

# **LA EDAD SENIL DESDE UNA PERSPECTIVA CRÍTICA: EN BUSCA DE UNA TEORÍA\***

*OLD AGE FROM A CRITICAL PERSPECTIVE:  
IN SEARCH OF A THEORY*

MARIA GIULIA BERNARDINI  
*Università degli Studi di Ferrara*  
<https://orcid.org/0000-0003-1354-3613>

Falta fecha de recepción: 2-2-25

Fecha de aceptación: 6-3-25

**Resumen:** *El ensayo emplea el marco conceptual de las teorías críticas del Derecho para sacar a la luz algunas cuestiones de especial relevancia en relación con el reconocimiento jurídico igualitario de las personas mayores y sus derechos (es decir, la vulnerabilidad, la institucionalización, el edadismo como forma específica de opresión), argumentando a favor de la necesidad de desarrollar una verdadera teoría crítica del Derecho en relación con la edad senil.*

**Abstract:** *The essay employs the conceptual framework of critical legal theories to highlight several key issues related to the equal legal recognition of older individuals and their rights (e.g., vulnerability, institutionalization, and ageism as a specific form of oppression), arguing for the necessity of developing a genuine critical theory of law concerning old age.*

---

\* Este trabajo ha recibido el apoyo financiero del Plan Nacional de Recuperación y Resiliencia (PNRR), Misión 4, Componente 2, Inversión 1.1, Convocatoria de licitación No. 1409 publicada el 14.9.2022 por el Ministerio de Universidades e Investigación de Italia (MUR), financiado por la Unión Europea – NextGenerationEU – Título del proyecto *The right to independent living as a new frontier of justice: older people, urban spaces and the law* – P20228MERB – CUP F53D23011960001.– Decreto de Asignación de Subvención No. 1375 adoptado el 01/09/2023 por el Ministerio de Universidades e Investigación de Italia (MUR). Igualmente, se ha elaborado en el marco del proyecto de I+D+i “Derechos humanos y desinstitucionalización: apoyos, cuidados y acogimientos inclusivos, (PID2023-149113NB-I00), financiado por MICIU AEI/10.13039/501100011033 y por FEDER/UE.

**Palabras clave:** vejez, personas mayores, teorías críticas del Derecho, vulnerabilidad, institucionalización, nuevo edadismo

**Keywords:** Old age, elderly, critical theories of Law, vulnerability, institutionalisation, new ageism

" [El envejecimiento] no es destino, es política,  
es decir, una función compartida, dialéctica, plural, democrática,  
de orientación del derecho [...]  
hacia un diseño de sociedad, que [...]  
sea lo más justa posible"

(M. Campedelli, *Invecchiamento tra capacità e diseguaglianze*, 2011,  
nuestra traducción)

## 1. INTRODUCCIÓN

El envejecimiento de la población constituye uno de los fenómenos más relevantes de la edad contemporánea; se debe a la interacción entre numerosas variables, entre las que figuran, en primer lugar, la mejora de las condiciones de vida y de las condiciones higiénico-sanitarias, así como la reducción gradual de la fecundidad y de la tasa de natalidad. Este fenómeno, que afecta a la mayoría de los países del mundo, puede decirse que ha adquirido ya una importancia mundial: según las previsiones de las Naciones Unidas, en las próximas tres décadas se espera incluso que se duplique el número de personas mayores de 65 años, la edad que convencionalmente sigue marcando la entrada en la tercera edad<sup>1</sup>.

Precisamente por su magnitud y su avance aparentemente imparable, este proceso se considera un *desafío* ineludible<sup>2</sup>: las sociedades contemporáneas parecen incluso abrumadas por lo que parece un verdadero "tsuna-

---

<sup>1</sup> UNITED NATIONS (ONU), *World Social Report 2023: Leaving No One behind in an Ageing World*, 2023.

<sup>2</sup> EUROSTAT, *Ageing Europe. Looking at the Lives of Older People in the EU*, Publications Office of the European Union, 2020. Ya en 2002, la Organización Mundial de la Salud sostenía que el envejecimiento de la población era uno de los mayores triunfos de la humanidad y, al mismo tiempo, uno de los mayores desafíos. Véase WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO), *Active Ageing: A Policy Framework*, 2002, p. 6.

mi plateado”<sup>3</sup>, que las enfrenta a una nueva y perturbadora realidad. Para afrontarla de manera adecuada es necesario, como paso previo, comprender su complejidad. No es una tarea sencilla, por supuesto, pero resulta más bien algo alarmante, como parece revelar la tendencia -que se remonta al menos a principios del siglo XXI- a referirse al proceso en curso recurriendo a la semántica de los desastres naturales: el envejecimiento no es solo un tsunami, sino un auténtico terremoto, es decir, un “agequake”<sup>4</sup>.

Con toda probabilidad, esta elección se debe no solo a las dificultades encontradas en la *gestión* de las múltiples cuestiones que giran en torno al envejecimiento<sup>5</sup>, sino también al hecho de que éste pone a las sociedades contemporáneas ante la necesidad de cuestionar críticamente la adecuación de las categorías conceptuales actualmente en uso, que constituyen el entramado para comprender tanto la vejez como la propia realidad. La atención al envejecimiento implica, de hecho, una inevitable *aparición* arendtiana de *nuevos sujetos* -las personas mayores-, que hasta entonces estaban al margen del discurso y de la esfera pública<sup>6</sup>.

Entre los efectos más relevantes de esta aparición destaca, sin duda, la crisis de los marcos habituales de inteligibilidad que nos permiten reconocer lo humano, lo que puede llevar a un no reconocimiento de quienes no encajan en los cánones, creando además un terreno fértil para la violación de sus derechos<sup>7</sup>. Esto es precisamente lo que está sucediendo con las personas mayores, para quienes, al menos a partir de la edad moderna, se han aplicado

<sup>3</sup> N. A. KOHN, “Framework for Theoretical Inquiry into Law and Aging”, *Theoretical Inquiries in Law*, vol.1, núm. 21, 2020, pp. 187-205, p. 188.

<sup>4</sup> Este es el título de la nota nº 108 de 21 de marzo de 2002, del entonces Secretario de las Naciones Unidas Kofi Annan.

<sup>5</sup> Desde la esfera sociocultural a la económica, hasta llegar al ámbito de las políticas públicas y del derecho, parece difícil identificar un sector en el que este fenómeno no produzca efectos relevantes, en gran parte aún por investigar.

<sup>6</sup> La expresión remite claramente a B. HOOKS, *Feminist Theory: From Margins to Centre*, South End Press, Boston (MA), 1984. La adopción del punto de vista de los sujetos excluidos, discriminados y oprimidos caracteriza, notoriamente, las teorías críticas del Derecho, a cuyo respecto cabe remitirse a M. G. BERNARDINI, O. GIOLO (eds.), *Le teorie critiche del diritto*, Pacini, Pisa, 2017.

<sup>7</sup> En el espacio entre la realidad de unas vidas y la irrealdad de otras, se plantea la cuestión del reconocimiento, según condiciones que preexisten con respecto al sujeto y que constituyen, precisamente, los marcos de inteligibilidad. En efecto, la posibilidad de reconocimiento depende principalmente de formaciones retóricas y construcciones culturales que deciden los términos de la inclusión en lo humano y los de su exclusión. La crítica radical apunta precisamente a comprender cuáles son las condiciones de este reconocimiento.

durante mucho tiempo marcos operativos centrados en una concepción de la vejez que giraba exclusivamente en torno al declive psicofísico y la desvinculación de la vida activa, asumidos como naturales e inevitables, y que, por tanto, legitimaban el confinamiento de tales individuos y su expulsión del orden social<sup>8</sup>.

Aunque en cierta medida siguen estando muy extendidos, especialmente en relación con las personas mayores consideradas no autosuficientes, se puede afirmar que hoy en día estos marcos se han debilitado bastante, gracias en parte a la afirmación de nuevos paradigmas del envejecimiento<sup>9</sup>, que han contribuido a construir imágenes nuevas y positivas de una subjetividad anciana activa y saludable, que se sitúa por tanto al lado de la no autosuficiente<sup>10</sup>.

Este proceso también está teniendo efectos significativos en el ámbito jurídico, donde el tema del envejecimiento está adquiriendo una importancia cada vez mayor, en particular en lo que respecta al perfil de reconocimiento de las personas mayores y sus derechos. En el plano normativo, el presente parece ser incluso el *tiempo de los derechos* de las personas mayores, hasta el punto de que recientemente ha vuelto a surgir el debate sobre la elaboración de una convención internacional que, siguiendo la senda de la multiplicación

Véase J. BUTLER, "Can One Lead a Good Life in a Bad Life?: Adorno Prize Lecture", *Radical Philosophy*, núm. 176, 2012, pp. 9-18.

<sup>8</sup> En el ámbito de la gerontología de los años sesenta, esta concepción se englobó en la teoría de la desvinculación (sobre la "*disengagement theory*", véase E. CUMMING, y W. HENRY, *Growing Old: The Process of Disengagement*, Basic Books, New York, 1961). También cabe precisar que, incluso en el pasado, las imágenes de la vejez en la cultura occidental eran muy heterogéneas, de modo que las personas mayores no siempre se encontraban en una posición de desventaja; a este respecto, basta pensar en la *auctoritas* de los sabios en la antigua Roma. Para más información, véase G. PINNA, y H. G. POTT (eds.), *Senilità. Immagini della vecchiaia nella cultura occidentale*, Edizioni Dell'Orso, Alessandria, 2011.

<sup>9</sup> Tanto el *successful* como el *active aging* se plantearon como alternativa a la concepción médica que considera la vejez como una condición de dependencia y pasividad, a la que se contrapone el proceso de *well aging*. Los conceptos desarrollados para describir este último son variados y no coinciden perfectamente entre sí; entre ellos, además del *successful* y del *active aging*, figuran el *healthy aging*, el *positive aging*, el *productive aging* y el *competent aging*. Véase L. FOSTER, y A. WALKER, "Active and Successful Aging: A European Policy Perspective", *The Gerontologist*, vol. 1, núm. 55, 2015, pp. 83-90.

<sup>10</sup> Sobre los modelos de envejecimiento, véase A. SERPE, "Active Ageing tra scienza e diritto. Trionfo o sfida?", en D. VELO DALBRENTA (ed.), *Invecchiamento della popolazione e passaggi generazionali. I: Questioni critiche*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022, pp. 179-211.

por especificación que caracteriza la *edad contemporánea de los derechos*<sup>11</sup>, reconozca expresamente a estos sujetos como titulares de derechos humanos.

En el frente doctrinal también se percibe un cierto interés, aunque sectorial. Desde principios del siglo XXI, ha destacado en particular el denominado *Elder Law*, un enfoque aplicado a las materias consideradas de mayor relevancia jurídica para las personas mayores, donde cobra especial importancia la tensión permanente entre la protección y la autonomía del individuo<sup>12</sup>. Este enfoque, que en el contexto europeo se conoce principalmente como *Law and Ageing*<sup>13</sup>, sigue buscando un fundamento teórico autónomo, por lo que en su interior se observan con interés las teorías críticas existentes para identificar los estereotipos cristalizados en las instituciones jurídicas y en la cultura jurídica y evaluar los reflejos que producen en las prácticas de los profesionales del derecho<sup>14</sup>.

Al dialogar con esta perspectiva, la presente contribución hace uso del aparato conceptual de las teorías críticas del Derecho, entendidas como perspectivas teórico-normativas que asumen el punto de vista de los sujetos “no paradigmáticos”<sup>15</sup> –es decir, aquellos que se encuentran *al margen* de la socie-

<sup>11</sup> No puede faltar la referencia a N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990, G. PESES-BARBA, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid, 1995, pp. 180 ss. El debate sobre la adopción de una Convención internacional, posterior a la aprobación de la *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, sufrió un largo retroceso, volviendo a ser relevante tras la pandemia. Hasta la fecha, el último hito lo constituye la Resolución aprobada por la Asamblea General el 13 de agosto de 2024, Examen de la decisión 14/1 del Grupo de Trabajo de Composición Abierta sobre el Envejecimiento, titulada “*Recomendaciones relativas a la determinación de posibles deficiencias en la protección de los derechos humanos de las personas de edad y la mejor forma de subsanarlas*”, en la que se solicita a la Presidencia de la Asamblea General para definir las próximas medidas sobre los retos y las oportunidades en relación con los derechos y el bienestar de las personas mayores.

<sup>12</sup> Este enfoque está muy extendido en Estados Unidos y Australia. Véase N. A. KOHN, “A Framework for Theoretical Inquiry into Law and Aging”, *Theoretical Inquiries in Law*, núm. 21, 2020, pp. 187-205; I. DORON, “25 Years of Elder Law: An Integrative and Historical Account of the Field of Law and Aging”, *Theoretical Inquiries in Law*, núm. 21, 2020, pp. 1-24.

<sup>13</sup> A. NUMHAUSER-HENNING, “Elder Law and Its Subject: The Contextualised Ageing Individual”, *Ageing & Society*, núm. 41, 2021, p. 517.

<sup>14</sup> Entre los primeros intentos en este sentido, véase I. DORON (ed.), *Theories on Law and Ageing. The Jurisprudence of Elder Law*, Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg, 2009; I. DORON (ed.), *Ageing, Ageism and the Law*, Elgar, Cheltenham, 2018; M. I. HALL, “‘Old Age’ (Or Do We Need a Critical Theory of Law and Aging?)”, *Windsor Review of Legal and Social Issues*, núm. 1, 2014, disponible en <https://ssrn.com/abstract=2488316>.

<sup>15</sup> Con respecto al uso de la expresión “teorías críticas del Derecho” y a los elementos que las caracterizan, cabe remitirse en particular a M. G. BERNARDINI, “Introduzione. Le

dad y de la esfera jurídica y, como tales, son excluidos, discriminados, oprimidos- para revelar cómo el Derecho participa en las dinámicas de poder entre los sujetos dominantes y los dominados, pudiendo así contribuir a la *opresión* de estos últimos o, por el contrario, a su *liberación*. En particular, las siguientes reflexiones tienen como objetivo sacar a la luz algunas cuestiones de especial relevancia en relación con el reconocimiento jurídico igualitario de las personas mayores y sus derechos (es decir, la vulnerabilidad, la institucionalización, el edadismo como forma específica de opresión), planteándose la conveniencia de elaborar una verdadera teoría crítica del derecho relacionada con la edad senil.

## 2. PERSONAS MAYORES Y (CRÍTICAS AL) DERECHO

Antes incluso que la vejez, es la edad la que constituye un objeto complejo para el Derecho, ya que elude la posibilidad de ser definida a través de sus rígidas mallas definitorias y revela la inadecuación de las categorías dogmáticas sobre las que aún se erige. Lejos de ser una característica fija e identificable de la persona, es un entramado complejo y multidimensional, en el que interactúan aspectos biológicos, biográficos y sociales<sup>16</sup>. Como tal, conserva un rasgo de fluidez que parece ineludible, y que el derecho justamente tiene dificultades para gestionar, ya que tiende a funcionar de acuerdo con una lógica binaria<sup>17</sup>.

A diferencia de lo que sucede con las demás categorías de discriminación, hasta ahora en el caso de la edad ha sido difícil identificar a un grupo de individuos que pudiera considerarse históricamente desfavorecido, por lo que se ha generalizado la tendencia a referirse a edades específicas de la

teorie critiche del diritto: soggettività in mutamento”, en M. G. BERNARDINI, y O. GIOLO (ed.), *Le teorie critiche del diritto*, cit. pp. 13-34; O. GIOLO, “Conclusioni. Le teorie critiche del diritto: un tentativo di sistematizzazione”, cit., pp. 355-378.

<sup>16</sup> Peter Laslett identificó cinco dimensiones de la edad –cronológica, biológica, social, personal, subjetiva– que, a través de su interacción, permiten a los individuos vivir su vida de diferentes maneras: P. LASLETT, *A Fresh Map of Life: The Emergence of the Third Age*, Weidenfeld and Nicolson, London, 1989.

<sup>17</sup> Este último aspecto engloba la edad con otros factores que tradicionalmente han sido objeto de discriminación, como la discapacidad o el género, que no es de extrañar que sigan suponiendo retos importantes para la resistencia de muchas instituciones jurídicas. No en vano, la edad, la discapacidad y el género (en su acepción no esencialista) son tres conceptos relacionales y dinámicos, sin límites precisos y a cuya definición contribuye de manera activa e ineludible el contexto sociocultural.

vida que se ven afectadas por formas peculiares de discriminación y/o que requieren una protección cualificada. Entre ellas se incluye la edad senil: en casi todos los sistemas jurídicos existen normas relativas a la protección en materia de seguridad social, a la asistencia social y sanitaria o, en cualquier caso, a las personas en situación de vulnerabilidad, entre las que, por regla general, se menciona explícitamente a las personas mayores<sup>18</sup>.

Es precisamente la posibilidad de identificar con relativa precisión algunos ámbitos (pero no otros) en los que se reconocen expresamente los derechos de las personas mayores lo que revela cómo, hasta ahora, en el plano conceptual, se ha procedido a *construir* un grupo social específico, con un número limitado de derechos, en su mayoría ejercitables dentro de espacios concretos, generalmente privados (la vivienda, el centro de salud o residencial). Estos derechos, que se refieren a una sociabilidad residual que puede reconstruirse a través de prácticas de socialización fuera del trabajo o relacionadas con la esfera social y sanitaria<sup>19</sup>, suelen presuponer una imagen precisa de la persona mayor: improductiva, frágil, necesitada de cuidados y asistencia<sup>20</sup>.

Durante mucho tiempo, las teorías críticas del Derecho han centrado su atención precisamente en ese sujeto vulnerable y dependiente, no solo para sacar a la luz cuestiones de justicia antes ignoradas, sino también para reformular los conceptos<sup>21</sup>. En relación con el sujeto de derecho, por ejemplo, a la deconstrucción de la imagen *tradicional* del sujeto liberal, resultado de la elección iuspositivista de definir en el plano metodológico

<sup>18</sup> Para un análisis comparativo, véase C. CASCIONE, *Il lato grigio del diritto*, Giappichelli, Torino, 2022.

<sup>19</sup> V. FERRARI, "Prefazione", en D. VELO DALBRENTA, *Invecchiamento della popolazione e passaggi generazionali. I: Questioni critiche*, cit., pp. 7-13.

<sup>20</sup> Hoy en día, esta imagen, que suele atribuirse a un enfoque "médico" de la edad senil, se ve acompañada por otras, que adoptan una perspectiva compleja de la persona mayor y el envejecimiento. Estas imágenes "alternativas" están presentes, por ejemplo, en los numerosos actos de *soft law* de las Naciones Unidas que promueven el envejecimiento activo y/o saludable, en la *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores* de 2015, así como en la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* y en algunas constituciones nacionales (como la portuguesa de 1976 y la española de 1978).

<sup>21</sup> Entre las cuestiones abordadas en el ámbito de las teorías críticas del Derecho, y en particular en la teoría (ius)feminista, destaca la denuncia del carácter político de la distinción entre las esferas pública y privada, cuya contraposición se ha utilizado para excluir las cuestiones pertenecientes a la segunda esfera –en la que tradicionalmente también se incluye la vulnerabilidad– del ámbito de la justicia.

“los posibles detalles de un sujeto imposible”<sup>22</sup> –a partir de su ser “hiperbólicamente autónomo”<sup>23</sup>– siguió un intento de reformulación en términos plurales e inclusivos, recurriendo a la noción de vulnerabilidad, captada en sus diversas articulaciones existenciales. Por esta razón, se puede considerar que la revelación de los supuestos implícitos en los que se basa el sujeto liberal de derecho y su reformulación, inaugurada por la teoría iusfeminista y continuada por otras teorías críticas del Derecho, ve en la referencia a la edad senil la etapa más reciente de un recorrido articulado, aún en evolución<sup>24</sup>.

Al igual que ocurre con otros grupos de sujetos excluidos, discriminados y oprimidos –comenzando por las personas con discapacidad, a las que a menudo se compara con las personas mayores en lo que se refiere al tratamiento jurídico<sup>25</sup>–, en el caso de las personas mayores también se plantea el problema de la falta de correspondencia con el denominado *sujeto paradigmático* (el liberal), debido a la presunta carencia de ciertas características consideradas imprescindibles, como la autonomía, la capacidad y la productividad. Dado que la capacidad constituye una declinación importante del concepto teórico de autonomía en el plano jurídico, en lo sucesivo nos centraremos únicamente en la capacidad y la productividad, con el fin de evaluar si las reflexiones sobre este punto realizadas en el marco de las teorías críticas del Derecho son capaces de promover el reconocimiento igualitario de las personas mayores y sus derechos, y en qué términos.

<sup>22</sup> S. AMATO, *Il soggetto e il soggetto di diritto*, Giappichelli, Torino, 1990, p. 116.

<sup>23</sup> Para esta expresión, M. I. HALL, “‘Old Age’ (Or Do We Need a Critical Theory of Law and Aging?)”, cit., p. 8. Sobre la conceptualización del sujeto de derecho, F. BILOTTA, y F. RIMONDI (eds.), *Il soggetto di diritto. Storia ed evoluzione di un concetto nel diritto privato*, Jovene, Napoli, 2020.

<sup>24</sup> Entre las “nuevas fronteras”, piénsese por ejemplo en la otra categoría evocada por la referencia a la edad, es decir, la juventud (por el contrario, es bien sabido que las personas de menor edad fueron de las primeras en ser reconocidas por la ley) o, en clave antiespecista, la cuestión animal.

<sup>25</sup> Como prueba de este vínculo, piénsese en la legislación internacional sobre derechos humanos, en la que –dada la actual ausencia de una Convención de la ONU sobre los derechos de las personas mayores–, se consideran que les son aplicables las normas de la *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (CDPD). También existen derechos específicamente reconocidos a los miembros de ambos grupos, como el derecho a la vida independiente, reivindicado por las personas con discapacidad desde finales de los años sesenta y recogido en diversas fuentes multinivel (a partir del art. 19 de la CDPD) para las personas con discapacidad, así como en el art. 25 de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* para las personas mayores.

## 2.1. Vulnerables y capaces: una perspectiva crítica

Además del Derecho positivo y las teorías clásicas del Derecho<sup>26</sup>, por norma general, las personas mayores también se consideran entre los sujetos paradigmáticamente vulnerables dentro de la perspectiva crítica del Derecho<sup>27</sup>; por esta razón, la “nueva semántica”<sup>28</sup> de la vulnerabilidad elaborada en su seno también afecta de cerca a las personas mayores.

Una de las cuestiones más relevantes se refiere a la relación entre la vulnerabilidad, por un lado, y la autonomía y la capacidad, por otro. De hecho, es bien sabido cómo el enfoque clásico de la vulnerabilidad –generalizado en el derecho y, a veces, aceptado también en el ámbito de las teorías críticas– ha llevado a considerar esta última incompatible con el concepto teórico de autonomía y, por lo tanto, también con la noción jurídica de capacidad, hasta el punto de que, por regla general, la calificación de los sujetos como vulnerables ha justificado, e incluso exigido, la provisión de medidas de protección dirigidas a limitar la capacidad del individuo (vulnerable), o a veces incluso a excluirla.

Sin embargo, la convergencia entre la vía de la resemantización de la vulnerabilidad y la de la reformulación de la autonomía en sentido relacional<sup>29</sup> ha llevado a replantear esta relación, abriendo la posibilidad de que la vulnerabilidad (en su acepción ontológica) sea compatible con la autonomía

<sup>26</sup> Sobre la distinción entre “teorías clásicas” y “teorías críticas” del Derecho, véase O. GIOLO, “Conclusioni. Le teorie critiche del diritto: un tentativo di sistematizzazione”, cit.

<sup>27</sup> M. A. FINEMAN, “‘Elderly’ as Vulnerable: Rethinking the Nature of Individual and Societal Responsibility”, *The Elder Law Journal*, vol. 1, núm. 20, 2012, pp. 101-142; M. I. DABOVE, “Autonomía y vulnerabilidad en la vejez: Respuestas judiciales emblemáticas”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 34, 2018, pp. 53-85. DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n34.03>; S. RIBOTTA, “Personas mayores, autonomía y vulnerabilidades”, *Teoría & Derecho*, núm. 33, 2022, pp. 38-63, <https://doi.org/10.36151/TD.2022.050>. Como parte de un análisis más amplio sobre la relación entre vulnerabilidad y percepción, el tema también es abordado por G. ZANETTI, *Filosofia della vulnerabilità. Percezione, discriminazione, diritto*, Carocci, Roma, 2019.

<sup>28</sup> O. GIOLO, y B. PASTORE, “Premessa”, en Id. (eds.), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Carocci, Roma, 2018, pp. 11-12, p. 11.

<sup>29</sup> Dentro de la extensa literatura sobre el punto, véase C. MACKENZE, y N. STOLJAR (eds.), *Relational Autonomy: Feminist Perspectives on Autonomy, Agency and the Social Self*, Oxford University Press, New York, 2000. Fuera de la perspectiva feminista, L. ANDERSON, y J. CHRISTMAN (eds.), *Autonomy and the Challenges of Liberalism. New Essays*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005. Por último, para una visión general, véase M. OSHANA, “Relational Autonomy”, *eInternational Encyclopedia of Ethics*, 2020 <https://doi.org/10.1002/9781444367072.wbiee921>

y la capacidad<sup>30</sup>. Uno de los resultados más interesantes del “vulnerability turn”<sup>31</sup> se refiere precisamente a su contribución al proceso de deconstrucción del binario entre capacidad e incapacidad y a la consiguiente reformulación de la noción de capacidad en clave inclusiva o universal.

Esta reformulación tuvo lugar principalmente en el marco de los *Disability Legal Studies*, impulsados también en este sentido por la entrada en vigor del art. 12 de la CDPD, que es la base de las reformas en materia de capacidad jurídica que están afectando a multitud de sistemas jurídicos de todo el mundo<sup>32</sup>. En esta perspectiva, la capacidad jurídica universal se concibe como una noción gradual, donde la presencia de relaciones de apoyo es una condición indispensable para la autodeterminación.

Precisamente la gradualidad y el apoyo hacen de la capacidad jurídica universal un concepto *radicalmente crítico*, al menos por dos motivos. En primer lugar, en el plano jurídico, la aceptación de tal perspectiva lleva a la superación de la distinción binaria entre capacidad e incapacidad, que hasta ahora ha caracterizado esencialmente al derecho como si se tratara de una alternativa ineludible lleno/vacío. En segundo lugar, en el plano teórico, la perspectiva en la que se enmarca la capacidad jurídica universal remite necesariamente a una concepción relacional –y no individualista– de la autonomía y del sujeto titular de los derechos<sup>33</sup>: si las relaciones de apoyo son esenciales para la autodeterminación y para el ejercicio de la propia autonomía, el sujeto *universalmente capaz* no puede ser el sujeto *clásico* del derecho liberal, sino que es necesariamente *vulnerable*<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> E. CELIK, “The Role of CRPD in Rethinking the Subject of Human Rights”, *The International Journal of Human Rights*, vol. 7, núm. 21, 2017, pp. 933-955.

<sup>31</sup> L. BURGOURGUE-LARSEN, *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Pedone, Paris, 2014.

<sup>32</sup> M. DONNELLY et al. (eds.), *Supporting Legal Capacity in Socio-Legal Contexts*, Hart Publishing, Oxford, 2022; M. BACH, N. ESPEJO YAKSIC (eds.), *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México, 2022.

<sup>33</sup> Según la concepción individualista del sujeto titular de los derechos, las relaciones interpersonales son ante todo un factor de riesgo para la autonomía individual, la capacidad es una propiedad individual y los conceptos jurídicos se elaboran en relación con el individuo no relacionado. Sobre la concepción relacional, véase J. NEDELSKY, *Law's Relations. A Relational Theory of Self, Autonomy, and Law*, Oxford University Press, New York, 2011. Fuera de la perspectiva feminista, véase A. SOMEK, *The Legal Relation: Legal Theory after Legal Positivism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017; J. HERRING, *Law and the Relational Self*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019.

<sup>34</sup> Cabe remitirse a M. G. BERNARDINI, *La capacità vulnerabile*, Jovene, Napoli, 2021.

Este cambio de perspectiva también es especialmente relevante en el caso de las personas mayores (sobre todo cuando se las considera no autosuficientes), cuya capacidad para autodeterminarse conscientemente y actuar en consecuencia suele cuestionarse precisamente por su vulnerabilidad, con el efecto de desencadenar mecanismos de protección que limitan su capacidad de actuación. Por lo tanto, incluso en relación con estos individuos, la noción de capacidad jurídica universal, que exige presuponer la capacidad del sujeto, justificar la imposición de límites a su ejercicio y garantizar formas adecuadas de apoyo, parece desempeñar un papel útil: puede ser un valioso baluarte contra los procesos de incapacitación basados en los estereotipos sobre la edad senil que emanan de un enfoque “médico” de la vejez.

De hecho, la construcción sociocultural de la edad senil influye de manera decisiva en la percepción de la persona mayor como sujeto moral: especialmente en los casos de deterioro cognitivo significativo, sigue existiendo una tendencia generalizada a considerar al individuo como inevitablemente vulnerable y, *en consecuencia*, incapaz. Por el contrario, suponiendo que vulnerabilidad, capacidad y apoyo sean compatibles, la capacidad jurídica universal promueve el reconocimiento de las personas mayores como sujetos capaces de tomar sus propias decisiones y actuar en consecuencia, brindándoles una mayor protección en lo que respecta al ejercicio de sus derechos.

## 2.2. Capacidad de producción y sujetos que *importan*

Desde la teorización de los derechos<sup>35</sup>, el trabajo –y, por tanto, la productividad– ha constituido un elemento esencial para la calificación del sujeto de derecho y la distinción entre este último y quienes, al carecer de este requisito, han sido considerados dependientes (o, según la tendencia contemporánea, vulnerables)<sup>36</sup>. Entre estos últimos también se encuentran las personas mayores, que, a pesar de la heterogeneidad de las formas en que puede producirse el envejecimiento –y que también puede dar lugar a la conocida distinción entre personas mayores activas y no autosuficientes, de crucial importancia para el derecho, ya que la adscripción a una u otra cohorte pue-

<sup>35</sup> A. FACCHI, *Breve storia dei diritti umani*, il Mulino, Bologna, 2013.

<sup>36</sup> N. FRASER, y L. GORDON, *A Genealogy of Dependency: Tracing a Keyword of the U.S. Welfare State*, en E. KITTAY, E. FEDER (eds.), *The Subject of Care. Feminist Perspectives on Dependency*, Rowman & Littlefield, New York, 2002, pp. 14-39.

de suponer un tratamiento jurídico diferente-, se ven unidas por el hecho de no desempeñar actualmente ninguna actividad laboral<sup>37</sup>.

Con la llegada del *Welfare State*, la capacidad de trabajo se ha convertido incluso en un instrumento de auténtica *gestión* de las personas vulnerables o, al menos, de algunas de ellas. El tema constituye el punto central de los *Disability Studies* materialistas ingleses, en los que se constata que el concepto de discapacidad se creó durante el siglo XIX para cubrir las necesidades específicas del entonces incipiente *Welfare State*. En aquel momento, era necesario disponer de un término general –hasta entonces inexistente– que permitiera tener en cuenta a quienes, debido a una supuesta incapacidad, se consideraba que no podían emplearse competitivamente en el mercado laboral, y a los cuales, por tanto, era necesario conceder subvenciones públicas<sup>38</sup>. La noción de discapacidad cumplió su objetivo: constituía una categoría administrativa que permitía gestionar los conflictos relacionados con los criterios de distribución e identificar a los beneficiarios adecuados de las prestaciones sociales en un Estado del bienestar en el que, precisamente, el trabajo (y, en concreto, el trabajo dentro de la industria) era el eje de todo el sistema.

En la perspectiva crítica aquí evocada, la discapacidad, entendida como una construcción totalmente social, se convierte incluso en uno de los productos de la industria capitalista<sup>39</sup>, donde la institucionalización asume un papel fundamental. De hecho, se considera el emblema de la acción combinada de los aparatos ideológicos y represivos con los que las sociedades capitalistas abordan el problema del control social, ya que constituye tanto una advertencia visible a la conformidad como un instrumento de represión

<sup>37</sup> En este sentido, sin embargo, hay que reconocer que la aparición de paradigmas de la vejez alternativos al paradigma médico está conduciendo a una reevaluación de la aportación laboral de las personas mayores. Esto es lo que sucede especialmente en el ámbito del *welfare informal*, y en particular en relación con el *care* en el contexto familiar, en lo que también puede interpretarse como una forma de *alianza* entre las diferentes generaciones (es decir, entre padres e hijos), en la que los mayores son *caregivers*. Respecto a las transformaciones en curso y la revalorización del papel de las personas mayores, véase S. STRAUSS, K. TROMMER, "Productive Ageing Regimes in Europe: Welfare State Typologies Explaining Elderly Europeans' Participation in Paid and Unpaid Work", *Population Ageing*, núm. 11, 2018, pp. 311-328, <https://doi.org/10.1007/s12062-017-9184-4>

<sup>38</sup> D. STONE, *The Disabled State*, Temple University Press, Philadelphia, 1984.

<sup>39</sup> M. OLIVER, "Capitalism, Disability, and Ideology: A Materialist Critique of the Normalization Principle" en R. J. FLYNN, y R. LEMAY (eds.), *A Quarter-Century of Normalization and Social Role Valorization*, Les Presses de l'Université d'Ottawa/University of Ottawa Press, Ottawa, 1999, pp. 163-173.

de la desviación dada por la no conformidad con el *sujeto paradigmático*, que en el caso de la discapacidad está formado por aquellos que son capaces, autónomos y productivos.

Aunque la edad senil no ha sufrido el mismo proceso de *creación* como categoría jurídica que la discapacidad, parece, sin embargo, que en el ámbito del *Welfare State* ha asumido el mismo papel: el de un término paraguas utilizado para referirse a un grupo heterogéneo de condiciones existenciales que se consideraban necesitadas de asistencia y se estimaba que merecían obtenerla. La identificación de los sujetos en cuestión se basaba en una distinción conceptual en vigor desde el siglo XIV, cuando, en un contexto caracterizado por el crecimiento demográfico y numerosas crisis, las políticas de asentamiento y trabajo tenían por objeto limitar los desplazamientos de la población por temor a las epidemias, las reuniones sediciosas y el aumento de los costes laborales.

Al igual que los niños, las mujeres embarazadas, las personas enfermas o las personas con discapacidad, las personas mayores tampoco desempeñaban ninguna actividad laboral, pero esta circunstancia no debía ser considerada como una responsabilidad atribuible a ellos, por lo que se merecían beneficiarse de ayudas estatales<sup>40</sup>. En relación con una cohorte específica de personas mayores –concretamente, las que no son autosuficientes–, esta atención específica se proporcionó a través de la institucionalización, que se convirtió en un instrumento para gestionar la no conformidad con respecto al *sujeto paradigmático*.

Unas décadas más tarde, la lectura materialista centrada en el valor ideológico y represivo del aparato institucional parece proporcionar una clave eficaz para comprender algunas de las tendencias vigentes en relación con las dos subjetividades *no paradigmáticas* que acabamos de mencionar. Por supuesto, el contexto actual es sin duda muy diferente de aquel en el que tuvieron lugar las reflexiones de los primeros teóricos de los *Disability Studies* ingleses, como Mike Oliver: tanto las personas con discapacidad como las personas mayores ya no se consideran sujetos incapaces y necesitados de protección, sino que, precisamente a partir del reconocimiento de la capacidad jurídica universal, se consideran individuos capaces de autodeterminar-

<sup>40</sup> Sobre la distinción entre pobres merecedores y no merecedores, véase A. BRODIEZ-DOLINO, "Poverty as a Social Stigma: Construction and Deconstruction", *Metropolitics*, núm. 13, 2019, traducido por O. WAINE, <https://www.metropolitiques.eu/Poverty-as-a-Social-Stigma.html>

se, también en relación con el lugar en el que viven<sup>41</sup>. De hecho, en virtud del art. 19 de la CDPD, estas personas tienen derecho a vivir en la comunidad con la misma libertad de elección que las demás y los Estados están obligados a adoptar las medidas adecuadas a tal fin, evitando la institucionalización involuntaria y promoviendo la desinstitucionalización.

Sin embargo, es bien sabido que, a pesar de la vigencia de la legislación internacional y los llamamientos de las instituciones multinivel para garantizar la efectividad del derecho a la vida independiente<sup>42</sup>, la solución residencial sigue siendo el principal instrumento al que se recurre para *gestionar* tanto la discapacidad como la vejez no autosuficiente, dada la supuesta incapacidad de las personas que allí se encuentran de vivir en diferentes contextos<sup>43</sup>.

Pues bien, parece que una lectura solo cultural –o incluso “meramente cultural”<sup>44</sup>– de este fenómeno, que se centra en la necesidad del grupo dominante de rechazar al abyecto y expulsarlo del orden social a través de un confinamiento físico y simbólico, no es capaz de captar todas las razones de la persistente importancia de la institucionalización<sup>45</sup>. En este sentido, resulta especialmente sugerente la lectura de los *Disability Studies* ingleses, que llaman la atención sobre el interés económico (privado) ligado al mantenimiento del modelo residencial, ofreciendo una posible explicación a la persistente resistencia a superar la lógica

<sup>41</sup> O, al menos, la visión invalidante ya no es la exclusiva y predominante. De hecho, no parece que en la actualidad la concepción médica de la discapacidad y la edad senil esté completamente superada.

<sup>42</sup> Por último, en orden temporal, las *Guidelines on desinstitutionalization, including in emergencies*, publicadas en 2022 por el Comité de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad para complementar el *General Comment n. 5* de 2017 y en diálogo con las *Guidelines on the right to liberty and security of persons with disabilities*, publicadas en 2016.

<sup>43</sup> En el ámbito de los estudios urbanos críticos, se observa que una de las causas de esta incapacidad puede ser el hecho de que los espacios domésticos y urbanos hayan sido diseñados hasta ahora para el “sujeto paradigmático”: “*Cities are, for the most part, spaces that are imagined and structured with a younger, working age demographic in mind*”, S. HANDLER, *An Alternative Age-Friendly Handbook*, University of Manchester Library, Manchester, 2014, p. 12.

<sup>44</sup> J. BUTLER, “Merely Cultural”, *Social Text*, núm. 52/53, 1997, pp. 265-278. En el conocido debate con Nancy Fraser, Butler insiste en la imposibilidad de separar la matriz cultural de la injusticia hacia las minorías sexuales y de género de la matriz económica, que para la filósofa de Berkeley ocupa un lugar prioritario.

<sup>45</sup> A este respecto, véanse los análisis de Martha Nussbaum, que se centró en los peculiares modos a través de los cuales la aversión primaria y proyectiva operan contra los cuerpos expuestos al envejecimiento, naturalizando el estigma contra estas personas. Véase M. NUSSBAUM, y S. LEVMORE, *Aging Thoughtfully. Conversations about Retirement, Romance, and Regret*, Oxford University Press, New York, 2017, pp. 149-168.

institucional, incluso ante el hecho de que la difusión de la atención comunitaria está incrementando el coste de la atención institucionalizada<sup>46</sup>.

Según la lectura materialista de los *Disability Studies* mencionada anteriormente, hasta ahora los centros residenciales han resultado una inversión segura, anticíclica a la economía y muy rentable, debido también al envejecimiento de la población. Y como este último parece ser un fenómeno imparable, es de suponer que la demanda de residencia no disminuirá en el futuro. Por el contrario, con unas condiciones externas inalteradas –es decir, en presencia de una red de servicios territoriales y de instalaciones de vivienda como las más frecuentes hoy en día–, la demanda de residencia parece incluso destinada a crecer, al menos por dos razones.

En primer lugar, ante la falta de soluciones de vivienda accesibles y de servicios territoriales de asistencia que permitan vivir fuera de los centros de asistencia social, y frente a la persistente crisis del *welfare*, la solución residencial parece seguir respondiendo de la mejor manera a las necesidades de estos sectores de la población. En segundo lugar, la acreditación –que es un aspecto característico de los modelos de *welfare-mix* contemporáneos– fomenta la inversión privada en este sector de la *economía plateada* más amplia, que resulta especialmente rentable.

En este contexto, la resistencia a avanzar hacia modelos de *welfare* que prevean la difusión territorial y comunitaria de los servicios necesarios –donde, por tanto, el modelo residencial tendría un carácter residual– parece ser una cuestión tanto cultural como económica. En relación con el primer aspecto, dado que el orden social funciona como una inmensa máquina simbólica que tiende a ratificar el dominio en el que se basa<sup>47</sup>, la centralidad de la institucionalización parece ser el reflejo de una concepción invalidante anclada en el paradigma médico (tanto de la edad senil como de la discapacidad) que, aunque se está superando en la actualidad, sigue profundamente arraigada.

Por lo que respecta al segundo, siguiendo la clave interpretativa materialista, se puede afirmar –en términos contundentes, que sin embargo conducen a una atenta reflexión crítica sobre el punto– que en la actualidad, al igual que en el pasado, la imposibilidad de emplear a personas mayores no autosuficientes en el ámbito laboral no ha mermado la necesidad de recu-

<sup>46</sup> Se ha insistido durante mucho tiempo en la importancia de esta transición. Respecto a las transformaciones del *welfare*, en una perspectiva crítica centrada en la discapacidad, véase Y. MAKER, *Care and Support Rights after Neoliberalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022.

<sup>47</sup> P. BOURDIEU, *Le domination masculine*, Édition de Seuil, Paris, 1998.

rrir a su explotación económica, que parece llevarse a cabo precisamente a través del *aprovechamiento* de sus cuerpos en los *social care homes*. Las formas generalizadas de acreditación de los sujetos privados para la prestación de servicios de asistencia a la persona financiados con recursos públicos<sup>48</sup>, que se emplean hoy en día para hacer frente a la persistente crisis del *welfare*, han favorecido la aparición de una verdadera *masificación* de estos centros, que puede considerarse una expresión directa de la lógica del mercado, donde un mayor número de personas alojadas corresponde a un mayor beneficio, y como tal puede incluirse en la gestión neoliberal del *care*<sup>49</sup>.

En un contexto semejante, en el que el beneficio económico se considera prioritario, es muy posible –aunque evidentemente no necesario– que se otorgue una importancia secundaria a los derechos de las personas y que, finalmente, acaben siendo violados<sup>50</sup>. Esto se aplica tanto a quienes trabajan dentro de estos centros como, sobre todo, a sus huéspedes, a veces involuntarios, dada la difusión del enfoque invalidante ya mencionado.

En tales casos, nos encontramos ante personas a las que no parece reconocerse la plena ciudadanía, ya que se las considera parte de esa “*humanidad menor*”<sup>51</sup> que se considera segregable por estar formada por individuos que todavía se perciben como *menos iguales* que los demás, y en relación con los cuales la violación de los derechos crea una alarma y una indignación menores que en

<sup>48</sup> Mediante la acreditación, una administración pública otorga a una organización (pública o privada) la posibilidad de prestar servicios de asistencia a las personas financiados con recursos públicos. Por tanto, con este reconocimiento, se declara al sujeto “acreditado” capaz y adecuado para desempeñar los servicios del *welfare* público local.

<sup>49</sup> M.-È DESROCHES, y B. POLAND, “The Place of Care in Social Housing in a Neoliberal Era”, *International Journal of Housing Policy*, 2021, vol. 1, núm. 23, pp. 70-91, <https://doi.org/10.1080/19491247.2021.2002657>. Un análisis económico se presenta en G. EKINCI, “Evaluation of Long-Term Care Expenditures from the Silver Economy Perspective”, *Global Health Economics and Sustainability*, vol. 4, núm. 2, 2024, <https://doi.org/10.36922/ghes.3298>. Respecto al contexto italiano, véase C. TARANTINO (ed.), *Il soggiorno obbligato. La disabilità tra dispositivi di incapacitazione e strategie di emancipazione*, Il Mulino, Bologna, 2024.

<sup>50</sup> C. EMMER DE ALBUQUERQUE GREEN, A. TINKER, y J. MANTHORPE, “Human Rights and Care Homes for Older People: A Typology of Approaches from Academic Literature as a Starting Point for Activist Scholarship in Human Rights and Institutional Care”, *The International Journal of Human Rights*, vol. 4, núm. 26, 2021, pp. 717-739, <https://doi.org/10.1080/13642987.2021.2002657>; L. FAZZI, “Il maltrattamento invisibile degli anziani e dei disabili nelle RSA tra quotidianità e normalizzazione” en C. TARANTINO (ed.), *Il soggiorno obbligato*, cit., pp. 447-459.

<sup>51</sup> C. TARANTINO, “Il pappocidio. La strage dei nonni ai tempi del Covid-19” en M. G. BERNARDINI, S. CARNOVALI (eds.), *Diritti umani in emergenza. Dialoghi sulla disabilità ai tempi del Covid-19*, IF Press, Roma, 2021, pp. 71-80.

relación con los *sujetos paradigmáticos*. Entre los pocos datos disponibles sobre las violaciones de derechos perpetradas en los *social care homes* –comunidades semi-cerradas, apartadas de la mirada de la sociedad– figuran la violencia y los abusos, así como la denominada “*social care detention*”<sup>52</sup>, es decir, un conjunto no heterogéneo de prácticas no paradigmáticas destinadas a privar coercitivamente a un sujeto de su libertad personal durante un tiempo esencialmente indefinido<sup>53</sup>.

El hecho de que tales prácticas se consideren tolerables pone de manifiesto hasta qué punto las personas institucionalizadas siguen estando excluidas de los marcos de inteligibilidad de lo humano: su *menor humanidad* lleva a normalizar comportamientos que integran auténticas violaciones de los derechos fundamentales y humanos. Es evidente que esta constatación no implica que en todos los *social care homes* se produzcan siempre violaciones de los derechos fundamentales y humanos. Sin embargo, la adopción de una perspectiva crítica permite visibilizar lo invisible y cuestionar las razones que favorecen su existencia e impiden su erradicación, con el fin de identificar las mejores estrategias para afrontarlo y superarlo.

### 2.3. Entre la opresión y formas ambiguas de reconocimiento

Lo que acabamos de observar en relación con la institucionalización no concierne claramente a todas las personas mayores, sino solo a aquellas consideradas *no autosuficientes*, respecto a las cuales el edadismo (*ageism*) –entendido como “ideología que justifica una distribución del poder social que vulnerabiliza a las personas mayores valiéndose de estereotipos negativos como la fragilidad, la improductividad o la ausencia de criterio”<sup>54</sup>– despliega de manera más generalizada sus efectos<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> L. SERIES, *Deprivation of Liberty in the Shadows of the Institution*, Bristol University Press, Bristol (UK), 2022.

<sup>53</sup> Las instituciones también han identificado algunos índices de segregación, en particular en las *Guidelines on deinstitutionalization, including in emergencies* de 2022; entre ellos cabe mencionar la falta de control sobre las decisiones cotidianas, el aislamiento respecto de la vida independiente, la rigidez de la rutina independientemente de la voluntad y las preferencias personales, la escasa o nula influencia que se tiene sobre quien presta la asistencia, o la presencia de un número desproporcionado de personas en el mismo entorno. Más ampliamente, CDPD Comité, *Guidelines on deinstitutionalization, including in emergencies*, cit., punto 14.

<sup>54</sup> M. C. BARRANCO AVILÉS, “Vulnerabilidad y personas mayores desde un enfoque basado en derechos”, *Tiempo de Paz*, núm. 138, 2020, pp. 73-80.

<sup>55</sup> Entre los estereotipos que construyen la vejez desde una perspectiva edadista se encuentran aquellos según los cuales la edad senil constituye una condición de inexorable

Como ya se ha mencionado, la visión invalidante de la edad senil ha sido cuestionada en torno a múltiples ejes –desde el envejecimiento exitoso hasta los últimos paradigmas de envejecimiento activo y saludable– para garantizar a las personas mayores lo que parece ser un verdadero *derecho de presencia* fuera de los límites de la esfera asistencial y del *care*, que a su vez se articula en una compleja serie de derechos, aunque a veces puedan resultar “*veleidosos*”<sup>56</sup>.

Tanto en el ámbito de la reflexión teórica (también de tipo crítico) como en el de la política del derecho, se tiende a insistir cada vez más en la contribución fundamental de las personas mayores en casi todos los ámbitos de la vida, incluida su contribución en el *welfare informal*, a través de su participación en actividades de voluntariado o de *baby-sitting*. En definitiva, fuera del entorno de los *social care homes*, quienes se adhieren a las reglas del envejecimiento activo y saludable pueden hacer gala de aquellas características que les permiten participar activamente en la sociedad, es decir, autonomía, capacidad y productividad. No hace falta decir que, para garantizar dicha participación, es necesario un compromiso activo de las instituciones multivel, lo que básicamente precisa tanto de la *responsiveness* notoriamente evocada por Martha Fineman<sup>57</sup>, como de la adopción de una perspectiva democrática radical, en la que se reconozca y garantice a las personas mayores un papel activo que permita identificar las estrategias de intervención que realmente puedan satisfacer sus necesidades.

---

declive físico y cognitivo, una etapa de la vida caracterizada por la carencia, el aislamiento, la tristeza, la asexualidad y, más en general, la desvinculación, hasta el punto de que la persona mayor es percibida como improductiva y, como tal, se convierte en un coste económico y social. Dada la actual incapacidad del derecho para formular la opresión en términos jurídicos –lo que Letizia Gianformaggio instó a considerar una violación del principio de igualdad–, el *ageism* adquiere relevancia como forma de discriminación sistémica y estructural contra las personas mayores. Véase, respectivamente, R. BUTLER, “Age-ism: Another Form of Bigotry”, *Gerontologist*, vol. 4, núm. 9, 1969, pp. 243-246; L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza, donne e diritto*, A. FACCHI, C. FARALLI, T. PITCH (eds.), Il Mulino, Bologna, 2005, p. 90.

<sup>56</sup> Daniele Velo Dalbrenta considera como tal el derecho al tiempo libre: véase Cfr. D. VELO DALBRENTA, “L’ultima età del diritto. Il pluriverso senile e le attuali prospettive di tutela”, en Id. (ed.), *Invecchiamento della popolazione e passaggi generazionali. I: Questioni critiche*, cit., pp. 15-30, p. 22, nota 29.

Este derecho también es objeto de debate en relación con su inclusión en una futura Convención de la ONU sobre los derechos de las personas mayores, siguiendo el modelo de la Convención de la ONU sobre los derechos del niño.

<sup>57</sup> M. A. FINEMAN, “The Vulnerable Subject and the Responsive State”, *Emory Law Journal*, núm. 60, vol. 2, 2010, <https://scholarlycommons.law.emory.edu/elj/vol60/iss2/1>

En este sentido, sin perjuicio de la absoluta necesidad de deconstruir la perspectiva médica de la vejez y promover una imagen positiva del envejecimiento y de la persona mayor, la adopción de una perspectiva crítica exige también cuestionar los efectos del *nuevo léxico* con el que se hace referencia a la edad senil. En efecto, si con las *nuevas palabras* el espectro del *ageism* retrocede sin duda alguna, también pueden vislumbrarse los extremos del *new ageism*<sup>58</sup>, que consiste en una forma de opresión que se sirve de la desvalorización de la imagen *clásica* del envejecimiento, a través de una contranarrativa en la que la capacidad de rendimiento del individuo, la optimización de la salud y su condición de *activo* ocupan un lugar central. En resumen, según el *new ageism*, lo que parece ser una revalorización de la subjetividad de las personas mayores puede acabar siendo su instrumentalización.

Este aspecto se puede captar si se presta atención a la forma en que, al menos a partir de los años ochenta, el discurso público comenzó a abordar la cuestión del envejecimiento de la población. Desde entonces, en efecto, se ha hecho hincapié en las profundas repercusiones socioeconómicas del envejecimiento y en los efectos disruptivos en los sectores de las pensiones y de la salud social, que tendrían consecuencias nefastas sobre todo para los jóvenes<sup>59</sup>. Para hacer frente a esta situación, las instituciones multinivel han incentivado a las personas mayores a contribuir activamente a la sociedad, permaneciendo en ella lo máximo posible como mano de obra o asumiendo el papel de sujetos productivos en el ámbito del *welfare* informal. De este modo, además de haber favorecido la presencia de estos individuos en la sociedad, también parecen haber alimentado el mito de la *eficiencia perpetua* de las personas mayores. Por un lado, esta elección ha frenado el riesgo de privación de su papel social; por otro, sin embargo, este mito parece estar constantemente expuesto a una verdadera *apropriación neoliberal*, que puede tener el efecto de relegar a una condición de mayor vulnerabilidad a quienes no pueden vivir de acuerdo con los estándares de un enveje-

<sup>58</sup> A. WALKER, "The New Ageism", *Political Quarterly*, vol. 4, núm. 83, 2012, pp. 812-819; S. HOPF, F. PREVITALI, y N. GEORGANTZI, "New Forms of Ageism as a Challenge for a UN Convention on the Rights of Older Persons", *University of Toronto Quarterly*, vol. 2, núm. 90, 2021, pp. 242-261, p. 246.

<sup>59</sup> El conflicto intergeneracional y las cuestiones de justicia relacionadas con él parecen deberse principalmente al énfasis en estas dinámicas. Respecto a la cuestión, dentro de la extensa literatura, véanse D. MCKERLIE, "Justice between the Young and the Old", *Philosophy & Public Affairs*, vol. 2, núm. 30, 2001, pp. 152-177, A. GOSSIERES, "Invecchiamento, longevità ineguali e giustizia intergenerazionale", *Lessico di etica pubblica*, núm. 2, 2019, pp. 77-94.

cimiento activo y productivo, comenzando por quienes se clasifican como no autosuficientes.

Así pues, un primer motivo de precaución sobre la adopción de los *nuevos paradigmas* del envejecimiento -y, en particular, del envejecimiento activo y saludable- reside en la creación de nuevas jerarquías de lo humano dentro del grupo de las personas mayores, que ya están de por sí muy poco representadas tanto en el discurso y las políticas públicas como en el ámbito jurídico. Se trata de jerarquías que se pueden generar a partir de la referencia a la autonomía/capacidad como criterio normativo, o bien a partir de la no consideración de las diferencias existentes entre las personas mayores, en particular en relación con la disponibilidad de recursos económicos, sociales y culturales (de ahí la importancia de adoptar un enfoque interseccional también con respecto a la cuestión de la edad).

Existen más motivos de precaución con respecto a los que llegan a considerarse verdaderos *modelos normativos* del envejecimiento. El principal se refiere a la identificación de perfiles de responsabilidad en relación con el envejecimiento activo, que suele ir de la mano del envejecimiento saludable. De hecho, si bien es cierto que las instituciones están obligadas a garantizar las condiciones que hagan efectivos los modelos de envejecimiento propuestos y a promover la adopción de los estilos de vida que les correspondan, la responsabilidad última en relación con esta elección recae en cada individuo, que debe decidir si adoptar un comportamiento virtuoso (aumentando así sus posibilidades de envejecer de forma activa, satisfactoria y saludable) o hacer caso omiso de las indicaciones que se le proporcionan *por su propio bien*. Precisamente en esta coyuntura surgen las dificultades de una *distorsión neoliberal* relativa al funcionamiento de estos paradigmas<sup>60</sup>.

Está claro que ni la exhortación a cuidar la salud ni la exhortación a llevar una vida activa son, en sí mismas, problemáticas. Sin embargo, no se puede dejar de observar cómo el supuesto compartido de estos modelos sigue siendo a menudo el mismo que el del edadismo clásico: el de una edad senil que se considera una carga social y económica y que requiere algunas correcciones destinadas a limitar el gasto social. Entre ellas, la principal es precisamente el comportamiento virtuoso del individuo, que debe contrarrestar los resultados nefastos del deterioro físico y cognitivo, así como contribuir al bienestar social demostrando su capacidad de trabajo y su utilidad.

<sup>60</sup> A nivel teórico más general, las transformaciones introducidas por el neoliberalismo se analizan en O. GIOLO, *Il diritto neoliberale*, Jovene, Napoli, 2020.

Así pues, parece que la promoción de estos paradigmas no promueve necesariamente el reconocimiento de la persona mayor, sino que puede implicar su instrumentalización, que parece estar estrechamente vinculada al denominado “imperialismo de la edad”, es decir, a la imposición de objetivos y prioridades de un grupo de edad sobre los demás<sup>61</sup>. De hecho, resulta evidente que los valores promovidos a través de los *nuevos paradigmas* del envejecimiento son los que se consideran propios de la edad adulta (*y paradigmática*): solo la actividad y la capacidad (en particular, la laboral) garantizan el pleno reconocimiento social, condición previa para la plena inclusión. De ello se deduce que, incluso a través de la promoción del envejecimiento activo y saludable, las personas mayores corren el riesgo de ser reconocidas solo en la medida en que puedan ajustarse al *sujeto paradigmático*, según una lógica esencialmente asimilacionista que contrasta fuertemente con la correcta aplicación del principio de igualdad.

### 3. HACIA UNA TEORÍA CRÍTICA DE LA EDAD SENIL: POSIBLES UTOPIAS

Lo que se ha planteado en este documento ha confirmado la capacidad de las teorías críticas del Derecho para promover el reconocimiento de los sujetos *no paradigmáticos* y para sacar a la luz algunas cuestiones hasta ahora consideradas marginales en el plano jurídico, yendo al origen de problemas relevantes de (in)justicia que derivan de la vida de relación.

Son diversos los elementos que componen el bagaje teórico que la perspectiva sobre *Law and Ageing* requiere con urgencia para promover el reconocimiento igualitario de las personas mayores y de sus derechos. Entre ellos figuran, en primer lugar, la crítica de los supuestos implícitos del *sujeto paradigmático* de derecho y el intento de reformularlo en clave inclusiva a través de la lente de la vulnerabilidad, que reúne –según la metodología ascendente propia de las teorías críticas del derecho– los diversos “fragmentos de universalidad”<sup>62</sup>, es decir, los sujetos *no paradigmáticos*.

<sup>61</sup> S. HOPF, F. PREVITALI, N. GEORGANTZI, “New Forms of Ageism as a Challenge for a UN Convention on the Rights of Older Persons”, cit., p. 246. No en vano, el imperialismo (cultural) es una de las cinco caras de la opresión a las que se refirió Iris Marion Young para describir las formas en que los sujetos dominantes ejercen y mantienen el poder sobre los dominados. Véase I. M. YOUNG, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton University Press, Princeton (NJ), 1990.

<sup>62</sup> C. MACKINNON, *Are Women Human? And Other International Dialogues*, Harvard University Press, Cambridge, 2006, p. 52.

No menos relevantes son la resemantización de los conceptos jurídicos (empezando precisamente por la noción de vulnerabilidad, que permite reformular la capacidad en términos inclusivos) y la impugnación de las *clásicas* dicotomías en las que se basa el Derecho, como la existente entre incapacidad y capacidad, o la atención al valor político –por tanto, también cultural y económico– de la distinción entre el espacio público y el privado. El análisis de las formas en que se articula la opresión, que en la perspectiva de las teorías aquí evocadas se entiende como una violación del principio jurídico de igualdad, permite además tener en cuenta las relaciones de poder entre los individuos y entre los grupos sociales, así como comprender las implicaciones, en términos de reconocimiento y protección de los derechos, de las transformaciones que tienen lugar en el contexto neoliberal.

Y, sin embargo, quizá podríamos ir aún más allá: si hasta ahora hemos asistido a la transición de la teoría *sobre* las personas mayores a la teoría *para* las personas mayores, tal vez no sea utópico imaginar también la posibilidad de llegar a una verdadera teoría *de* las personas mayores, al estilo de lo sucedido con las demás teorías críticas del Derecho. De esta manera, también sería posible reducir el riesgo de que incluso las teorías críticas del Derecho más acreditadas reproduzcan, si bien de forma inconsciente, algunas formas de edadismo, ya sea clásico o nuevo<sup>63</sup>.

Sin embargo, la realización de esta utopía podría estar más cerca de lo que parece: además de ser reconocidos de cara al exterior como sujetos titulares de derechos –en contraste con el pasado, cuando se consideraban portadores de necesidades–, las personas mayores también tienden a representarse a sí mismas como tales, y a reunirse como sujeto político colectivo para emprender lo que pueden considerarse verdaderas *luchas por los derechos*, sobre la base de lo sucedido con los movimientos sociales de los que emanen otras teorías críticas del Derecho<sup>64</sup>. Los lugares de estas reivindicaciones son

<sup>63</sup> Este riesgo se materializa, por ejemplo, cuando se enfatiza la vulnerabilidad de las personas mayores y se asocia a la fragilidad; de hecho, en estos casos, se tiende a replantear la visión invalidante de la vejez. Del mismo modo, la elección de centrar la atención en las personas mayores activas (que también está muy extendida en las teorías críticas del Derecho, a partir de los escritos de Martha Nussbaum) contribuye a la opresión de aquellas consideradas no autosuficientes.

<sup>64</sup> En realidad, en Estados Unidos, los primeros movimientos de reivindicación –aunque bastante efímeros– se remontan a los años treinta. Véase A. S. GUTTERMAN, *Older Persons' Rights Movement*, 2022 (Oakland CA: Older Persons' Rights Project, 2022), <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3901437>. Véase además N. A. KOHN, "The Lawyer's Role in Fostering an Elder Rights Movement", *William Mitchell Law Review*, vol. 1, núm. 37, 2010, pp. 49-79.

los tribunales, los organismos internacionales, o bien los espacios públicos donde estas personas están sin duda más presentes y visibles que en el pasado, y donde reivindican, junto con su capacidad de acción, su derecho a la igualdad de reconocimiento y acceso a los derechos<sup>65</sup>.

Como es fácil observar, se trata de los mismos espacios que los otros movimientos sociales eligieron hace tiempo como escenario de sus propias luchas, y que constituyeron el contexto para la formación de las prácticas que llevaron a la elaboración de las diversas teorías. Por esta razón, el presente puede considerarse no solo el *tiempo de los derechos* –afirmados, violados, y ahora cada vez más reivindicados– de las personas mayores, sino también el tiempo para la construcción de una nueva teoría crítica del Derecho, que lleve a la afirmación de una visión *imprevista* del Derecho y de los derechos<sup>66</sup>.

MARIA GIULIA BERNARDINI  
*Università degli Studi di Ferrara*  
*Dipartimento di Giurisprudenza*  
*CORSO ERCOLE I D'ESTE, 37*  
*44121 Ferrara - Italia*  
e-mail: mariagiulia.bernardini@unife.it

<sup>65</sup> En cuanto a los primeros, piénsese en el caso *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland* –también interesante por la intersección entre edad y género–, resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia de la Gran Sala de 9 de abril de 2024; en cuanto al segundo, cabe referirse en primer lugar a Garop, una red global de más de cuatrocientas organizaciones unidas en la labor de reforzar y promover los derechos de las personas mayores, que participó en el grupo de trabajo intergubernamental de las Naciones Unidas sobre el envejecimiento, cuya actividad concluyó con la decisión 14/1 de 2024; en cuanto al tercero, se multiplican las actividades públicas de sensibilización sobre la igualdad de reconocimiento de las personas mayores y sus derechos.

<sup>66</sup> En los años setenta del siglo XX, la teórica feminista italiana Carla Lonzi (C. LONZI, *Sputiamo su Hegel*, Scritti di rivolta femminile, Milano, 1974) expresaba su radical rechazo a la cultura patriarcal y al sistema binario hegeliano Yo/Otro, Hombre/Mujer, refiriéndose a la lucha de las mujeres por crear su propio orden simbólico, que les permitiera emergir colectivamente como sujeto –un sujeto *imprevisto* capaz de romper los esquemas de poder existentes y de crear subjetividades alternativas a la patriarcal. Se podría decir que el mismo esquema también está en acción respecto a otros *sujetos no paradigmáticos*, que, como tales, pueden ser considerados *sujetos imprevistos*. Así, la emergencia de la subjetividad política y jurídica de las personas mayores implica la creación de un nuevo orden simbólico en el que inscribir la vejez y la ruptura de los esquemas de poder existentes, y también permite mirar el Derecho y los derechos desde un punto de vista específico –y hasta ahora prácticamente inédito– el de las personas mayores.