

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

CARE FOR OLDER PEOPLE: A FUNDAMENTAL RIGHT IN THE MAKING

Fernando Flores

*Profesor Titular de Derecho constitucional
Universitat de València*

RESUMEN

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

PALABRAS CLAVE

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

ABSTRACT

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

KEY WORDS

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

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

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

Fernando Flores

Profesor Titular de Derecho constitucional
Universitat de València

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

1. INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. EL CUIDADO: ¿DE QUÉ HABLAMOS?

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

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

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

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

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

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

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

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

Y así, recuerda que, desde el punto de vista de la antropología económica, el análisis de los cuidados reviste un interés particular por incorporar tendencias aparentemente contradictorias: persisten fuera de la lógica mercantil y al mismo tiempo se mercantilizan, se asocian a la esfera familiar y privada y al mismo tiempo se socializan y politizan, una socialización con importantes costes para el erario público¹⁵; de hecho, la economía feminista ha puesto de manifiesto el valor económico del trabajo que se realiza en los hogares y el impacto de dicho trabajo sobre las economías nacionales¹⁶.

Desde la psicología social, Pinazo llama la atención sobre la necesidad de considerar los cuidados desde una visión integral de la persona, en función del grado de dificultad para realizar las actividades básicas de la vida diaria (ABVD) y las actividades instrumentales de la vida diaria (AIVD), pero teniendo presente que se trata de cuidar personas, no solo cuerpos: «se trata de estar atento a sus necesidades y preferencias, de velar por su bienestar, de dar un trato digno que desarrolle el potencial del otro (sus capacidades) a lo largo del tiempo»¹⁷.

Y desde el Derecho viene reivindicándose que, además de configurarse como cuarto pilar del sistema de bienestar, el cuidado debe ser considerado no solo una intención política sino parte fundamental de la reformulación del pacto constitucional, «esta vez sí, social y democrático», desde una perspectiva feminista¹⁸, dando con ello lugar a una nueva generación de derechos que merecen no solo una consideración jurídica instrumental, sino también sustantiva.

3. LOS CUIDADOS COMO DERECHO FUNDAMENTAL

3.1. FUNDAMENTO DE LOS CUIDADOS COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Las constituciones establecen en su articulado derechos fundamentales porque el constituyente considera que para el funcionamiento del sistema jurídico que desea implantar resulta esencial dar la máxima protección jurídica a determinadas pretensiones y expectativas de los individuos, e incluso de los grupos en las que estos se organizan¹⁹. Partiendo de esta idea, y no habiendo sido los cuidados incluidos en la lista de derechos positivizados en la Constitución de 1978, es pertinente la pregunta: ¿por qué debería configurarse hoy el cuidado como un derecho fundamental?

De entrada, plantearse el fundamento de algo es preguntarse sobre la razón principal, la justificación con la que se pretende asegurar ese algo²⁰, su sustento objetivo. En el campo jurídico, la fundamentación de un derecho debe ser una realidad objetiva que, vinculada a ciertos principios o afirmaciones aceptados con anterioridad, justifique racionalmente la afirmación de determinada pretensión como derecho.

No hay una sola forma o perspectiva desde la que fundamentar los derechos (ni posible acuerdo entre ellas), ni siquiera sobre si es pertinente o útil hacerlo. En lo que respecta a este estudio, se parte de que la fundamentación de un derecho no es irrelevante —sí resulta inconveniente o inocua para *realistas, positivistas, relativistas y escépticas*²¹—, pues se entien-

de que a ella se vincula tanto el sistema de garantías que lo protege como su interpretación jurídica²². En este sentido, se asume la idea según la cual existe una continuidad entre la expresión normativa de los derechos y los presupuestos que le sirven de base²³.

En cuanto a estos últimos, los presupuestos que determinan los derechos que se aspira a reconocer, así como el alcance que debe asignárseles, deben ser el fruto de una discusión racional en el plano de la filosofía moral, una creación humana que no es «de ningún modo arbitraria, sino que está condicionada por sus funciones sociales distintivas y por los presupuestos conceptuales a través de los cuales la identificamos»²⁴.

En este sentido, los derechos, más que entidades justificadas en ideas trascendentales o concepciones abstractas del mundo y el ser humano, deben ser concebidos como categorías vinculadas a necesidades, intereses y relaciones sociales concretas. Los derechos fundamentales, trasunto positivo de los derechos humanos, expresarán entonces un orden jurídico integral que abarcará a la sociedad y el Estado, haciendo realidad el Estado social de Derecho que las constituciones contemporáneas instauran. En ese marco, habrán de aceptarse las informaciones de las ciencias sociales sobre las condiciones necesarias para hacer efectiva la implantación de los derechos fundamentales, y estos, como normas básicas del sistema, orientarán la *praxis* política dirigida a transformar la sociedad²⁵.

De este modo, para fundamentar un derecho concreto hay que partir de un bien humano fundamental (inherente a la dignidad objetiva de la persona humana) afectado por una o varias amenazas, y del conocimiento del modo más efectivo de enfrentarlas en función de los instrumentos institucionales de los que se puede disponer y que pueden hacerse cargo de forma confiable para la salvaguarda de aquel bien²⁶. El derecho se origina y adquiere cuerpo como razón de justicia en un marco de interacción institucionalizada, que requiere precisamente de la acción de las estructuras institucionales para su realidad: «sin estructura social podemos seguir poseyendo derechos morales, pero no derechos fundamentales»²⁷. Esta perspectiva es útil para abordar la fundamentación y alcance de los cuidados como derecho fundamental.

En relación con estos, y con la aspiración en convertirlos en un derecho fundamental a los cuidados, el punto de partida ha de ser una realidad objetiva, que en este caso viene determinada por la *fragilidad* y la *vulnerabilidad* como condición general del ser humano, una vulnerabilidad que se acentúa considerablemente en la vejez. A esta fragilidad se asocia la consecuente *necesidad*, entendida esta, de entrada, como la «carencia de aquellas cosas que son imprescindibles para la conservación de la vida»²⁸. La necesidad entendida no como la satisfacción del «tener», sino la que se orienta al «ser», es decir, a la libre realización de la personalidad²⁹. La conservación y la vida digna como bien fundamental que debe ser protegido.

Sabemos —dice Santiago Nino—, aunque preferimos no recordarlo todo el tiempo, que «nuestra vida está permanentemente acechada por infortunios que pueden aniquilar nuestros planes más firmes, nuestras aspiraciones de mayor aliento, el objeto de nuestros afectos más profundos. No por ser obvio deja de ser motivo de perplejidad el hecho de que este carácter trágico de la condición humana esté dado, además de por la fragilidad de nuestra constitución biológica y por la inestabilidad de nuestro entorno ecológico, por obra de nosotros mismos»³⁰.

Esa fragilidad, y la inestabilidad que comporta, puede compensarse, al menos en parte, con el buen cuidado, pues este mejora las capacidades relacionadas con el «ser» de la vida. En efecto, el buen cuidado juega un papel fundamental en la vida de las personas que lo reciben: mejora su integridad física, su capacidad de sentir, de pensar, de imaginar, de elegir; fomenta su afectividad y evita el miedo y la ansiedad, es decir, «satisface o puede satisfacer el rango completo de las capacidades humanas esenciales»³¹. El buen cuidado es, pues, la respuesta (una respuesta central) a la amenaza contra ese bien fundamental que es la vida vivida con dignidad en aquellos momentos en que el ser humano es o se torna efectivamente vulnerable; es por tanto racional que exista una pretensión de ser «bien cuidados». Frente a ello, la respuesta ética y política ante esa fragilidad puede ser de inhibición, individual y social, o, por el contrario, puede consistir en la preocupación por el cuidado de lo que en el ser humano es vulnerable, lo que equivale a decir en la preocupación por proteger la dignidad de las personas. En la actualidad, en un momento histórico en el que, debido al fenómeno del envejecimiento, la necesidad de cuidados de larga duración sobre las personas mayores va a ser más insistente y se va a prolongar durante más tiempo³², la cuestión reaparece reclamando una nueva respuesta.

Hasta ahora, la respuesta a la necesidad de los cuidados (que alguien tiene que asumir, de un modo u otro) ha sido fundamentalmente privada, familiar, femenina, no asumida como tal necesidad en el ámbito de lo público. Como varias autoras han puesto de manifiesto, el Estado social de Derecho de las constituciones contemporáneas descansa sobre un modelo que adjudica al hombre la función de sustentador y a la mujer la de cuidadora y reproductora³³, y que asume, con ello, una injusticia estructural de género y de clase.

Del papel atribuido a las mujeres en los cuidados resulta la flagrante injusticia de género que determina sus trayectorias vitales. Porque «el cuidado es un gran devorador de tiempo, que no se puede destinar a otras cosas y limita las oportunidades. Eso implica salarios más bajos, pensiones más bajas, pobreza femenina [...] una desigualdad social que incide en las desigualdades de salud [...] por lo que los sectores populares más desfavorecidos envejecen en peores condiciones y viven menos años». Y resulta también la injusticia que se proyecta sobre las trabajadoras del cuidado: «Cuando los sistemas públicos de cuidados son débiles y las necesidades son elevadas, los hogares de clase media y alta solucionan el problema contratando cuidadoras domésticas, o utilizando servicios del mercado [...] que toman de la inmigración. Miles de mujeres abandonan sus países y sus familias —drenaje de cuidados— con un coste individual y social todavía por determinar en muchos casos»³⁴.

La constatación de la evidente injusticia estructural del modelo socioeconómico exige un cambio en la organización social del cuidado y, con él, un cambio de modelo sostenido en los principios de equidad y reciprocidad, un modelo que considere el cuidado no solo como una obligación privada sino pública³⁵. Un modelo que dé respuestas a las necesidades básicas de los ciudadanos, que les garantice que puedan ser autónomos y activos sin dejar de lado su concreción para cada persona, se plantee convertir el cuidado en un derecho fundamental³⁶. Un modelo que considere tanto la perspectiva del otro generalizado (derechos) como la del otro concreto (cuidado), que combine la ética de la justicia con la ética de la responsabilidad, los principios universales con la subjetividad de las emociones³⁷.

Y es aquí donde encaja la pregunta que Igareda formulaba con acierto y escepticismo hace ahora diez años: «¿Podría ser una legislación sobre el cuidado una consecuencia de la obligación del Estado de garantizar los cuidados en una sociedad»³⁸? Si fuera así, los cuidados se entenderían como una necesidad individual pero social a la vez, que el Estado debe garantizar para que se cumpla el principio de igualdad, y la función de tutela de un Estado Social de Derecho que asegura un mínimo de bienestar a la sociedad. Estaríamos, por tanto, defendiendo el reconocimiento de un nuevo derecho social, el derecho al cuidado. El acceso y la cobertura pública de los cuidados se convertirían así en una prestación más del Estado de Bienestar, equiparándolo a un derecho social como el derecho a la sanidad o a la educación»³⁹.

3.2. EFECTOS DE LOS CUIDADOS COMO DERECHO FUNDAMENTAL

La consideración de los cuidados como un derecho fundamental implicaría una serie de efectos que deben ser considerados.

De la doble dimensión del derecho fundamental se deducirían dos efectos. El primero sería que, como norma atributiva de derechos subjetivos, el derecho a los cuidados habría de suponer el apoderamiento jurídico a determinado sujetos para exigir —bien del Estado, bien de terceros— la intervención y/o realización de alguna acción dirigida a proporcionar un servicio o remover un obstáculo, o la abstención de realizar aquello que pueda impedir la efectividad del derecho. Es decir, en un sentido jurídico estricto (más allá del habitual sentido coloquial con el que se habla del derecho al cuidado como pretensión abstracta, como obligación moral), la atribución al cuidado de la consideración como derecho supondría necesariamente la incorporación al mismo de una norma alegable y exigible ante los tribunales.

Siguiendo la precisa explicación de García Amado, podría decirse que los cuidados no cobrarían naturaleza jurídica «en tanto no existan cauces procesales para hacerlos valer frente a todos y cada uno de los poderes públicos, frente al Estado mismo, ante todo y en primer lugar [...] Desde el instante en que hay garantías procesales para los derechos constitucionales, estos ya no son “derechos” meramente morales u objetivos políticos, sino que se hacen derechos jurídicos, derechos propiamente dichos. Tanto más, cuanto más efectivos sean dichos procesos de control de constitucionalidad y de correspondiente defensa de los derechos»⁴⁰. Esta mirada estrictamente jurídica, en absoluto excluyente de otras, pero sí diferente, resulta esencial para avanzar en la protección de los derechos de las personas necesitadas de cuidados, especialmente de las de edad avanzada, tal y como ha demostrado la irrupción de la crisis sanitaria.

El segundo efecto, el relativo a la dimensión objetiva como derecho fundamental, supondría la incorporación de principios objetivos básicos para el ordenamiento constitucional democrático y del Estado de Derecho⁴¹. En ese sentido comportaría para los cuidados un mandato de optimización, un contenido normativo a realizar por los poderes públicos, unas actuaciones concretas dirigidas a conseguir el máximo desarrollo, jurídico y práctico, del haz de facultades comprendido en el derecho fundamental. Lo que algunos autores

llaman «efecto irradiante» de los derechos fundamentales, es decir, «la necesaria proyección que ha de tener el derecho fundamental como norma de principio en todos los sectores del ordenamiento jurídico, con lo que su presencia tiene que hacerse notar a la hora de interpretar y aplicar las normas que integran cada una de las ramas (civil, mercantil, penal, laboral, administrativa...) del mencionado ordenamiento»⁴².

La reclamación del cuidado podría ser directa si este se configura como un derecho constitucional de los reconocidos (se habla aquí del caso español) en el Capítulo II del Título I de la Constitución. Es decir, en tal caso sería exigible en sede jurisdiccional con independencia de haber sido desarrollado por ley. Su ubicación en este espacio «obligaría» al legislador a intervenir como responsable de la política de los derechos fundamentales (pues la legislación negativa no le impediría efectividad) y a dotar al derecho al cuidado de un contenido específico que no lo desfigurase, que no lo hiciese irreconocible, un extremo del que el Tribunal Constitucional sería el último garante⁴³.

Si, además, se optase por establecer el cuidado como uno de los derechos fundamentales de la Sección primera del mismo Capítulo II, se añadiría a sus garantías la reserva de ley orgánica (vía artículo 81 CE), más una específica protección judicial (el procedimiento preferente y sumario que, dependiendo de la configuración objetiva del derecho y de la naturaleza del caso específico, correspondería a una vía jurisdiccional —civil, contenciosa, penal, social— u otra), y otra constitucional, el recurso de amparo.

En la actualidad, los cuidados no son en el ordenamiento jurídico español un derecho fundamental, ni siquiera son un derecho constitucional o un principio rector de la política social o económica. Al menos no lo son con ese nombre. En la Constitución española no existe el «derecho al cuidado», como sí existe el derecho a la educación (art. 27), el derecho a la propiedad (art. 33) o el derecho a la vivienda (art. 47). Estos derechos lo son con distinta eficacia, pero son derechos constitucionales expresamente reconocidos⁴⁴. Aun así, las expectativas de cuidados sí tienen ya un reflejo en el ordenamiento jurídico.

De una parte, el reconocimiento constitucional e internacional (artículo 10.2 CE) de distintos derechos que, sin mencionarlos, implican cuidados (por ejemplo el derecho a la salud, la protección de la integridad física o psíquica de las personas, los servicios sociales o la vivienda), unido a la obligación de los poderes públicos de remover los obstáculos para que la libertad e igualdad de las personas sea efectiva (art. 9.2 CE), justifica la interpretación garantista y extensiva sobre aquellas decisiones que afecten a los cuidados⁴⁵; y justifica, además, la reclamación (política) tanto de normas (las mencionadas en el apartado anterior) como de políticas públicas que mejoren los servicios que procuran y sostienen los cuidados.

De otra, no existiendo reconocimiento constitucional específico del derecho al cuidado, su reclamación puede realizarse —como garantía procesal— de acuerdo con los términos de las leyes y normativa de rango inferior que regulan los cuidados (aunque en ellas no se identifiquen con ese nombre). Así sucede, por ejemplo, con la denominada Ley de Dependencia (LAPAD), las leyes de servicios sociales autonómicas, la obligación de alimentos que establece el Código Civil o los decretos de funcionamiento de centros residenciales⁴⁶.

4. LOS CUIDADOS Y SU RELACIÓN CON LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MAYORES

En un sentido genérico y abierto podría decirse que el (derecho al) cuidado se presenta como una «constelación de derechos» que, al concretarse en la tutela de las personas mayores, se dirige fundamentalmente a preservar su autonomía, su capacidad de decisión, y con ello su dignidad. Ello es así por las siguientes razones:

- i)* Porque los cuidados son imprescindibles para la protección de la dignidad humana, que la Constitución establece como fundamento del orden político y la paz social (art.10.1 CE), y se revelan especialmente necesarios para la de las personas mayores.
- ii)* Porque son la condición para que las personas mayores cuidadas puedan tener una vida autónoma, y a partir de ella realizar eficazmente otros derechos, como el de residencia y circulación, el sufragio, el acceso a la justicia o a la cultura, la asociación....
- iii)* Porque la realización de los cuidados coincide específicamente con la realización de derechos, individuales y sociales, reconocidos constitucionalmente de forma específica (por ejemplo, el derecho a la salud, la protección de la integridad física o psíquica de las personas, la vivienda...).
- iv)* Porque existe una legislación que reconoce concreta y expresamente el derecho subjetivo de determinadas personas, en determinadas condiciones, a recibir prestaciones dirigidas a apoyarlas en la realización de las actividades básicas de la vida diaria (el cuidado personal, las actividades domésticas básicas, la movilidad esencial, reconocer personas y objetos, orientarse, entender y ejecutar órdenes o tareas sencillas).

Como se verá enseguida, esta última manifestación es la que coincidiría, hoy en día, con el sentido más estricto del derecho al cuidado, con su núcleo esencial como norma jurídica alegable y exigible ante los tribunales. Se trata del derecho subjetivo creado por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía y Atención a las Personas en situación de Dependencia (LAPAD) a ser titular de determinados servicios si la persona, de edad avanzada o no, se encuentra en una situación de dependencia reconocida de acuerdo con los términos de la Ley.

Enseguida se comentará este punto. Antes se tratará de configurar los cuidados desde la perspectiva de los derechos de las personas mayores, exponiendo los diferentes perfiles que los cuidados adoptan en este ámbito. Estos perfiles no son excluyentes ni alternativos, sino que la mayor parte de las veces se mezclan y complementan⁴⁷.

4.1. LOS CUIDADOS SON COMPONENTE DE LA DIGNIDAD HUMANA DE LAS PERSONAS DE EDAD AVANZADA

La Constitución española establece (art. 10.1) que la dignidad de la persona es «fundamento del orden político y de la paz social», y el Tribunal Constitucional ha afirmado que

«la dignidad debe permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre»⁴⁸.

Ciertamente, la dignidad es un concepto abstracto que no opera de modo autónomo ante los tribunales, pero sí lo hace cuando se trata de determinar el respeto concreto de los derechos fundamentales de las personas. Porque con su reconocimiento constitucional se produce una irradiación de su contenido —libertad e igualdad de todas las personas— a cualquier relación normativa en la que esté en juego dicho contenido.

De modo que, si hablamos de las personas mayores, la protección —la realización— de su dignidad se produce en la medida en que se protegen, se realizan (son eficaces) sus derechos fundamentales. Es cierto que los mayores tienen reconocidos todos los derechos constitucionales como cualesquiera otros ciudadanos, pero también está demostrado que —en razón la situación de vulnerabilidad en la que en muchas ocasiones se encuentran— «las situaciones» asociadas a la vejez suponen, por distintas razones, una realidad discriminatoria que afecta directamente a su dignidad⁴⁹.

Los cuidados son «la condición básica para la realización efectiva de la dignidad humana y de la igualdad en su vertiente material»⁵⁰, son la respuesta a la necesidad que provoca la vulnerabilidad, y de la que se ha hablado en el apartado de la fundamentación del derecho. Los cuidados comportan una serie de acciones y comportamientos —de familiares, de profesionales, de instituciones— dirigidas a permitir a las personas mayores a conservar el mayor espacio de autonomía posible dadas sus circunstancias concretas; unas acciones que, se verá enseguida, resultan condición imprescindible para poder llevar a cabo el resto de los derechos y, en consecuencia, para proteger su dignidad.

4.2. LOS CUIDADOS CREAN LAS CONDICIONES PARA EL EJERCICIO DE LA AUTONOMÍA PERSONAL BÁSICA Y EL RESTO DE LOS DERECHOS

Como se ha descrito en el punto dedicado a definirlos, los cuidados comprenden un conjunto de acciones de muy diversa naturaleza orientadas a proteger y garantizar espacios de libertad y autonomía de las personas mayores. A varios niveles.

Un primer nivel se dirige a facilitar la autonomía personal imprescindible para que las personas mayores puedan realizar actividades básicas de su vida cotidiana: la movilidad esencial, el reconocer personas y objetos cercanos, orientarse, realizar tareas sencillas... Un segundo nivel supone la creación o fortalecimiento de las condiciones que permitan a los mayores realizar eficazmente sus derechos: circular libremente, acceder a la cultura, votar..., derechos que la Constitución reconoce a todos los ciudadanos y que muchas personas de edad solo podrán realizar en la medida en que reciban esos cuidados, es decir, apoyo, acompañamiento, consejo, información de interés, accesibilidad...

Como se comprueba fácilmente, los cuidados se dirigen a posibilitar la capacidad de autodeterminación de las personas mayores: la capacidad de decidir sobre el ejercicio de derechos que consideramos fundamentales (elegir lugar de residencia, votar, reclamar tutela judicial, circular libremente...), y la capacidad de decidir sobre el ejercicio de otras cues-

tiones que en sí mismas no son derechos, pero sí realización del principio de autonomía que asiste a todos los seres humanos⁵¹. Un enfoque adecuado de los cuidados para proteger la autonomía y evitar la lesión de los derechos resulta especialmente relevante en el caso de las personas con deterioro cognitivo. En estos casos, la autonomía puede desaparecer completamente, a no ser que se hayan tomado las medidas necesarias y se haga uso de los instrumentos diseñados para ello (historias de vida, círculos de apoyo, etc.), lo que ocurre en muy contadas ocasiones⁵².

4.3. LOS CUIDADOS COMO DERECHOS CONFIGURADOS LEGALMENTE

No existiendo enunciado constitucional que los reconozca, los cuidados pueden dar lugar a derechos en la medida en que están reconocidos y descritos por otras normas. Como todas las aspiraciones a recibir prestaciones y servicios, son las leyes y las disposiciones reglamentarias que las desarrollan las que determinan y concretan las características y el alcance de los cuidados, así como los requisitos que legitiman a las personas para poder solicitarlos.

Entre todas ellas hay normas que definen y desarrollan las facultades que forman parte del núcleo duro de los cuidados, y otras que establecen derechos que, de una forma u otra, contribuyen a que los cuidados sean realizados de forma satisfactoria.

Entre las primeras, ya se ha mencionado, destaca la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía y Atención a las Personas en situación de Dependencia, una norma que individualiza algunos derechos directamente relacionados con los cuidados: el derecho a la intimidad, el derecho a recibir la información completa y continuada en términos comprensibles y accesibles, el derecho a la participación en la formulación de las políticas que puedan afectar a su bienestar, o el derecho a decidir sobre el ingreso en un centro residencial. La LAPAD pretendía, recuerda Comas, «desmedicalizar la fragilidad asociada a la vejez e impulsar el derecho a ser cuidado desde los servicios de carácter social», pero lo cierto es que quince años después de su aprobación sus objetivos se han visto mermados por una suma de circunstancias que deben revisarse desde la necesaria reformulación del modelo de cuidados⁵³.

Otra de las materias vinculada a los cuidados que ha recibido interés y tratamiento legislativo es la de la conciliación entre la vida profesional y familiar, sobre todo tras las sentencias del Tribunal Constitucional que la relaciona con el derecho a la no discriminación por razón de sexo (art.14 CE) y con el principio de protección de la familia (art.39 CE)⁵⁴. La Ley 39/1999, de 9 de noviembre, de Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras; la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de hombres y mujeres; o el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en el empleo y la ocupación⁵⁵ son normas con rango de ley que inciden en los cuidados desde una perspectiva más equitativa.

También incorporan derechos y deberes relacionados directamente con los cuidados diversas leyes autonómicas sobre servicios sociales. Temas como la atención personalizada,

la privacidad y la confidencialidad, la información para poder decidir, el respeto a la autonomía, la elección entre los profesionales y las prestaciones posibles, se establecen como derechos configurados legalmente (así, por ejemplo, el art.10 de la Ley 3/2019 de servicios sociales inclusivos de la Comunitat Valenciana).

O normas de carácter reglamentario, como el reciente Decreto Foral 92/2020, de 2 de diciembre, por el que se regula el funcionamiento de los servicios residenciales, de día y ambulatorios de las áreas de mayores, discapacidad, enfermedad mental e inclusión social, del sistema de servicios sociales de la Comunidad Foral de Navarra. En este Decreto se detallan principios (promoción de la autonomía personal y de las relaciones familiares, atención centrada en la persona..., art. 39), y derechos (libertad individual, atención a necesidades específicas, deseos y preferencias, privacidad..., art. 41), así como los requisitos específicos de los servicios que afectan a los cuidados, o la exigencia de planes de actuación individuales centrados en la persona, en los que se incorporará una fase de valoración integral (historia de vida), y se consensuará un plan de apoyos y de acompañamiento (Anexo I: Requisitos materiales y funcionales de los servicios del sistema de servicios sociales)⁵⁶.

Por último, entre las normas que establecen derechos que, de una forma u otra, contribuyen a que los cuidados sean realizados de forma satisfactoria, se encuentran todas aquellas que, con diferente naturaleza y alcance, regulan espacios, situaciones, condiciones y servicios que inciden en esos cuidados. Así sucede con la obligación de cuidado y alimentos que el Código Civil prevé para las personas mayores (cónyuge y ascendientes), en sus artículos 68, 142 y 143, la normativa estatal sobre pensiones o las leyes autonómicas y locales que regulan la vivienda. O, recientemente, la que ha reformado la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (Ley 8/2021, de 2 de junio).

5. HACIA LA CONFIGURACIÓN DE UN DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS CUIDADOS

5.1. REIVINDICACIÓN DEL DERECHO Y PRIMERAS PROPUESTAS

La ausencia de reconocimiento por parte de la Constitución de 1978 del cuidado como un derecho fundamental hace de este, hoy en día, un derecho que no se tiene, pero que, como dice Garrido, «se querría tener». Para llegar a tenerlo, primero hay que justificar su pertinencia, fundamentarlo con razones⁵⁷; después, hay que construirlo, es decir, delimitarlo por sus elementos objetivos y subjetivos, y dotarlo de una naturaleza y un régimen jurídico determinado⁵⁸. No es una tarea sencilla⁵⁹.

Clements afirma (al hablar de los cuidados, en concreto, de las cuidadoras y cuidadores) que el lenguaje de los derechos humanos es el medio más obvio para que las personas expresen y desafíen una determinada marginación colectiva, dependiendo su éxito de una serie de factores sociopolíticos, culturales y conceptuales⁶⁰. Uno de estos factores es la fuerza con que la reivindicación se postula desde distintos ámbitos de la sociedad, reivindicación

que en el ámbito de los cuidados viene acrecentándose de forma notable en los últimos años, sobre todo en el cuidado de las personas de edad avanzada.

En esa dirección, y además de los argumentos consignados en los apartados iniciales de este artículo, puede tener interés la llamada de atención que Martínez, Roldán y Sastre⁶¹ hacen sobre el hecho de que organismos internacionales como la OMS o la OCDE defiendan la necesidad de organizar adecuadamente los sistemas nacionales de atención a la dependencia, «señalando las consecuencias negativas que la inacción en este ámbito podría tener en términos de eficiencia económica, nivel de empleo, igualdad de género y bienestar de las personas atendidas». En este sentido, insisten las autoras, existe consenso en la idea de que los cuidados de larga duración y la atención a la dependencia deben formar un «cuarto pilar del Estado de Bienestar, consolidando un conjunto de derechos sociales esenciales en los países avanzados».

También Tobío subraya esta perspectiva al identificar el siglo XX como el de la ampliación de los derechos y una nueva concepción de la idea de ciudadanía que debe ser culminada con el derecho a los cuidados. Si inicialmente los derechos se entendían como protección frente al Estado a través de sus manifestaciones cívicas y políticas, ahora el Estado se transforma progresivamente en protector ante los riesgos y contingencias que experimentan las personas a lo largo de la vida: «Un nuevo enfoque de las políticas sociales añade a los pilares clásicos del Estado del bienestar —sanidad, pensiones y educación— el cuidado de los menores y de los mayores, no ya como excepción cuando no hay familia que pueda asumirlo, sino como nueva normalidad social»⁶². A mayor abundamiento, Camps reivindica la evidencia de que el cuidado a los demás, que antes se consideraba un asunto familiar y reservado a las mujeres, debe ser ahora visto como un deber y un derecho público. Marrades ha apuntado razonadamente la necesidad, idoneidad y ventajas de la configuración de un derecho fundamental al cuidado, llevando su reconocimiento a una futura reforma constitucional que incluya, además de los principios asociados a la ética de la justicia, los que están en la base de la ética de los cuidados. Y Garrido ha propuesto ya una primera delimitación de los elementos objetivos y subjetivos necesarios para su existencia, su estructura, los derechos en que puede descomponerse, las relaciones entre ellos y su viabilidad⁶³.

A estas y otras muchas reivindicaciones y aportaciones en torno a la consideración de los cuidados como derecho positivo debe sumarse la concurrencia en los últimos años de algunos textos normativos vinculantes (todavía pocos) que recogen y definen el derecho al cuidado.

Previamente debe decirse que, aunque los tratados internacionales de derechos humanos no han incluido explícitamente el derecho al cuidado en ninguna de sus manifestaciones, una interpretación correcta de los mismos habría de conducir a su vigencia y efecto vinculante⁶⁴. Así, la Observación General N.º 6, al hablar de los Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de edad aprobados por la Asamblea General en 1991⁶⁵, menciona la *independencia*, la *participación*, la *autorrealización*, la *dignidad* y los *cuidados*, que facultan a las personas de edad para «gozar de atenciones familiares, contar con asistencia médica y poder disfrutar de los derechos humanos y las libertades fundamentales

cuando se encuentren en residencias o instituciones de cuidados o de tratamientos». Un enfoque que se ha ido incorporando en los consensos regionales del ámbito latinoamericano (con algún reflejo puntual en Europa), especialmente sensibles y comprometidos con los derechos de las personas mayores y con la importancia del cuidado.

Por eso, con un valor que supera lo programático, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores⁶⁶, en su artículo 12 (Derechos de la persona mayor que recibe servicios de cuidado a largo plazo) dispone:

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

Los Estados parte deberán diseñar medidas de apoyo a las familias y cuidadores mediante la introducción de servicios para quienes realizan la actividad de cuidado de la persona mayor, teniendo en cuenta las necesidades de todas las familias y otras formas de cuidados, así como la plena participación de la persona mayor, respetándose su opinión [...]».

Por su parte, la Constitución de la Ciudad de México (2019), en su artículo 9, titulado «Ciudad solidaria», establece:

«B. Derecho al cuidado.

Toda persona tiene derecho al cuidado que sustente su vida y le otorgue los elementos materiales y simbólicos para vivir en sociedad a lo largo de toda su vida. Las autoridades establecerán un sistema de cuidados que preste servicios públicos universales, accesibles, pertinentes, suficientes y de calidad y desarrolle políticas públicas. El sistema atenderá de manera prioritaria a las personas en situación de dependencia por enfermedad, discapacidad, ciclo vital, especialmente la infancia y la vejez y a quienes, de manera no remunerada, están a cargo de su cuidado»⁶⁷.

Y más recientemente la propuesta de Constitución chilena, finalmente no aprobada, disponía en su artículo 10 que:

«Todas las personas tienen derecho a cuidar, a ser cuidadas y a cuidarse desde el nacimiento hasta la muerte. El Estado se obliga a proveer los medios para garantizar que este cuidado sea digno y realizado en condiciones de igualdad y corresponsabilidad [...]»⁶⁸.

Por su parte, Europa todavía está en el momento programático de los planes y las estrategias, pero empieza a incorporar un debate inevitable y necesario. Así, la reciente Estrategia Europea de Cuidados ha establecido en septiembre de 2022 una primera agenda dirigida a mejorar la situación tanto de los cuidadores como de los receptores de cuidados. La Estrategia tiene como objetivo garantizar unos servicios de atención de calidad, asequibles y accesibles, con mejores condiciones de trabajo, igualdad de género y equilibrio entre la vida laboral y la personal de los cuidadores. También pretende avanzar en la aplicación del pilar europeo de derechos sociales y los objetivos principales de la UE para 2030 en materia de empleo, competencias y reducción de la pobreza.

En definitiva, en los últimos años, impulsado por el movimiento feminista, por el trabajo de numerosas académicas y por fuerzas políticas relevantes se está configurando un momento propicio para la creación e instalación generalizada de un derecho fundamental al cuidado. Se trata entonces de articular lo que al derecho corresponde.

5.2. ARTICULACIÓN DEL DERECHO A LOS CUIDADOS

5.2.1. Derecho a los cuidados: social y complejo

Para empezar con la estructura del derecho, habría que dilucidar si el derecho al cuidado consistiría en una norma o conjunto de normas deducibles de uno o varios enunciados normativos, lo que determinaría su carácter simple o complejo. Sería simple si su contenido subjetivo se concretase en una facultad jurídica que permitiese a su titular exigir la observancia de los deberes de abstención o de acción que pesan sobre los poderes públicos o los particulares. Sería complejo si incluyese una pluralidad de técnicas de garantía, como sucede con el derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el art. 24.1 CE⁶⁹. Como se verá enseguida, la naturaleza del derecho al cuidado (a ser cuidado, al menos) lo configura como un haz de facultades —una «constelación de derechos» se ha sugerido más atrás— que lo definirían como un derecho complejo, más cercano a la tutela judicial o al derecho a la educación que a la libertad de asociación o el derecho al honor.

Por otra parte, esa complejidad ha de incidir necesariamente en la construcción de los enunciados normativos que acaben configurando el derecho fundamental a los cuidados. Con carácter general, los enunciados normativos propios de los derechos fundamentales se caracterizan por su formulación «abstracta» (no incluyen referencias al modo, tiempo y lugar de ejercicio del derecho) y «abierta» (en principio, cualquier conducta que encaje en el enunciado normativo está protegida por el derecho fundamental), atributos que derivan de su mención genérica como conductas que en la realidad han de transcurrir siempre como algo concreto, susceptible de múltiples modalidades. El derecho fundamental a los cuidados se establecerá entonces como una «garantía de posibilidades» para la protección de la calidad de vida de quienes los necesitan, y «estará dirigido a los poderes públicos —en especial al legislador y a los integrantes del poder judicial—, quienes, por su función, serán los que concreten la norma de derecho fundamental, fijando sus coordenadas modales, espaciales y temporales»⁷⁰. El derecho al cuidado se configura así como un derecho complejo, social y prestacional.

5.2.2. Sujetos, titulares y objeto: ¿derecho a ser cuidado y derecho a cuidar?

Son sujetos de los derechos fundamentales los destinatarios de las normas que los configuran, bien como beneficiarios o titulares, bien como responsables y obligados a garantizarlos, estando los primeros en condiciones de reclamar comportamientos y prestaciones de los segundos.

En relación con el derecho al cuidado y la delimitación de su objeto, quiénes sean titulares del mismo aparece como una cuestión esencial previa; es decir, ha de tomarse primero una decisión, y es si el derecho fundamental debe (puede) ser articulado, además de en torno a la exigibilidad de ciertas prestaciones —de cuidados— por aquellas personas que los necesiten, también en relación con quienes los prestan —los cuidadores—, el *cuidatorio* que describe Durán⁷¹. Esta decisión previa es esencial pues determinará la distinción objetiva entre un derecho a recibir cuidados y un derecho a cuidar⁷².

Si aceptamos ambas opciones como posibilidad exploratoria, lo primero que debe realizarse es una acotación mínima que impida la transformación de ambos derechos en conceptos vacíos de contenido por su propia vaguedad⁷³. En este sentido, antes de trazar unas ideas básicas en torno al objeto del derecho a cuidar y el derecho a ser cuidado, es pertinente adelantar un par de notas previas sobre este objeto.

La primera nota tiene que ver con el cuidado y la dependencia. La dependencia es un estado de la persona que requiere atención, cuidados. Y toda persona que necesita cuidados es, en ese sentido, dependiente, sea su dependencia declarada formalmente o no según la ley.

La segunda nota trata de la «multidimensionalidad» de la relación del cuidado, un rasgo que ya se identificó al principio de este artículo cuando se trataba de definir de qué se habla cuando se habla de cuidados. Como se vio entonces, se habla de cuidado tanto en relación con comportamientos y prestaciones de tipo «material» como de tipo afectivo; y, como acertadamente señala Garrido, son solo los primeros los que deben dar lugar a un derecho, «pues la regulación jurídica de la afectividad es imposible, inconveniente y contraria al principio de autonomía de la persona (en este caso del cuidador o cuidadora)»⁷⁴.

El derecho a ser cuidado

Partiendo de aquí, el *derecho a ser cuidado* supondría para su titular la facultad de reclamar cuidados, es decir, una relación de acciones, actividades y prestaciones dirigidas a procurarle una calidad de vida digna, presidida por su propia autonomía y realización personal. El titular de dicho derecho sería el sujeto que cumpliera con determinados requisitos (constitucional y/o legalmente establecidas) presididos por una situación de vulnerabilidad y necesidad, fundamentalmente el hecho de necesitar apoyo para poder realizar determinadas actividades o vivir en determinadas condiciones. En principio, se trataría de personas pertenecientes al colectivo de la infancia, en situación de dependencia, las afectadas por enfermedad, y las personas de edad avanzada.

Los obligados a prestarlas habrían de ser, de una parte, los poderes públicos responsables de diseñar, organizar e implementar un sistema nacional de cuidados que responda adecuadamente a las expectativas del derecho; de otra, aquellos privados que la ley —el Código Civil— responsabiliza de los cuidados (obligaciones de los padres respecto de los hijos y a la inversa, obligaciones entre cónyuges), aquellos que voluntariamente se quieren dedicar a ejercerlos (habitualmente los familiares) y aquellos profesionales que de forma autónoma o a través de empresas o de las administraciones se dedican a ellos.

Las prestaciones en que consisten los cuidados serían las destinadas a la protección y promoción del bienestar y de la autodeterminación del titular del derecho, es decir, a procurarle el mínimo de bienestar que asegure esa calidad de vida digna. Siendo estas prestaciones muchas y de muy diversa naturaleza (recordemos la descripción de Comas: «Cuidar es alimentar, proporcionar vivienda y vestido, criar a niños y niñas, asistir en la enfermedad, dar consejos, ayuda práctica [...]»), qué haya de incluirse en ellas queda, tras la delimitación básica del derecho fundamental por el constituyente, en manos del legislador, de la interpretación garantista del poder judicial y, llegado el caso, del Tribunal Constitucional.

A la vista de lo anterior, el derecho fundamental a ser cuidado se configuraría, en la práctica, como un derecho complejo de naturaleza similar al que establece la LAPAD a partir de la situación y declaración de dependencia; derecho al que, por cierto, el del derecho a ser cuidado «absorbería», pues la atención a la dependencia prevista en la Ley 39/2006, dirigida a garantizar la autonomía en las actividades de la vida diaria, es, sin duda, una manifestación específica del ejercicio del cuidado.

El derecho a cuidar

Por su parte, el *derecho a cuidar* plantea dudas para su articulación como derecho fundamental. Habría de ser considerado, en su caso y en primer lugar, como un derecho complementario (o auxiliar) al de ser cuidado, pero absolutamente diferente. Porque sus titulares, su objeto y su finalidad son distintos⁷⁵.

El titular del mismo sería el cuidador o la cuidadora, es decir, la persona que, siendo capaz de hacerlo, asume la responsabilidad concreta del bienestar físico, mental y afectivo del otro⁷⁶ (la responsabilidad genérica puede ser del Estado, que ha de procurar que existan, además de los servicios materiales, cuidadores), y que ha de llevar a cabo alguna de las actividades exigibles por quien tiene el derecho a ser cuidado.

El objeto del derecho consistiría en la facultad de exigir de los poderes públicos la disposición de las medidas materiales y económicas que posibiliten la realización del cuidar, y de hacerlo en condiciones dignas.

Lo que en la actualidad identifica las condiciones de los cuidadores (es decir, de las cuidadoras) es la precariedad en todas sus dimensiones, y la precariedad de quien los procura es la precariedad de los cuidados⁷⁷. De ahí que la finalidad de la reclamación de un derecho fundamental a cuidar sería, básicamente, impedir escenarios de desventaja que coloquen a las personas cuidadoras, especialmente a las mujeres, en una situación de subordinación y vulnerabilidad⁷⁸.

La dificultad a la hora de articular el derecho a cuidar como derecho fundamental remite, en primer lugar, a su fundamentación. La necesidad básica asociada a la fragilidad de las personas, que concurre en el derecho a ser cuidado y de la que dependería la dignidad de la persona y el desarrollo de la personalidad, no estaría presente ahora del mismo modo⁷⁹. Tal y como se ha señalado, cabría configurarla, en su caso, como una obligación de los poderes públicos de la disposición de las medidas materiales y económicas que posibiliten la realización del cuidar, y de hacerlo en condiciones dignas. En cualquier caso, se abriría aquí también el debate sobre si los titulares del derecho serían todas aquellas personas dedicadas a los cuidados —en corto, familiares y profesionales— o solo las primeras, pues incorporar a los profesionales plantearía la pregunta de por qué el ejercicio de esta profesión debe figurar específicamente como derecho, y el resto de profesiones no.

5.2.3. Los límites del derecho

Los límites del derecho a ser cuidado vendrán delimitados, de una parte, por la configuración que el legislador y los jueces realicen del mismo; de otra, por los derechos de los

demás y los que surjan por la propia lógica en el momento de su ejercicio al confrontar con otros bienes jurídicamente protegidos.

Los límites del derecho a ser cuidado vendrán fundamentalmente determinados por la legislación de desarrollo y, en la práctica, por los recursos organizativos y económicos adjudicados para su realización. En cuanto al hipotético derecho a cuidar, además de los límites internos dispuestos por la norma que los defina, interesa detenerse en los externos, es decir, los derechos de los demás que en este caso son, básicamente, los de las personas cuidadas.

El objetivo de los cuidados es la protección y promoción de la autodeterminación, de la autonomía personal, pero dicho fin no debe encubrir que, en ocasiones, al procurar los cuidados, los derechos y la autonomía (por ejemplo, los de las personas mayores) pueden resultar afectados negativamente. Por eso, bien puede decirse que los cuidados no pueden procurarse de cualquier manera, sino de la forma más respetuosa —menos onerosa— con la autonomía, la voluntad y los derechos de las personas cuidadas⁸⁰.

Ciertamente, no resulta fácil determinar jurídicamente —más allá de un mandato genérico— la obligación de los cuidadores de adaptarse a la autonomía de las personas mayores para no dañarla. Porque en este punto es esencial la empatía y la delicadeza con la que los cuidadores trabajan. La comunicación (verbal y no verbal), el conocimiento de la persona que se cuida (su biografía) y con él sus preferencias, el saber escuchar... constituyen la base del buen cuidar y, con él, la ausencia de cosificación y el fortalecimiento de la autoestima de los ancianos⁸¹. Pero más allá de estas importantísimas y sutiles habilidades en el cuidado (no fácilmente aprehensibles por el mundo del Derecho si no es con recomendaciones más o menos vagas), la práctica del buen cuidado también debe respetar otros derechos fundamentales con los que suele encontrarse relacionado; algunos de forma directa, como el respeto a la integridad física y psíquica de las personas mayores, o el derecho a la privacidad en sus distintas versiones; otros, llegado el caso, como la libertad de pensamiento o la libertad religiosa.

Así, el cuidador, además de estar sometido a la aceptación como tal por parte de la persona cuidada, debe respetar de forma muy rigurosa los denominados «derechos de la esfera personal», es decir, aquellos que afectan de forma más directa a las personas, tanto desde la perspectiva intelectual (psicológica), como desde la física o corporal.

En este marco aparece, en primer lugar, la prohibición del maltrato y de los tratos inhumanos o degradantes, derecho fundamental reconocido por el artículo 15 de la Constitución. En relación con los cuidados, más allá de los maltratos evidentes que un olvido de sus principios básicos acarrea para las personas mayores, deben considerarse aquellas situaciones en las que una atención despersonalizada del mayor (por la institucionalización del modelo u otra causa) lleva aparejadas de forma sistemática situaciones de cosificación, de humillación o de desconsideración en distintos niveles; es decir, situaciones de maltrato, prohibidas tajantemente por el ordenamiento jurídico. Tener presente el modo en que las personas mayores desean ser tratadas es probablemente el elemento clave para evitar la mayoría de las situaciones de humillación y maltrato que experimentan.

También se considera un derecho fundamental «personalísimo» la intimidad, así como el resto de los derechos vinculados a la privacidad: el honor, la inviolabilidad del domicilio,

el secreto de las comunicaciones y la protección de datos de carácter personal. De entre ellos es posiblemente la intimidad personal el derecho más sensible a la hora de realizar los cuidados. La intimidad hace referencia al espacio más personal y reservado sobre el que las personas tienen la facultad de excluir la intromisión de terceros. Ese espacio se compone de hechos, sentimientos, opiniones, decisiones y acciones que la persona desea gestionar del modo más exclusivo, secreto o autónomo. Como es notorio, el ejercicio del cuidado, por su propia naturaleza, afecta a la intimidad de las personas mayores receptoras del mismo. La ocupación de una habitación compartida en una residencia, o el acceso abierto a la misma; las decisiones vinculadas al aseo y a todas aquellas acciones que requieren un contacto directo con el cuerpo y el pudor del anciano; el acceso a los documentos privados, incluso a los objetos más personales... Sea en centros residenciales o en el domicilio propio, el cuidado a las personas de edad supone la intromisión más o menos intensa en ese espacio sensible que define la privacidad. Que la intromisión acabe siendo violación del derecho depende de las circunstancias del caso concreto, pero no es descartable que pueda suceder ni que pueda ser reclamada.

6. CONCLUSIÓN

El cuidado es una función social, un bien público y un derecho básico sin el cual no es posible concebir la existencia y la reproducción de la sociedad⁸². Tras años de formar parte del interés y el estudio de diferentes campos del saber y el ejercicio práctico, los cuidados han llamado a la puerta del mundo del Derecho, reclamando una atención más allá de la normativa que implementa los servicios sociales. Pensar en el cuidado como un derecho fundamental supone la consideración de este como elemento central del sistema de convivencia que la Constitución configura.

Existe una insistente reivindicación —desde el feminismo, la gerontología, la economía, la psicología social...— para que el ámbito jurídico aborde con sus herramientas el modo en que articular la creación de un cuarto sistema público de prestación que, como la justicia, la educación o la sanidad, asuma la vigencia efectiva del cuidado como derecho fundamental.

Los derechos fundamentales deben crear y mantener las condiciones elementales para asegurar una vida en libertad y la dignidad humana, y estas no se consiguen exclusivamente liberando a los ciudadanos de las intervenciones del poder estatal. En sociedades en las que el sistema político económico es el capitalismo neoliberal, donde la vida social está organizada prioritariamente por el mercado, donde el individualismo empresarial e individual son valores dominantes, los cuidados —procurados principalmente por mujeres en el ámbito familiar— quedan relegados al ostracismo y la precariedad, con las consecuencias ya sabidas tanto para las personas cuidadas como para quienes las cuidan.

El ejercicio de la autonomía y la libertad requiere, para muchas personas, de cuidados, es decir, del mantenimiento, creación o recuperación de unas condiciones de vida que en

un número creciente de casos no están a disposición del individuo. En sociedades longevas, de «vidas prolongadas», en la que aumenta día a día el número de personas mayores que van a necesitar durante más tiempo diferentes grados de apoyo para vivir con dignidad, situar a los cuidados como elemento central de la convivencia, y en ese sentido tratar de articularlos jurídicamente como derecho fundamental, resulta coherente y justificado.

A partir de aquí, el mundo del Derecho debe centrarse en el modo en que el ámbito de los cuidados, tan amplio en su objeto, tan transversal, tan subjetivo en parte, puede ser aprehendido de modo riguroso por lo jurídico, y concretado en un derecho fundamental que, por una parte, guíe al legislador y al Estado en las funciones que la Constitución les atribuye y, de otra, proporcione a la ciudadanía un instrumento de garantía y protección cierto ante los tribunales y la Administración.

La configuración constitucional de ese derecho no resulta tarea fácil, pero sí estimulante, pues sitúa al investigador y al debate académico entre juristas en la tesitura de repasar y reconsiderar conceptos y planteamientos teóricos quizás demasiado arraigados e incontestados. Quizás aparece aquí lo que Ferrajoli sugiere —reivindica— como necesario cambio de paradigma dirigido a una materialización de la *dimensión sustancial* de la constitución y de los derechos fundamentales, que «reinicie» un sistema político democrático necesitado de una legitimidad condicionada a la protección efectiva de los principios y derechos fundamentales (civiles, políticos, económicos, sociales, culturales) que nuestra Constitución reconoce.

NOTAS

1. Gilligan (1982). Una investigación que, como recuerda Busquets (2019: 33-35), se comprende al relacionarla con los estudios de Kohlberg sobre los estadios del desarrollo moral: «Gilligan observa que en los estadios de desarrollo de Kohlberg las mujeres tienen un nivel inferior de maduración moral en comparación con los hombres y decide —desde la perspectiva de género— investigar la razón de esta diferencia. De sus investigaciones se desprende que en los juicios morales hay diferencias entre hombres y mujeres [...] La difusión de los resultados de la investigación de Gilligan produjo como resultado una gran discusión entre dos modelos aparentemente contrapuestos: el modelo de la ética de la justicia y los derechos, más propia de los hombres, y el de la ética del cuidado y la responsabilidad, más cercana a las mujeres». Para un breve y claro estudio sobre la ética del cuidado como «una voz diferente» en el discurso moral —limitado en su comprensión de la condición humana— occidental, *vid.* Durán Palacio (2015).
2. Nussbaum (1995) reflexiona sobre la fragilidad humana, vulnerable a la fortuna y a las acciones externas incontrolables, que condiciona a muchos de los elementos valiosos para la vida buena; Torralba (1998: 243) explica cómo el ser humano es vulnerable en todas sus dimensiones fundamentales, la física, la psicológica, la social y la espiritual. Fraser (2016) sostiene la contradicción inevitable entre capitalismo y reproducción social, que está en la base de la denominada «crisis de los cuidados»; Tronto (2017) subraya el componente democrático (y anticapitalista) que se deduce de la necesidad de cuidados de todos los seres humanos, sean jóvenes o mayores; MacIntyre (2001) muestra la relación que existe entre vulnerabilidad y dependencia; y Barnes (2018: 54) deduce que el cuidado «no es un elemento opcional, sino un elemento de primer orden sobre el que se fundamentan los acuerdos sociales». Una descripción más detallada de la posición de estas y otras autoras en torno al cuidado como elemento antropológico y ético, en Busquets (2019: 24).

3. HelpAge España (2021: 25).
4. Ese tiempo ganado a la vida, esas «vidas extendidas» que han dado lugar a una «democratización de la vida»: ¿en qué condiciones se vive? La pregunta se la formula Antonio Ariño a raíz de la lectura de *Extra-Life. A Short History of Living Longer*, de Steve Johnson (2021). Este período vital de comorbilidad —argumenta Ariño— forma parte de la novedad histórica presente, y ha comenzado a suscitar una demanda de legislación nueva para facilitar «una salida» digna de la vida.
5. «Con la crisis producida por el Covid-19 han saltado las alarmas acerca de la necesidad de revalorizar el cuidado, poner la atención a las personas en el centro y llamar a la solidaridad y corresponsabilidad» Marrades (2021: 26). *Vid.*, en este punto, Pinazo (2020).
6. Flores (2022).
7. Prieto Sanchís (1990: 17).
8. Hesse (1996: 89 y 94).
9. «Si convertimos el cuidado en el asunto central de una sociedad verdaderamente democrática, entonces tendremos una sociedad que refleje las realidades de la vida humana» (Tronto: 33).
10. Comas d'Argemir (2019: 2).
11. Durán (2018: 126).
12. Torralba (2005: 43). Son numerosos los planteamientos de interés en torno al concepto de cuidados. Como el de Tronto (2017), que plantea el cuidado como un proceso de fases diferentes —*Caring about, Taking care of, Caring for, Care-giving, Care-receiving, Caring with*—, pero íntimamente vinculadas. Un recorrido por las concepciones de los cuidados se encuentra en el Informe sobre los mismos de HelpAge España (2021: 15).
13. Camps (1997: 67).
14. Durán (2018), y la presentación de Ariño a la obra, pp.9 y ss. De referencia obligada es también la obra de Tobío y *et al.* (2010).
15. *Vid.* aquí, por ejemplo, el Informe *La economía del envejecimiento en la Comunitat Valenciana*, IVIE (2018).
16. Comas d'Argemir (2019: 2-3). Sobre cuidado y economía desde una mirada feminista, también Carrasco (2006: 39-54); y De las Heras (2015: 63-74).
17. «El cuidado centrado en la persona busca cuidar apoyando que las personas puedan seguir teniendo control en su entorno, en sus cuidados y en su vida cotidiana, desarrollando sus capacidades y sintiéndose bien» (Pinazo, 2021: 132).
18. Esquembre (2017: 88). También Marrades (2019). *Vid.* en este mismo número, Dabove (2022) y los trabajos de la autora allí citados.
19. Bastida (2004: 27). «Para que los derechos fundamentales representen una obligación estatal, es necesario que su fuente creadora se sitúe por encima del poder instituido, esto es, en el poder constituyente» (Prieto Sanchís, 1994: 112).
20. De Asís (2001: 5).
21. *Vid.* la exposición y crítica a estas posiciones de Nino (1989) o Pérez Luño (1983). También Bastida (2004: 14 ss.).

22. De Asís (2001: 6).

23. Pérez Luño (1983: 8-13). Así, con MacPherson, a quien Pérez Luño cita, nuestro estudio parte de que «cualquier doctrina de los derechos humanos debe constituir, en cierto sentido, una doctrina de los derechos naturales. Solo pueden concebirse los derechos humanos en cuanto especie del derecho natural, en el sentido de que deben deducirse de la naturaleza del hombre en cuanto tal (por ejemplo, necesidades y capacidades), bien de los hombres como son actualmente, bien de los hombres como se considera que pueden llegar a ser. Decir esto implica sencillamente reconocer que ni los derechos legales ni los derechos reconocidos por la costumbre constituyen fundamento suficiente para los derechos humanos»; y matiza que ello consiste «en afirmar la necesidad de que todo sistema jurídico reconozca unos derechos básicos de quienes lo integran, así como las teorías que defienden la posibilidad de conocer y justificar racionalmente tales derechos». En esta misma línea, por ejemplo, Fernández (1991); Laporta (1987); Ruiz Miguel (1989); y Rojo Sanz (1988).

24. Nino (1989: 5).

25. La síntesis de la postura de Habermas puede verse en Pérez Luño (1983: 47).

26. En el sentido que, siguiendo a Durán, recoge, por ejemplo, Gracia (2022: 187): el cuidado como el reto de organizar socialmente las tareas de cuidados de equidad y justicia, cuya responsabilidad se atribuye a las familias, el Estado y el mercado. En este punto, también es de interés Añón Roig (2002).

27. Esta perspectiva, en la línea de Habermas, explora una «concepción estrictamente política de los derechos humanos, que no los percibe como demandas éticas [...] sino que los ubica dentro de las relaciones de justicia institucional... en contraste con los derechos morales generales, los derechos humanos son un tipo de derechos especiales de carácter asociativo que forman parte de las relaciones de justicia» (Iglesias Vila, 2016: 124-125).

28. Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed. Disponible en: <<https://dle.rae.es>>. [Consulta: 28/07/2022].

29. Pérez Luño (1983: 53); Añón Roig (2002): «los derechos sociales están vinculados a un concepto de libertad entendida básicamente como capacidad»; y Ribotta (2022), en este mismo número: «la vulnerabilidad natural en relación a los seres humanos se vincula a las necesidades básicas, especialmente las consideradas estrictamente humanas, aquella cuya no satisfacción compromete de manera seria y radical la misma vida por la manifestación del daño, la vulneración y el menoscabo que se provoca en la vida, en la calidad de vida y en el ejercicio de derechos de las personas cuando éstas no son satisfechas en un grado adecuado».

30. Nino (1989: 1-2). Sobre los seres humanos como seres vulnerables y dependientes, *vid.* MacIntyre (2001). Sobre la necesidad del cuidado, *vid.* también Durán (2018: 94); Busquets (2019: 29); y Camps (2021: 28).

31. Nussbaum, cit. por Gracia (2022: 193).

32. Pinazo *et al.* (2021b: 33).

33. Por ejemplo, Igareda: «Y esto a pesar de la aparición de nuevas dinámicas sociales y económicas, que ponen en cuestionamiento algunos de los pilares en los que se apoya este modelo (cambios en las formas tradicionales de organización del trabajo, nuevas formas familiares diferentes a la familia nuclear clásica, masiva incorporación de la mujer al mercado de trabajo, descenso de la natalidad, etc.)» (2012: 195). *Vid.*, también, Esquembre (2017).

34. «Los hogares pobres, por otro lado, suelen tener más hijos a su cargo, y más dificultades para criarlos. De hecho, los sectores pobres acumulan una doble crisis de cuidados: tienen mayores necesidades de ellos

(tanto de infantes como de adultos mayores, lo que suponemás presión sobre las mujeres) y las mujeres de este estrato social tienen más dificultades para mantener su empleo» (Comas d'Argemir, 2019: 6 ss.).

35. Camps (2021: 44).

36. Añón Roig (2002); Igareda (2012: 200).

37. Así Busquets (2019: 30 y 46), en la línea abierta por Benhabib (2006).

38. Como se verá más tarde, aquí surge ya la duda sobre la consideración del derecho a cuidar (y no solo el derecho a ser cuidado) como objeto del derecho fundamental, pues la fundamentación para el que recibe el cuidado no es la misma que para el que lo provee: ¿puede determinarse el cuidar como una «necesidad» de las personas que atañe a su dignidad y que, por tanto, debe ser objeto de la configuración de la que se está hablando? Si existe debate sobre el derecho a ser cuidado (*vid.* Igareda en nota siguiente), mucho más respecto al derecho a cuidar.

39. Igareda, quien concluía: «Pero esto es difícil que suceda en nuestra sociedad y en nuestro actual modelo de Estado de Bienestar porque en primer lugar, los cuidados no se identifican como necesidades básicas. En segundo lugar, no parece haber un consenso social sobre si los cuidados constituyen verdaderas necesidades básicas para la supervivencia humana. Y en último lugar, y en parte por las razones anteriores, el derecho a ser cuidado, o el derecho a ser objeto de cuidados durante determinados periodos de la vida de un individuo, está lejos de construirse como un derecho social» (2012: 201). Y también, años antes, Pautassi (2007: 7 y 29 ss.).

40. García Amado (2016).

41. Hesse (1996: 90).

42. Bastida (2002: 42 ss.).

43. STC 11/1981, de 8 de abril.

44. «La selección y preferencia por el constituyente de unas expectativas individuales y sociales frente a otras tiene su reflejo jurídico no solo en la determinación de cuáles quedan configuradas como derechos fundamentales, sino también en el distinto grado de protección normativa que la Constitución puede dispensar a estos derechos. En este sentido, dentro de los derechos fundamentales podría hablarse de una mayor o menor fundamentalidad de ellos, en función de ese grado de preservación normativa contemplado en la Constitución» (Bastida, 2002: 27).

45. «En materia de derechos fundamentales la legalidad ordinaria ha de ser interpretada de la forma más favorable para la efectividad de tales derechos» (STC 34/1983, de 6 de mayo, FJ 3).

46. Cfr. epígrafe 4.3 de este mismo artículo.

47. *Vid.* HelpAge (2021: 26 ss.), informe en el que el autor del presente artículo desarrolla esta idea.

48. STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 8.

49. Flores (2018: 34).

50. Garrido (2019: 42).

51. La *autonomía*, entendida según la Ley 36/2006, es «la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias, así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria». Hablamos aquí de decisiones de distinta naturaleza, desde la gestión del patrimonio, la modificación de la capacidad de obrar, o la misma decisión de ingresar en un centro, hasta de cómo y por quién se desea ser cuidado, o de qué posesiones privadas —las que configuran la propia identidad— puede un anciano llevar consigo a una residencia.

Vid., de nuevo, Ribotta (2002), en este mismo número: «Autonomía comprendida desde la elección de los planes de vida y autonomía como el desarrollo real y efectivo de la vida que hayamos libremente escogido vivir, y que requiere en ambos momentos acceder de manera adecuada a los satisfactores de nuestras necesidades y disponer de los recursos para realmente desarrollar las libertades».

52. Vilà i Mancedo *et al.* (2019).

53. Comas d'Argemir (2019: 11). Sobre el planteamiento y recorrido de la LAPAD, *vid.* Dalli (2022), en este mismo número.

54. Gracia (2022: 199).

55. Como apunta Marrades (2021: 32), este Real Decreto-ley actúa sobre la conciliación, corresponsabilidad, flexibilidad de los tiempos, igualdad de oportunidades y trata de atender a las necesidades del cuidado de manera más solidaria y responsable.

56. El 28 de junio de 22 fue aprobado por el Ministerio de Asuntos Sociales y Agenda 2030 y las comunidades autónomas el Acuerdo para mejorar la calidad de las residencias y el Sistema de Atención a la Dependencia, dando luz verde al cambio de modelo de cuidados reclamado por los actores sociales desde hace años. Sobre la necesidad de revisión de este modelo, por ejemplo, Pinazo (2020*a* y 2020*b*).

57. Véase el epígrafe 3.1.

58. Garrido (2019: 43).

59. «No puede desconocerse la dificultad de articular jurídicamente este derecho a ser cuidado/a: quiénes serían titulares de este derecho, qué derechos y deberes tendrían los progenitores respecto al derecho a ser cuidado de ese nuevo ciudadano, cómo se financiarían los costes de ese nuevo derecho dentro de un Estado Social de Derecho en permanente crisis y revisión, así como qué tipo de prestaciones se entenderían incluidas en este nuevo derecho» (Igareda, 2012: 203).

60. Clements (2013: 417).

61. Martínez, Roldán y Sastre (2018: 115).

62. Tobío (2010: 182).

63. *Vid.* los estudios de Camps (2021); Marrades (2019); (Esquembre, 2016); Garrido (2019); y Gracia (2022: 194), entre otros.

64. Pautassi (2015: 265).

65. CESCR (1995): «Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores», 08/12/95. Observación General N.º 6. Y Resolución 46/91 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 1991 sobre la aplicación del Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento y actividades conexas, anexo.

66. La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, fue aprobada el 15 de junio de 2015 por los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos en el marco de la Asamblea General de la institución. Entró en vigor el 13 de diciembre de 2016. Su artículo 3 establece como uno de los principios generales de la Convención «el bienestar y cuidado» (letra f), así como «la responsabilidad del Estado y participación de la familia y de la comunidad en la integración activa, plena y productiva de la persona mayor dentro de la sociedad, así como en su cuidado y atención» (letra o). Sobre esta base es que se instituye el reconocimiento explícito de los derechos civiles. La Convención, se ha dicho, «inaugura un tratamiento de carácter integral de las problemáticas del cuidado de este colectivo etéreo, tanto en términos del reconocimiento explícito del derecho al cuidado como de las consiguientes obligaciones que acarrea, en especial en su consideración

como trabajo que contribuye a la generación de valor económico, y que por ende deber ser revalorizado» (Pautassi, 2015: 276).

67. *Vid.* Pautassi (2019: 736).

68. «El Estado garantizará este derecho a través de un Sistema Integral de Cuidados y otras normativas públicas que incorporen el enfoque de derechos humanos, de género y la promoción de la autonomía personal. El Sistema tendrá carácter estatal, paritario, solidario, universal, con pertinencia cultural y perspectiva de género e interseccionalidad. Su financiamiento será progresivo, suficiente y permanente.

El sistema prestará especial atención a lactantes, niños, niñas y adolescentes, personas mayores, personas en situación de discapacidad, personas en situación de dependencia y personas con enfermedades graves o terminales. Asimismo, velará por el resguardo de los derechos de quienes ejercen trabajos de cuidados».

69. Bastida (2002: 38).

70. *Ibidem*: 39-40.

71. «El nacimiento de una nueva clase social: el “cuidatoriado”» (Durán, 2018: 89 ss.).

72. ¿Debe incorporar el derecho fundamental al cuidado la perspectiva de quien lo procura? Una de las cuestiones del debate trata de considerar el derecho a los cuidados desde la perspectiva de los cuidadores. Tronto (2013: 153-154); Marrades (2016: 237) y Gracia (2022: 191) defienden el «derecho a cuidar» (y a no cuidar) como parte del derecho fundamental a los cuidados con la idea de regularlo, para impedir escenarios de desventaja que coloque a las personas cuidadoras, especialmente a las mujeres, en una situación de subordinación y vulnerabilidad.

73. Garrido (2019: 46).

74. *Ibidem*. De las virtudes del modelo de la ética del cuidado que Busquets rescata de *La muerte de Iván Ilich*, de Tolstoi —disponibilidad, veracidad, competencia, confianza, paciencia, comprensión, afabilidad, consuelo, alegría, cuidado de sí— pocas podrían ser reclamadas por la vía jurídico-procesal; *vid.* Busquets (2019: 136).

75. Y así lo ve Garrido (2019: 59): «el derecho al cuidado y el derecho a cuidar no tienen más en común que la actividad prestacional que constituye el objeto principal del primero y parcial del segundo».

76. Sobre la caracterización de los cuidadores, Durán (2018: 148).

77. «La falta de personal interfiere directamente en la calidad asistencial de los cuidados, «si no hay personal no hay cuidados, si no hay cuidados no hay calidad», y estos cuidados son esenciales para la calidad de vida, «pero en muchas ocasiones solo para poder subsistir», afirma Salado (2022).

78. Gracia (2022: 191-93). Como recuerda Nussbaum, «una sociedad decente no puede garantizar que todos los cuidadores tengan una vida feliz: pero puede proporcionarles un adecuado nivel de reconocimiento en cada una de las capacidades clave». Sobre cómo incorporar en una lógica de derechos la complejidad del cuidado, desde una perspectiva de género, Pautassi (2007). Sobre las proveedoras de cuidados, Tobío (2010: 91 ss.); y Rogero-García (2010).

79. También Garrido (2019: 55).

80. *Vid.* HelpAge (2021: 30-31).

81. Vilà i Macebo *et al.* (2019 y 2020).

82. Rico y Robles (2019: 219).

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ CUESTA, Henar (2021): «Precariedad del trabajo retribuido de cuidados: origen y mecanismos de solución», *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 11(2), 570-593.
- AÑÓN ROIG, María José (1994): *Necesidades y Derechos. Un Ensayo de Fundamentación*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- (1998): «De las necesidades radicales a las necesidades humanas», *Daimon: Revista de Filosofía*, 17, 53-69.
 - (2002): «Ciudadanía social: La lucha por los derechos sociales», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 6.
- AÑÓN ROIG María José y Pablo MIRAVET BERGÓN (eds.) (2005): *Derecho, Justicia y Estado constitucional*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- BARNES, Marian (2018) «Alianzas integrales para el cuidado», en M. Busquets Surribas, N. Cuxart Ainaud, C. Domínguez-Alcón y A. Ramió Jofre (coords.), *Nuevas políticas del cuidar*, Barcelona: Edicions Col·legi Oficial Infermeres i Infermers, 49-67.
- BASTIDA, Francisco J., Ignacio VILLAVERDE, Paloma REQUEJO, Miguel Angel PRESNO, Benito ALÁEZ, e Ignacio F. SARASOLA (2004): *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Madrid: Tecnos.
- BENHABIB (2006): *El Ser y el Otro en la ética contemporánea. Feminismo, comunitarismo y posmodernismo*, Barcelona: Gedisa.
- BUSQUETS ALIBÉS, Esther (2019): *Ética del cuidado en ciencias de la salud*, Barcelona: Herder.
- CAMPS, Victoria (1997): *El siglo de las mujeres*, Madrid: Cátedra.
- (2021): *Tiempo de cuidados*, Barcelona: Arpa.
- CARE COLLECTIVE (2017): *The Care manifesto de los cuidados. The politics of compassion*, Londres: Verso.
- CARRASCO, Cristina (2006): «La paradoja del cuidado: necesario pero invisible», *Revista de Economía Crítica*, 5, 39-54.
- CLEMENTS, Luke (2013): «Does Your Carer Take Sugar? Carers and Human Rights: The Parallel Struggles of Disabled People and Carers for Equal Treatment», *Washington and Lee Journal of Civil Rights and Social Justice*, 19(2), 397-434.
- COMAS d'ARGEMIR, Dolors (2015): «Los cuidados de larga duración y el cuarto pilar del sistema del bienestar», *Revista de Antropología Social*, 24, 374-404.
- (2019): «Cuidados y derechos. El avance hacia la democratización de los cuidados», *Cuadernos de Antropología Social*, 49, 13-29.
- DALLI, María (2022): «El cuidado de personas en situación de dependencia: encaje constitucional, marco jurídico actual y carencias normativas», *Teoría & Derecho*, 33 (en este mismo número).
- DABOVE, María Isolina (2022): «Enfoque complejo de la vejez. Su incidencia en los derechos humanos», *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 33 (en este mismo número).
- DE ASIS ROIG, Rafael (2001): *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos. Una aproximación dualista*, Madrid: Dykinson.
- DE LAS HERAS, Samara (2015): «La regulación de la obligación de cuidar y su impacto de género», *Zerbituan*, 60, 63-74.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Capitolina y Carles SIMÓ NOGUERA (coords.) (2016): *Brecha salarial y brecha de cuidados*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- DURÁN, María Ángeles (2018): *La riqueza invisible del cuidado*, Valencia: Servei de Publicacions de la Universitat de València.
- DURÁN PALACIO, Nicolasa María (2015): «La ética del cuidado: una voz diferente», *Revista Fundación Universitaria Luis Amigó*, 2(1), 12-21.

- ESQUEMBRE, Mar (2017): «Las mujeres ante el cambio constitucional. algunos apuntes desde una perspectiva feminista para una “reforma constituyente” de la Constitución española», *Cuadernos Manuel Jiménez Abad*, 5, 75-136.
- FERNÁNDEZ, Eusebio (1991): *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid: Debate.
- FERNÁNDEZ-CARRO, Celia, Rosa GOMEZ REDONDO y Noelia CAMARA (2019): «The availability of carers for older disabled people in Spain: demographic insights and policy implications», *International Journal of Care and Caring*, 3(3), 323-337.
- FINE, Michael y Caroline GLENDINNING (2005): «Dependence, independence, or inter-dependence? Revisiting the concepts of “care” and “dependency” », *Ageing and Society*, 25(4), 601-621.
- FLORES GIMÉNEZ, Fernando (2018): «Las personas mayores en la Constitución española: derechos y garantías», en B. Cardona, F. Flores Giménez y J. Cabeza (coords): *Edad, Discriminación y Derechos*, Madrid: Aranzadi, 29-52.
- (2022): «La discriminación de las personas mayores en las residencias geriátricas durante la pandemia de la Covid 19», *Políticas públicas y derechos humanos de las personas mayores*, *Revista Política y Sociedad*, 59(3), 1-20.
- FRASER, Nancy (2016): «Contradictions of Capital and Care» [en línea], <<https://newleftreview.org/issues/ii100/articles/nancy-fraser-contradictions-of-capital-and-care>>. [Consulta: 01/11/2022.]
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2016): «Sobre constituciones, procesos y derechos» [en línea], <<https://almacendederecho.org/sobre-constituciones-procesos-y-derechos>>. [Consulta: 01/11/2022.]
- GARRIDO CRIADO, Clara (2019): «Hacia un derecho fundamental al cuidado: viabilidad y conveniencia de su existencia», en A. I. Marrades Puig, *Retos para el Estado constitucional del siglo XXI: derechos, ética y política del cuidado*, Valencia: Tirant lo Blanch, 42-71.
- GRACIA, Jorge (2022): «Derecho al cuidado: un abordaje desde los derechos (humanos)», *Oñati Socio-Legal Series*, 12(1), 179-210.
- GILLIGAN, Carol (1982): *In a Different Voice. Psychological Theory and Women's Development*, Cambridge: Harvard University Press.
- HelpAge España (2021): «El derecho a los cuidados de las personas mayores» [en línea], <https://www.helpage.es/wp-content/uploads/2021/09/Informe_El-derecho-a-los-cuidados-de-las-personas-mayores_HelpAge-Espana-2021.pdf>. [Consulta: 01/11/2022.]
- HESSE, Conrado (1996): «Significado de los derechos fundamentales», en E. Benda, W. Maihofer, H. Vogel, K. Hesse, y W. Heyde: *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 80-99.
- IGAREDA GONZÁLEZ, Noelia (2012): «El derecho al cuidado en el Estado Social de Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXVIII, 185-206.
- IGLESIAS VILA, María Luisa (2016): «Los derechos humanos como derechos especiales? Algunas ventajas de una concepción cooperativa de los derechos humanos», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXXII, 119-144.
- LAPORTA, Francisco (1987): «Sobre el concepto de derechos humanos», *Doxa*, 4, Alicante, 23-46.
- MACINTYRE, Alasdair (2001): *Animales relacionales dependientes*, Barcelona: Paidós.
- MARRADES PUIG, Ana I. (2019): *Retos para el Estado constitucional del siglo XXI: derechos, ética y política del cuidado*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2021): «La configuración de un modelo económico constitucional feminista: la revalorización del cuidado», en A. I. Marrades Puis (coord.), *Los cuidados en la era Covid-19: análisis jurídico, económico y político*, Valencia: Tirant lo Blanch, 21-41.
- MARTÍNEZ, Rosa, Susana ROLDÁN y Mercedes SASTRE (2018): «La atención a la dependencia en España. Evaluación del sistema actual y propuesta de implantación de un sistema basado en el derecho universal de atención suficiente por parte de los servicios públicos. Estudio de su viabilidad económica y de sus impactos económicos y sociales», *Papeles de Trabajo*, 5, 1-175.
- NINO, Carlos Santiago (1989): *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires: Astrea.
- NUSSBAUM, Martha (1995): *La fragilidad del bien*, Madrid: Visor.

- OLALLA, Pedro (2018): *De senectute política. Carta sin respuesta a Cicerón*, Barcelona: Acantilado.
- PAUTASSI, Laura C. (2007): «El cuidado como cuestión social desde un enfoque de derechos», *Mujer y Desarrollo*, 87, 1-50.
- (2015): «Inaugurando un nuevo escenario: el derecho al cuidado de las personas adultas mayores», *Argumentos: revista de crítica social*, 17, 257-280.
 - (2018): «El cuidado: de cuestión problematizada a derecho. Un recorrido estratégico, una agenda en construcción», en M. Ferreyra, T. Guerra, y A. Cházaro (correds.), *El trabajo de cuidados: una cuestión de derechos humanos y políticas públicas*, México: ONU Mujeres, 178-191.
 - (2019): «El cuidado como derecho. Un camino virtuoso, un desafío inmediato», *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 68(272-2), 717-742.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (1983): «La fundamentación de los derechos humanos», *Revista de Estudios Políticos*, 35, 7-71.
- PINAZO, Sacramento (2020a): «Impacto psicosocial de la COVID-19 en las personas mayores: problemas y retos», *Revista Española de Geriátria y Gerontología*, 55(5), 249-252.
- (2020b): «La atención en residencias. Recomendaciones para avanzar hacia un cambio de modelo y una estrategia de cuidados» [en línea], <https://prospectv2030.com/wp-content/uploads/2020/05/Infome_residencias.pdf>. [Consulta: 01/11/2022.]
 - (2021): «¿Cómo queremos ser cuidados? Aspectos psicosociales», en R. Amo Usanos (coord.), *Cuidadores y cuidados*, Madrid: Universidad Pontificia de Comillas-Ballesol, 121-145.
- PINAZO, Sacramento, Clara COSTAS y Elena COSTAS PÉREZ (2021): «Sociedades longevas ante el reto de los cuidados de larga duración» [en línea], <<https://elobservatoriosocial.fundacionlacaixa.org/documents/22890/409867/Reto+de+los+cuidados+de+larga+duración.pdf/e0e7bd8c-5997-c5fa-dde8-3f4feda44178?t=1621259483436>>. [Consulta: 01/11/2022.]
- PRIETO SANCHÍS, Luis (1990): *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid: Debate.
- RICO, María Nieves y Claudia ROBLES (2019): «El cuidado, pilar de la protección social: derechos, políticas e institucionalidad en América Latina», en R. Martínez (ed.), *Institucionalidad social en América Latina y el Caribe*, Santiago: CEPAL, 219-251.
- ROGERO GARCÍA, Jesús (2010): «Las consecuencias del cuidado familiar sobre el cuidador: una valoración compleja y necesaria», *Index de Enfermería*, 19(1), 17-50.
- ROJO SANZ, José María (1988-1989): «Los derechos morales en el pensamiento angloamericano», *Anuario de Derechos Humanos*, V.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso (1989): «Los derechos humanos como derechos morales, ¿entre el problema verbal y la denominación confusa?», *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid: Debate.
- SALADO, Alejandro (2022): «Nuevo modelo de residencias, si no hay personal no hay cuidados», *Info-libre*, 22 de julio.
- TOBÍO, Constanza, M.^a Silveria AGULLÓ, M.^a Victoria GÓMEZ y M.^a Teresa PALOMO (2010): *El cuidado de las personas. Un reto para el siglo XXI*, Barcelona: Fundación La Caixa.
- TORRALBA, Francesc (1998): *Antropología del cuidar*. Barcelona: Institut Borja de Bioètica y Fundación Mapfre Medicina.
- TRONTO, Joan (2017): «La democracia del cuidado como antídoto ante el neoliberalismo», en C. Domínguez Alcón, H. Kohlen y J. Tronto, *El futuro del cuidado. Comprensión de la ética del cuidado y práctica enfermera*, Barcelona: Ediciones San Juan de Dios.
- VILÀ I MANCEBO, Antoni, Pilar RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, y Víctor Omar DABBAGH ROLLÁN (coords.) (2019): *Estudio N.º 6. Derechos y deberes de las personas mayores en situación de dependencia y su ejercicio en la vida cotidiana*, Madrid: Fundación Pilaes para la Autonomía Personal.

Fecha de recepción: 1 de septiembre de 2022.

Fecha de aceptación: 24 de octubre de 2022.

