instancias de garantía para la búsqueda de la solución más favorable al disfrute de los derechos. El artículo 32 CSE de 1961 (artículo H CSE revisada de 1996) y el artículo 53 CEDH imponen ese criterio armonizador al alza.

En paralelo, como de momento no se atisba la puesta en marcha efectiva de la adhesión de la UE al CEDH mandada por el Tratado de Lisboa (ni está en la agenda de la UE su adhesión a la CSE), sería interesante que el TJUE participara de ese diálogo constructivo con las instancias protectoras del Consejo de Europa y, en el terreno de los derechos de las personas mayores, señaladamente con el CEDS. Por añadidura, esta última interacción cuenta no solamente con pasarelas procedimentales maximizadoras de la protección (los artículos 52.3 y 53 CDFUE y los mencionados artículos 32 CSE y H CSE revisada), sino asimismo con cláusulas sustanciales de interacción (dado que, como se dijo e indican explícitamente las explicaciones anejas a la CDFUE, su artículo 25 se inspira en el artículo 23 CSE revisada).

No parece probable, por otra parte, que en el Consejo de Europa se vaya a adoptar a corto o medio plazo un instrumento específico análogo a la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos de las Personas Mayores de 2015 o al Protocolo sobre derechos de las personas mayores adicional a la Carta Africana de 2016. Tampoco en la UE, sin perjuicio de la posible adopción de normas de derecho secundario o derivado que implementen los objetivos sobre igualdad y no discriminación por razón de edad o sobre protección de la vejez del Pilar Europeo de Derechos Sociales.

Por todo ello, finalmente, lo fundamental radica en reforzar las sinergias en el interior del sistema europeo de derechos humanos y con respecto a los demás estándares internacionales, ya sea regionales, ya sea universales<sup>44</sup>, para lo cual es imprescindible una voluntad positiva por parte de las diversas instancias de control. Si los derechos (también los de las personas mayores) valen tanto como las garantías, estas valen tanto como la voluntad positiva de ponerlas en práctica por los actores concernidos; solo con ese factor positivo de dinamización de las sinergias entre los estándares internacionales será posible seguir desarrollando y consolidando el acervo del *Ius Senectutis* con arreglo al principio *pro personae*.

## 5. Bibliografía

- Bonet Pérez, J. y Alija Fernández, R. A. (2016): *La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la Sociedad internacional del siglo XXI: una aproximación jurídica desde el Derecho internacional*, Madrid, Marcial Pons.
- Bou Franch, V. (2018): “La protección expansiva de las pensiones en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, 34, pp. 623-640.
- Burguera Ameave, L. (2021): “Reflexiones sobre el cuidado en tiempos de coronavirus: igualdad y desarrollo profesional”, en A. Marrades Puig, *Los cuidados en la era Covid-19: análisis jurídico, económico y político*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 107-129.
- Coca Vila, I. (2021): “Triaje y colisión de deberes jurídico-penal. Una crítica al giro utilitarista”, *InDret*, 1, pp. 166-202.
- Comas-Herrera, A. et al. (2020): *Mortality associated with COVID-19 in care homes: international evidence*. Última actualización: 1 de febrero de 2021: [https://www.longlivetheelderly.org/wp-content/uploads/2021/05/LTC\\_COVID\\_19\\_international\\_report\\_January-1-February-1-2-1.pdf](https://www.longlivetheelderly.org/wp-content/uploads/2021/05/LTC_COVID_19_international_report_January-1-February-1-2-1.pdf).
- De Schutter, O., coord. (2010): *The European Social Charter: A Social Constitution for Europe/La Charte sociale européenne: Une constitution sociale pour l'Europe*, Bruxelles, Bruylant.
- Díaz-Tendero, A. (2019): *Derechos humanos de las personas mayores*, México, UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas-Comisión Nacional de Derechos Humanos.
- García Romero, B. y M. C. López Aniorte, dirs. y coords. (2022): *Protección social del trabajo de cuidados*, Cizur Menor, Aranzadi/Thomson Reuters.
- Flores Giménez, F. (2018): “La protección de los derechos de las personas mayores en la Constitución”, *Tiempo de paz*, 129, pp. 127-135.
- Grech, A. G. (2015): “Appréhender les effets des réformes en Europe sur l’adéquation des retraites”, *Retraite et société*, 70 (1), pp.41-60.
- Hava García, E. (2022): “Derecho penal, edadismo y dependencia. ¿Son punibles los hechos ocurridos en las residencias de ancianos durante la pandemia de COVID-19?”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, pp. 131-157.
- Jimena Quesada, L. (2016): *Social Rights and Policies in the European Union: New Challenges in a Context of Economic Crisis*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Jimena Quesada, L. (2017): “The asymmetric evolution of the social-case law of the Court of Justice: new challenges in the context of the European pillar of social rights”, *UNIO – EU Law Journal*, 3 (2), pp. 4-19.
- Jimena Quesada, L. (2022): “El Comité Europeo de Derechos Sociales: valor jurídico de sus resoluciones”, *Documentación Laboral*, 125, pp. 75-90.
- Marrades Puig, A. (2016): “Los nuevos derechos sociales: el derecho al cuidado como fundamento del pacto constitucional”, *Revista de Derecho Político*, 97, pp. 209-242.

<sup>44</sup> A este respecto, cobra un especial interés la toma en consideración de la Observación General n.º 6 de 1995 sobre los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) de las personas mayores del Comité DESC.

- Martínez López-Sáez, M. (2015): “The Principle of Non-Discrimination on the Grounds of Age: Recent Developments in European Law in Relation to the Rights of the Elderly”, *Yearbook Studies in Labour Law and Social Policy*, Krakow, Uniwersytetu Jagiellonskiego, 22, pp. 1-26.
- Masala, P., ed. (2018): *La Europa social: alcances, retrocesos y desafíos para la construcción de un espacio jurídico de solidaridad*, Madrid, CEPC.
- Moreno, L. y R. Jiménez (2021): *De fuera hacia dentro. Reflexiones de cambio en tiempos de pandemia, 2019-21*, Amazon.
- Requena Casanova, M. (2013): “La discriminación por razón de edad en la Unión Europea: la expansión del principio de no discriminación a través de la jurisprudencia”, *Revista General de Derecho Europeo*, 31, pp. 1-30.
- Salcedo Beltrán, C. (2018): “Derechos sociales y su garantía: la ineludible aprehensión, disposición e implementación de la Carta Social Europea (Constitución Social de Europa)”, *Revista de Derecho Social*, 83, pp. 45-74.
- Salvioli, F.O. (2022): *La edad de la razón. El rol de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, y el valor de sus pronunciamientos*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Stangos, P. (2016): “La protection des droits fondamentaux par le Comité européen des droits sociaux face aux mesures d’austérité imposées par la Grèce”, *Semaine sociale Lamy. Supplément*, 1746, pp. 83-87.
- Tajadura Tejada, J. (2014): “El principio de solidaridad como fundamento común de los Estados sociales europeos”, en M. Terol Becerra y L. Jimena Quesada, dirs., *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 88-115.
- Tomás Mallén, B. (2022): “La efectividad del Protocolo n.º 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y su potencial impacto constitucional en España”, *Estudios de Deusto*, 70 (1), pp. 387-420.
- Torres del Moral, Antonio (2014): “El Estado social y la evolución del constitucionalismo social”, en M. Terol Becerra y L. Jimena Quesada, dirs., *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 28-73.
- Tronto, J. (2013): *Caring Democracy. Markets, Equality, and Justice*, New York/London, New York University Press.