

CAPÍTULO 10



PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS PERSONAS MAYORES



A. APROXIMACIÓN A LA REALIDAD ACTUAL Y A LAS NECESIDADES DE CAMBIO EN EL ÁMBITO JURÍDICO DE LAS PERSONAS MAYORES

Parece superada una primera etapa en la que los ciudadanos y muy especialmente las personas mayores percibían la solución de sus problemas desde una perspectiva de tolerancia y pasividad. Y llegado ya un momento mucho más dinámico y activo en el que la solución de los problemas de las personas mayores, con independencia de otras iniciativas, pasa necesariamente por su participación directa y por la aportación de soluciones que de una u otra forma cuentan y son importantes para el colectivo de las propias personas mayores afectadas.

Así pues, el entramado legislativo civil que hace referencia a instituciones más o menos consolidadas a través del tiempo, y que de una forma generalizada son de común aplicación en el ámbito de los mayores, aunque no son exclusivas de este grupo etario, es el que vamos a analizar aquí, conscientes de que algún tipo de remodelación necesitan y quizás algo más que una simple remodelación. Probablemente haya que hacer cambios importantes para que de verdad sean útiles y eficaces para los ciudadanos a los que tratan de proteger.

Sabedores de que no hay una legislación específica para personas mayores, salvo en rarísimas ocasiones, y de que, además, no parece ni siquiera necesario que la haya, en aras a conseguir una máxima normatización, se hace obligatorio repensar el sentido de las normas protectoras, en el ámbito civil principalmente, pero también en otros ámbitos, y constatar que siguen protegiendo situaciones reales que se dan con frecuencia y que resuelven problemas concretos de las personas mayores en la España de principios del siglo XXI. Hay que ser conscientes de que algunas instituciones jurídicas de protección, que nacieron con el Código Civil a finales del siglo XIX han tenido escasas modificaciones y a veces se están aplicando con la misma literalidad para situaciones reales distintas de aquellas para las que fueron concebidas.

Con todo esto, nos debemos plantear y ése es el objetivo de este capítulo, no tanto el conocimiento de las normas que afectan o tienen mayor repercusión en el ámbito de las personas mayores, sino la adecuación y la oportunidad técnica de esas normas en la actualidad, promoviendo los cambios necesarios para situaciones absolutamente nuevas.

La vida de las personas ha aumentado ostensiblemente, como muy bien se sabe, y ello hasta en personas con patologías muy invalidantes. Esto tiene que ver también con la eficacia de determinados institutos jurídicos, introduciendo matices tan fuertes que exigen modificaciones sustanciales en algunas de sus normas. Y esto por no hablar de situaciones absolutamente nuevas que requieren una atención específica diferenciada y suficiente.

Tratar de aportar soluciones no deja de ser complicado, pero debemos cuestionar la validez de algunas de ellas, al menos tal y como están concebidas. No se formularon para las situaciones en las que de hecho se están aplicando. A ello hay que añadir la aparición de situaciones familiares nuevas que requieren regulaciones diferentes. El aporte de tales soluciones servirá para lograr, como dice el título de este capítulo, una mayor y mejor protección jurídica de las personas mayores en general.

Es de reseñar, también, que en este momento estamos ante una hipersensibilidad, por otro lado buena, entre las personas mayores, que las hace estar muy pendientes de cuáles son sus derechos, del conocimiento exhaustivo de la realidad jurídica que las protege y de la necesidad de que estos derechos no se vean vulnerados, antes al contrario sean fortalecidos. La necesidad de protección se percibe hoy como una necesidad, si cabe, más exigible en los momentos más vulnerables, de gran fragilidad o de pérdida de facultades. Estamos hablando de una protección jurídica de gran trascendencia y que nadie cuestiona, ya que cada vez está más clara la idea de que sin el pleno ejercicio de los derechos, partiendo de la dignidad de la persona mayor, ésta se encuentra profundamente perjudicada y desprotegida.

Además, esta protección debe ser percibida por la persona mayor como tal y debe propiciar seguridad. Hablamos de seguridad a nivel sanitario, a nivel de pensiones, a nivel de servicios, hablamos de seguridad en cuanto a la conservación de su patrimonio, de seguridad en el acceso a las tecnologías y de posibilidad real y efectiva de participación social.

Conviene recordar a toda la sociedad que la persona mayor es jurídicamente persona, con independencia de su edad, y que el respeto a su dignidad personal exige que se le garantice el ejercicio de todos sus derechos, y ello con independencia de que se trate de una persona mayor con capacidad de autogobierno o con dependencia psíquica o funcional que limite y anule dicha capacidad de autogobierno. Es más, en esta última etapa de la vida, en la que incluso puede perderse la consciencia, la necesidad de protección es incluso mayor. Estamos

ante una cuestión de gran importancia cuantitativa y cualitativa, ya que afecta a muy diversos campos jurídicos y muy diferentes tipos o categorías jurídicas.

En este contexto nos vamos a referir a aquellos temas jurídicos que afectan especialmente y de una y otra forma a los mayores. La fragilidad de algunas personas mayores es un excelente caldo de cultivo para la vulnerabilidad de sus derechos. Téngase en cuenta que en muchas ocasiones, la fragilidad está motivada por la falta de autonomía personal y esto crea una indefensión de hecho en las personas que la padecen, indefensión que puede ser aprovechada para la privación o merma del ejercicio activo de sus derechos personales. El tema requiere por tanto el esfuerzo de todos y especialmente de las Administraciones Públicas, que deben estar vigilantes en la defensa y protección de estas personas según dice el artículo 9.2 de la Constitución Española «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

Antes de entrar en un análisis pormenorizado de las normas que más específicamente se refieren a las personas mayores, sería injusto no reconocer una mejora general, en relación con otros tiempos, en todo el tema legislativo y de protección de las personas mayores, que corresponde especialmente a las últimas décadas. Se han publicado leyes muy importantes que afectan al colectivo de personas mayores y al de personas con discapacidad (éstas conciernen también a las personas mayores, ya que muchos mayores padecen discapacidades importantes). Pero no sería bueno dejar de reconocer que faltan cosas por hacer.

La presente introducción termina poniendo de relieve la capital importancia que este tema merece. La dignidad de la persona es una e inalterable, en calidad y cantidad, a lo largo de toda la vida, y de ahí dimanan una serie de derechos y obligaciones que son inherentes a la persona, sea cual sea su edad y su estado de salud, y que se deben ejercer sin merma alguna, salvo sentencia judicial en contra. El ejercicio y la defensa de los derechos para la protección de los mayores, en general, y de los dependientes, en particular, va a marcar el grado de madurez de una sociedad. Las personas mayores son las primeras interesadas en el respeto a esos derechos, deben velar por ellos, deben hacerlos valer y deben ejercer todas las acciones legales posibles para su defensa.

Recientemente Mrs. Robinson, Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, decía que son muchos, todavía, los derechos de las personas mayores que necesitan ser reivindicados, muy especialmente en los países pobres o en aquellos que están en vías de desarrollo. Habría que añadir que también en los países más desarrollados la vulneración de estos derechos es, todavía a principios del siglo XXI, considerable.

B. PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS DERECHOS CIVILES MÁS ESPECÍFICOS

La máxima protección jurídica a todos los ciudadanos la proporciona, como no podría ser de otro modo, **la Constitución**. De la Constitución Española de 1978 se derivan una serie de leyes o preceptos normativos que con mayor especificidad y concreción desarrollan la mencionada protección, defendida por pronunciamientos más o menos programáticos en la propia Carta Magna.

La Constitución tiene algunas referencias relativas a edades, quizás la más importante de ellas es la recogida en el artículo 50. El texto del citado artículo dice lo siguiente: «Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderá sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio». No son muchas las citas de la Constitución en relación con las personas mayores, y sí que hay algunas más en las Leyes de las Comunidades Autónomas. Parece oportuno resaltar que en la Constitución hay derechos de distinto nivel y el contenido del artículo 50 se encuentra entre los que se podrían denominar de menor rango, que no quiere decir que no sean exigibles ni reclamables ante el Tribunal Constitucional. Con esto lo que se quiere resaltar es que para que su cumplimiento sea efectivo necesitan de leyes posteriores que le darán una eficacia práctica. No obstante la precedente afirmación, el desarrollo legislativo a nivel estatal y sobre todo autonómico es ya muy significativo y son muchos los aspectos exigibles, porque se encuentran recogidos por las leyes de desarrollo, antes referenciadas.

Dicho lo anterior hay que señalar que el artículo 50 tiene dos mandatos o preceptos significativos, a saber: la suficiencia de las pensiones y el establecimiento de una red de servicios sociales.

El primer mandato parece estar en vías de cumplimiento, sobre todo en los últimos años. Las pensiones se han universalizado y su revalorización está garantizada. Cuestión diferente es la suficiencia de su cuantía. De cualquier manera, los compromisos políticos ayudan a pensar que sobre este tema pueden existir cambios importantes, respetando siempre los derechos adquiridos. Existe el propósito de publicar una ley que reorganice y modernice el Sistema de la Seguridad Social¹.

Con relación al segundo precepto constitucional, se hace referencia a la garantía de un sistema universal de servicios sociales que tienda a conseguir las mayores cotas de bienestar en la población de personas mayores. El desarrollo de este precepto no ha sido simultáneo en todas las Comunidades Autónomas ni tiene el mismo grado de expansión. Aquí es preciso indicar que el camino que queda por recorrer es aún muy amplio. Indudablemente, el avance ha sido muy significativo, pero existen todavía infinidad de demandas sociales sin atender y aunque la mayor parte de los servicios están configurados e implantados, su grado de desarrollo no es total.

Conviene, por último, en relación con el tema constitucional no olvidar que existe una referencia clara al papel de la familia en la atención a las personas mayores. Cuestión ésta de suma importancia, y que comporta unos planteamientos jurídicos bien diferentes de aquellos que procedería tener si dicha referencia no existiese. Y todo ello desde el conocimiento de que el artículo primero de la Constitución nos dice que el Estado español es un Estado Social y Democrático de Derecho.

1. LA INCAPACITACIÓN Y LA TUTELA

Son instituciones que afectan muy especialmente al conjunto de personas mayores y dependientes, con mucha mayor dominancia que a otras franjas etarias. Es conveniente por tanto hacer referencia a ellas en primer lugar.

El constructo jurídico de la incapacidad y de la tutela es extremadamente obsoleto y cuesta adaptarlo a la situación real de las personas mayores con diagnóstico de demencia. Cuando se formularon las normas concretas a las que estas instituciones hacen referencia en el Código Civil se estaba pensando en personas con enfermedades mentales, muchas de ellas personas jóvenes (en aquel entonces las personas vivían muchos menos años y muy pocos se demenciaban por

¹ Ley que se ha publicado en el BOE el día 2 de agosto de 2011. Ley 27/2011 de 1 de agosto sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. Entendemos que un análisis de la misma no corresponde a este capítulo.

patologías que tuvieran relación con la edad avanzada) y a pesar de las reformas posteriores, importantes muchas de ellas, el Código Civil no ha cambiado su filosofía. De ahí la importancia de la precisión que se acaba de hacer.

Con una filosofía predeterminada y un contexto que nada tiene que ver con la aplicación actual de la norma, se están tratando de resolver problemas nuevos, inexistentes en el momento de su publicación, y que por lo tanto no estaba en la mente del legislador solucionarlos. Y aunque se han hecho revisiones (no hay que olvidar la reforma postconstitucional de 1983) no contamos con una norma que se adapte a los tiempos actuales y que se haya hecho de principio a fin para la realidad social para la que se está aplicando, ni tiene en cuenta diversos factores colaterales que modifican sustancialmente el sentido finalista de la ley. La estricta observancia de las leyes que favorecen a las personas dependientes es la mejor garantía de su reconocimiento como personas con dignidad y con valor. El deterioro, por muy agudo que éste sea, no denigra a la persona, jurídicamente hablando, ni tampoco desde el punto de vista moral, ni la hace menos persona, sino todo lo contrario. El que los ciudadanos cumplan las leyes que protegen a estas personas es de capital importancia para una sociedad democrática y respetuosa con la ley. Pero ello exige tener normas adaptadas a la realidad social. Como muy bien dice Carlos Ganzenmüller, en la actualidad de las personas mayores se tiene mucho más temor a una enfermedad psíquica invalidante que a los problemas que conlleva una enfermedad de tipo físico. Porque perder la capacidad de decidir es perder la capacidad de vivir. Hay patologías, como la enfermedad de Alzheimer, que se han expandido considerablemente y que provocan este miedo a la falta de control de nuestra propia vida. Esto es algo nuevo para el ordenamiento jurídico. Y cuando se dice nuevo, se quiere decir que no existía con la misma intensidad en dos o tres décadas atrás.

Por si todo esto fuera poco se aprueba el 13 de diciembre de 2006 la Convención de Naciones Unidas para las personas con discapacidad, que libremente ratifica España (el 21 de abril de 2008, con entrada en vigor desde el 3 de mayo de ese mismo año) y que es de obligado cumplimiento en nuestro país, para lo cual se necesita hacer cambios importantes en el derecho positivo. Y cambios aún mayores de los que podríamos pensar.

La Convención da un vuelco total a la forma de entender la discapacidad. Hasta ahora todas las normas se basaban en un modelo médico o rehabilitador. La persona con discapacidad tenía un problema y había, en el mejor de los escenarios, que tratar de solucionarlo. La Conven-

ción da un giro de ciento ochenta grados y asume una mirada social, fundamentada en derechos y capacidades. Así, la discapacidad se nos dice que es un complejo conjunto de condiciones, muchas de las cuales están originadas o agravadas por el entorno social (preámbulo de la ley 26/2011 de 1 de agosto). Pretende la Convención afianzar el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por ningún tipo de motivo o causa. La humanidad es diversa y algún tipo de discapacidad existe en todas las personas, luego el punto de partida es **la igualdad dentro de la diversidad** (todos somos iguales y tenemos las mismas capacidades y derechos) y **la instauración de determinadas medidas de apoyo** que favorezcan la posibilidad de que todos podamos hacer el mayor número de actividades desde el universal principio de autonomía personal. Esta nueva visión de la discapacidad en general, y de las personas con discapacidad en particular va a dar lugar a fuertes cambios en el conocimiento científico, en la planificación de políticas y por supuesto en la legislación vigente.

Retomando el tema y ciñéndonos a lo vigente en la actualidad, la incapacidad no es más que la limitación o anulación de la capacidad de obrar de una persona. Esta limitación o anulación debe venir establecida por un juez competente. Ello se hace por la existencia de una enfermedad o deficiencia física o psíquica persistente que impida a la persona gobernar su vida por sí misma (Artículo 200 del Código Civil). En el mismo cuerpo legislativo se dice que nadie puede ser declarado incapaz si no es por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley (Artículo 199 del mismo texto legal). A la persona incapacitada se le nombra un tutor o curador que es el encargado de representarla legalmente o simplemente asistirle, según sea tutor o curador. El mismo Código Civil establece una serie de medidas a tener en cuenta para evitar cualquier perjuicio para la persona incapacitada (Artículos 259 al 275).

Conviene también reseñar que a la incapacidad y a todo su proceso se le empieza a conocer también, en lugar de procedimiento de incapacidad, como **procedimiento de modificación de la capacidad**, lo cual supone ya un efecto favorecedor del cambio que nos viene con la adopción de los criterios comprometidos en la Convención de Naciones Unidas.

La lentitud del proceso y la complejidad del mismo, entre cuya trama es muy significativo el hecho de que se hable de un juicio contradictorio formulado a instancia de parte (muchas veces formalizado por la propia familia, hija/o, nieto/a etc.) hacen del mismo algo, aparen-

temente, poco familiar, cercano y tuitivo para la persona y sobre todo para la familia que se ve en la obligación de iniciarlo y participar así en un acto responsable pero doloroso para la persona y la familia. Debería replantearse el juicio de menor cuantía y reconvertirlo en un juicio de jurisdicción voluntaria, que estuviera más acorde con la necesidad que se pretende paliar.

No obstante lo anterior, y volviendo de nuevo al sentido que la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (A/61/611) da a la personalidad en general, y al reconocimiento que hace de partida, al considerar que todo ser humano tiene plena capacidad jurídica, incluida la capacidad de obrar, parece claro que hay que ir estructurando una nueva concepción de la incapacitación en la que todos partimos de la misma capacidad, que siempre se presume (esto no es nuevo) y que siempre se mantiene (esto sí es nuevo) con independencia de que para el ejercicio de la misma se requieran determinados apoyos. **Establece la convención que la capacidad (incluida la que en nuestro Código Civil se denomina capacidad de obrar) se mantiene siempre, aunque se necesiten apoyos para su ejercicio.** La Convención entiende la capacidad jurídica como un todo inseparable. El apoyo a esas personas puede venir determinado por una persona o por un conjunto de medidas que necesitan usarse ocasional o indefinidamente. Aun en el caso en el que la persona necesite apoyo total, la persona que se lo preste debe respetar el ejercicio de la capacidad residual en la medida de lo posible y en la dirección de sus deseos. Se suprime así el efecto sustitutorio de la tutela, ya no hay nadie que sustituya la voluntad de la persona sino alguien que apoya al que decide y lo apoya en la medida en que sea necesario.

La Convención unifica la capacidad jurídica y la capacidad de obrar como algo inseparable y reconoce a la persona con discapacidad como persona plena jurídicamente hablando y con posibilidad de ejercer todos los derechos. Para ello, a veces, requerirá el apoyo y la tutela del Estado y la adaptación de las leyes a este precepto. Es importante conocer que ésta ha sido una de las cuestiones más debatidas en la formulación de la Convención. Y lo sigue siendo.

La toma de decisiones va a estar siempre del lado de la persona, le pertenece en exclusiva, con independencia de los apoyos, que no se cuestionan y que pueden ser de diferente índole. Dice textualmente el artículo 12 de la Convención que los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida.

Supone esta nueva concepción una idea esencialmente diferente de la capacidad de obrar de las personas, como algo consustancial al ser humano y cualitativamente inalterable durante toda la vida. Lo que podría establecer un juez no es la privación de la capacidad y su sustitución por una institución tutelar, como sucede ahora, sino la necesidad de apoyos, para que el propio sujeto de una u otra forma pueda seguir en el ejercicio de dicha capacidad, que le es inalienable. Pasaríamos así de **un sistema sustitutorio** a un **sistema de apoyos**.

Además los Estados que han ratificado la Convención deben desarrollar normas que avalen su contenido y por ahí iría el futuro de esta institución. Bien es verdad que esto no se consigue de forma rápida, pero es la nueva mirada de la incapacitación que en modo alguno debe olvidarse. Por estos cauces deben discurrir los desvelos de los próximos años a fin de conseguir una legislación que sepa encajar bien todas estas piezas en aparente disconformidad con la propia realidad de los hechos.

Recientemente, en relación con la incapacitación se ha legitimado al presunto incapaz a promover su incapacitación, ante la sospecha de la cercanía de la misma, y cuando aún puede legalmente hacerlo, modificando así el artículo 757.1 de la ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Consecuentemente, las instituciones tutelares deberán bajar de rango jurídico y asentarse en su función de complemento, de apoyo, y de ayuda, en definitiva. Todo esto será de gran utilidad para las personas mayores, que con toda seguridad van a necesitar apoyos en etapas normalmente cortas de su vida y que van a ver implementado el reconocimiento de su autonomía personal. Al propio tiempo la tutela efectiva de los jueces deberá ser más constante y permanente allá donde se necesite. Las medidas de apoyo deben ser más precisas, evitar conflictos, ser mucho más proporcionadas, garantizar la igualdad con el resto de los ciudadanos y durar el tiempo mínimo necesario.

Mientras no se produzcan los cambios necesarios, llegar a determinar quién es la persona idónea para ejercer mejor la tutela y proceder a su nombramiento es tarea ardua para los juzgados, pero debe haber un esfuerzo para conseguirlo y por supuesto no puede ser buena práctica con carácter general recurrir a la prelación que se hace desde el Código Civil. A veces un familiar no es el tutor adecuado. De ahí que cada vez sea más frecuente recurrir a las fundaciones tutelares de personas mayores, que suelen existir en las diferentes demarcaciones territoriales de las Comunidades Autónomas y que pueden tener carácter público o privado.

En estos días, acaba de publicarse la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Siguiendo las instrucciones del Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de marzo de 2010, que encomienda a diversos departamentos ministeriales el impulso de las reformas comprometidas en tal acuerdo, la ley modifica, entre otras, las siguientes leyes: Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal, Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida, Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos y Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

2. LA AUTOTUTELA

La autotutela se incorporó recientemente al Código Civil, con la Ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de modificación del Código Civil. Reforma concretamente los artículos 223 y 224 del Código Civil, y no es más que el anticipo a la decisión que pudiera tomar el juez, en el caso de que alguien se vea inmerso en un proceso de incapacitación y tutela. Por esta disposición la persona, en plena capacidad, nombra tutor, establece órganos de control o fiscalización de la tutela, y el modo de ejercerla, así como otras disposiciones sobre su persona y bienes. El segundo párrafo del 223 del C. C. dice textualmente: «Asimismo cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor».

También puede contener disposiciones negativas, fijando qué personas no queremos que sean nuestro tutor. Es conveniente designar varios tutores, estableciendo una prelación, por si llegado el momento alguno de ellos ya no estuviera en condiciones de ejercer esas funciones.

La autotutela supuso un buen paso adelante en todo el proceso de incapacitación y *un predominio de la autonomía personal, al poder determinar quién queremos que nos sirva de apoyo*, como tutor, no dejando esta cuestión tan importante en manos de jueces, a veces, con

pocos medios para determinar la persona más idónea en relación con la salvaguarda de los derechos del incapacitado.

Sobre esta institución conviene insistir en su fortalecimiento a través del uso máximo de la misma, ya que como hemos dicho supone establecer la hegemonía de la voluntad en detrimento de la potestad facultativa sustitutoria del juez. Cualquiera que sea el rumbo de la legislación futura, tendrá una gran importancia, lo mismo si se trata de nombrar un tutor o una persona de apoyo total o parcial para determinadas actuaciones. Dejar prefijadas nuestras preferencias y nuestra prelación en un tema de tanta importancia es fundamental. La labor todavía pendiente a día de hoy no es otra que la de divulgar el conocimiento de esta institución entre el colectivo de personas mayores, más allá de los grupos pequeños que ya la conocen y hayan hecho uso de la misma.

El artículo 1732 del Código Civil, reformado recientemente, establece que la incapacitación judicial del mandante, sobrevenida al otorgamiento del mandato, no sea causa de extinción de éste, por lo que puede continuar con validez legal lo establecido en un documento de autotutela, siempre que éste haya ordenado que esta circunstancia no acabe con su mandato, todo ello con independencia de lo que el juez pueda establecer, a la vista de las circunstancias que concurran en el momento de constitución de la tutela.

Con independencia de los cambios que la Convención pueda depararnos, es conveniente insistir en que debe publicitarse más el conocimiento de estas instituciones (incapacitación, tutela, curatela y autotutela), dado que si no se usan más, a pesar de lo eficaces que puedan ser, es por mero desconocimiento de lo que realmente son y de lo que pueden hacer en favor de la prevalencia de nuestros propios derechos. El Guardador de Hecho, junto con el tutor, el curador y el defensor judicial cierran el cuarteto de las instituciones tutelares en el ordenamiento jurídico español actual. Es la institución a la que se acogen la mayor parte de las personas que ven disminuidas sus facultades mentales. Y ello porque es a la que se ven abocados si no hacen nada. Así que a ella podríamos decir que se llega por defecto. Es una situación fáctica, pero no es la única ni la principal situación fáctica reconocida como tal por el ordenamiento jurídico vigente y con suficiente garantía de eficacia. Así, la guarda de hecho es una institución tutelar mínimamente regulada en el Código Civil por la que se protege a la persona y los bienes del presunto incapaz sin mediar mandato alguno por parte del presunto incapaz ni por parte del juez, ya que la persona no ha sido incapacitada.

Es una realidad de hecho que funciona al margen del juzgado pero a la que llegan la mayor parte de las personas mayores que tienen algún tipo de demencia, sobre todo en los primeros estadios de la enfermedad.

La Ley de reforma de la tutela de 1983 dejó los actuales artículos 303, 304 y 306 del Código Civil con el contenido que hoy tienen. Una regulación poco afortunada y de escaso contenido, pese a que se considera una institución muy útil. La regulación, al propio tiempo, puede resultar equívoca, por lo que la recomendación oportuna, para el futuro inmediato en este apartado, no puede ser otra que una perfecta regulación de la guarda de hecho, regulación que debe formalizarse teniendo en cuenta las directrices de la Convención. Esto podría dar solución a innumerables cuestiones, sobre todo de tipo patrimonial en relación con las personas que empiezan a no tener control real de su propia situación y patrimonio y que carecen de capacidad de autogobierno.

La constatación de la existencia misma de esta institución es realmente dificultosa, lo cual no deja de producir una inseguridad jurídica apreciable, y los efectos jurídicos de los actos que se realizan por y para el mayor beneficio del presunto incapaz pueden ser asimismo cuestionados con relativa facilidad. Por último la falta de contacto del protector, cuidador o guardador con el juez o fiscal para ser asesorado en aquellas cuestiones más dificultosas aumenta considerablemente las posibilidades de error, ya que la buena fe no es siempre suficiente.

Así pues, debería haber un mayor conocimiento de esta institución jurídica por parte de las personas mayores, un mejor aprendizaje de lo que realmente significa y un reforzamiento por parte de este colectivo de la necesidad de una mejor regulación que ayudaría mucho a todos, legisladores, jueces, fiscales y por supuesto personas mayores, ya que partimos de la eficacia de la misma, porque contribuye a la normalización y aporta agilidad y reconocimiento a las capacidades residuales efectivas de las personas mayores, evitando el paso drástico del ser o no ser que lleva implícita la incapacitación.

3. LOS DERECHOS EN EL CASO DE INTERNAMIENTO EN UN CENTRO RESIDENCIAL

El Internamiento en Centros Residenciales, o en hábitats residenciales en los que existe un cierto control o restricción de entradas y salidas, está regulado por el artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que dice que el internamiento por razón de trastorno psíquico de una persona que no esté en condiciones de de-

cidirlo por sí misma, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada por el tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento. La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. Una regulación similar tenía el derogado artículo 211 del Código Civil.

El cumplimiento exhaustivo de esta norma y el incremento de inspecciones en las residencias, tanto públicas como privadas, sería un *desideratum* prioritario para los próximos años, que no debería perderse de vista. No podemos olvidar que se trata, como siempre que de legislación se habla y como siempre que está en juego el cumplimiento de los derechos fundamentales de la persona, de una cuestión de la máxima responsabilidad. Al fin y al cabo está en juego el cumplimiento del artículo 17 de la Carta Magna, «Nadie puede ser privado de la libertad sino en los casos y en la forma previstos en la ley».

Es discutido y discutible tanto la aplicación del 763 de la ley anteriormente mencionada como la interpretación del artículo 17 de la Constitución. Pero hay que convenir en que la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia se atiene a una interpretación estricta de la norma en aras a defender determinados abusos que conllevan la quiebra de algún derecho fundamental.

El artículo mencionado no sólo afecta a los reclusos en instituciones penitenciarias sino también a enfermos psiquiátricos y por analogía y extensión a personas mayores con deterioro cognitivo, aunque no sean equiparables. Al menos eso es lo que piensan la mayor parte de los jueces. Lo que siempre había sucedido de forma generalizada, que los padres fueran ingresados en una institución cerrada sin más requisitos que la decisión de sus hijos o personas de su familia encargadas de sus cuidados, por presumir la buena intención de los hijos o familiares, ha sido puesto en tela de juicio, especialmente por el Ministerio Fiscal, ante la tozudez de la propia realidad, preocupado por la protección de las personas mayores con demencias de cualquier tipo, y en estricta interpretación de la norma anteriormente referenciada.

La aplicación del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no se viene aplicando sin opiniones en contra, argumentando que no son situaciones asimilables. Si esto es así, tenemos otro gran reto a la vista: regular de manera adecuada y de forma singular este tipo de ingresos y no aplicar la norma general. En todo esto lo que sí parece meridiano es que existe limitación de las posibilidades de movimiento y en definitiva limitaciones claras de la libertad individual, basadas en peligros a veces reales, a veces supuestos, o al menos peligros repli-

cados por medidas exageradas que vulneran derechos explicitados en la Constitución Española.

En relación con este tema, un auto de la Audiencia Provincial de Toledo, recogido en un capítulo del libro «Diez temas jurídicos de Portal Mayores», de J. de Martí, dice textualmente lo siguiente: «Así, si se exige autorización judicial para ingresar a un paciente que tiene un trastorno psíquico, con mayor motivo se exigirá para internarlo si no lo tiene. Así siendo exigible para un internamiento con finalidad curativa, temporal o provisional y necesario en un centro de carácter psiquiátrico, con mucho mayor motivo resulta exigible si ese internamiento no es necesario sino sólo conveniente para quienes cuidan de la persona, y si se hace sin finalidades curativas sino asistenciales y con carácter indefinido, y en lugar de un centro psiquiátrico, en una residencia. Este fragmento de un Auto de la Audiencia antes referenciada efectúa una toma de posición clara». Existe la situación dilemática, y puede ser cada vez más controvertida, de que hay residencias abiertas y cerradas, y eso puede llegar a ser cierto, sobre todo si la renovación del concepto residencia sigue prosperando y la idea de un nuevo tipo de residencia más normalizada llega a generalizarse, pero, hoy por hoy, parece clara la idea que Manuel Aznar manifestó en su día con gran acierto, en su documento «Internamientos civiles», diciendo que no hay residencia de régimen abierto o cerrado, sino personas que viven en una residencia en régimen abierto o cerrado. A esto añadiría que la razón para que esas personas vivan en uno o en otro régimen, puede ser tan aleatoria como la voluntad de sus familiares, de su cuidador profesional, la climatología, la ubicación del centro y un largo etcétera de razones donde caben las bien y las mal intencionadas. Todo ello nos afianza más en la necesidad de un extremo rigor en la supervisión de estos ingresos, en la necesidad de aceptar que cuando un ingreso residencial se produce, se merma de una y otra forma la libertad de las personas, y esto más allá de la normal limitación que pueda llevar pareja la afectación patológica de una determinada enfermedad. Añadamos a ello que los ingresos suelen ser, casi siempre, ingresos de por vida.

La solución del dilema entraña cuando menos serias dificultades; parece claro que un ingreso debe ser siempre con el consentimiento de la persona mayor, pero si tenemos en cuenta el espíritu de la Convención de Naciones Unidas, mucho más. El consentimiento debe ser expresado con la suficiente claridad, debiéndose tener en cuenta incluso las manifestaciones realizadas al respecto en momentos anteriores de mayor capacidad.

Por otro lado, el problema de **las sujeciones** no puede ser un recurso continuado ni permanente, pero a veces es el único recurso posible

a una situación extrema y esto nos aboca a una situación sin salida. De ahí que repensar estas situaciones y ofrecer soluciones alternativas debería ser un reto de futuro próximo, exigible a los políticos-legisladores. No nos equivocamos si decimos que están en juego derechos de gran importancia cuya vulneración puede afectar al equilibrio personal, afectivo y convivencial de la persona mayor y que no se puede dejar a la interpretación de un juez, por mucha garantía que ello pueda ofrecernos. Debería propiciarse una remodelación clara e inequívoca al respecto.

El tema de las Sujeciones, ya sean éstas físicas o químicas-farmacológicas, y ya se produzcan en ámbito residencial o en el propio domicilio, no es para dejarlo en el olvido, hay que dedicarle tiempo y racionalidad. La seguridad de no correr ningún riesgo con las personas mayores que padecen determinadas patologías lleva a extremos que cercenan seriamente la libertad de las personas mayores, y por qué no decirlo, llegan incluso a atacarlas en la propia esencia de su dignidad personal. La seguridad está al servicio de la persona, y no al revés. La seguridad no puede hacer de la vida de la persona mayor algo indigno. Correr determinados riesgos es consustancial con la propia idea de vida y esto no puede ser ajeno a las personas mayores.

La normativa es clara, pero el cumplimiento de esa normativa falla en muchas ocasiones y es una de las cuestiones de mayor importancia legal y que exigirá un mayor número de horas de reflexión en orden a conseguir que la ley se cumpla y que haya sanciones significativas para quien intencionadamente no la acate.

Se abre aquí una línea de trabajo importante para el futuro, máxime si tenemos en cuenta que España es uno de los países en donde más abundan este tipo de medidas dentro de la Unión Europea. Este tipo de actuaciones choca más frontalmente con el artículo 17 de nuestra Constitución que el propio ingreso involuntario en un centro, y mientras se siga abusando de las sujeciones, no se podrá bajar la guardia en la defensa de los derechos humanos de las personas mayores y tendrá que ser un tema de constante preocupación tanto para las Administraciones Públicas como para la gestión privada.

4. DERECHOS EN EL ÁMBITO SOCIOSANITARIO

a) Confidencialidad

Existe un grupo de derechos relacionados con lo que se conoce como ámbito sociosanitario y que tienen capital importancia para la autoestima y el normal funcionamiento de la vida de las personas mayores.

La salud preocupa y ocupa una gran parte del tiempo de las personas mayores y sentirse libre en el ejercicio de sus derechos en este ámbito es absolutamente necesario. Todo lo relacionado con la salud y con lo sociosanitario es de especial valor para las personas mayores. La propia Constitución, en su artículo 43, reconoce el derecho a la protección de la salud y determina que es a los poderes públicos a quien compete tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. Para esta organización se promulga la Ley 14/1986 General de Sanidad.

De una u otra manera hay, a priori, dos grupos de derechos relacionados con el ámbito sanitario y sociosanitario de las personas mayores. Uno que tiene que ver con todo lo que se conoce en derecho y en bioética como «derechos relacionados con la Confidencialidad» y otro con «la información y el Consentimiento Informado en el ámbito sociosanitario». Estos derechos pueden ser considerados derechos «raíz», pues constituyen la razón de ser de otros muchos derechos que son como el soporte del que cuelgan otras garantías más concretas con regulación más específica.

Empezando con la **confidencialidad**, hay que decir que es un derecho que concierne a la persona, cualquiera que sea su estado de salud física o mental, y su importancia no deja lugar a dudas. De la confidencialidad cuelgan **el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen**. Parece oportuno empezar por lo que dice la Constitución Española de 1978 y que textualmente habla en su artículo 18 de que «Se garantizará el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen».

Son varios los puntos de la Carta Magna en los que se hace referencia a este tema de manera indirecta. Así, el artículo 20.4 hace referencia a que los derechos reseñados en el propio artículo (libertad de expresión entre otros) tienen su límite en el respeto a la intimidad personal. El artículo 105 del mismo texto constitucional también determina que el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos tendrá siempre en cuenta el derecho a la intimidad de las personas. Posteriormente, la Ley Orgánica 1/82 de 5 de mayo de Protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, dice en su artículo 7.4, que se considerará intromisión ilegítima la revelación de datos privados de una persona conocidos a través de la actividad profesional.

La Declaración Universal de Derechos Humanos dice en su artículo 12 que nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su propia vida privada, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques a su

honra o reputación. Toda persona tiene derecho a defenderse de tales ataques o injerencias.

En similares términos se manifiesta el Convenio de Oviedo y más directamente relacionado con ello está la Ley 1/1982 de 5 de mayo, sobre derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen, ya mencionada.

Se puede definir la confidencialidad como actitud u obligación moral y legal de silencio o secreto que exige el dato íntimo o privado.

También puede definirse como la obligación del profesional de mantener en secreto cualquier información proporcionada por el paciente o cliente, no pudiendo ser revelado a un tercero sin permiso específico. Existe y ha existido cierta dificultad para definir con claridad las diferencias que conllevan los términos, confidencialidad, intimidad o privacidad. Sin ánimo de entrar con mayor profundidad en este tema, parece generalizado el uso de la confidencialidad con carácter más amplio, mientras que la privacidad y la intimidad están más concatenados y son más concretos, refiriéndose el primero a lo que no debe ser conocido de una persona sin permiso específico de la misma, y la intimidad a aquellos datos muy reservados que sólo están al alcance de un grupo muy reducido de personas del propio entorno, de tal manera que todo lo íntimo es privado pero no al revés, y por otro lado todo lo íntimo y privado es confidencial.

Este conjunto de derechos relacionados con la confidencialidad están desarrollados en dos leyes fundamentales con bastante precisión (la Ley 1/1982 de 5 de mayo de derecho al honor a la intimidad personal y familia y a la propia imagen y la Ley 15/1999 sobre protección de datos de carácter personal y familiar). Lo que hay que pedir en el ámbito profesional de trabajo con las personas mayores y personas dependientes es su estricta observancia, porque como pasa con otros temas anteriormente referenciados, la aplicación y el cumplimiento de la ley deja mucho que desear y el desconocimiento de este tipo de derechos ampara en ocasiones a profesionales y familiares que no cumplen con él. Con independencia de lo referenciado, todo ello relativo al derecho positivo, existen normas de tipo ético y deontológico que deben ser tenidas en cuenta y que tienen gran importancia en la aplicación práctica de este derecho, sobre el que, además de un reconocimiento teórico, se va haciendo necesaria, cada vez más, una certera precisión de contenidos.

El reconocimiento de estos derechos coincide, cronológicamente hablando, con el nacimiento de todos los derechos personales. No se debe olvidar que tienen su origen en el auge de la burguesía y que se

reclaman como una aspiración social que en principio sólo correspondía a muy pocos.

Con carácter general, la Ley Orgánica anteriormente citada (L.O. 1/82 de 5 de mayo) enumera una serie concatenada de supuestos de intromisión expresamente prohibida en la propia ley. De ellos se tratará más adelante.

Desde el punto de vista ético y legal la base o el soporte en el que se asientan estos derechos no es otro que el reconocimiento de la propia dignidad humana, así en la Declaración Universal de Derechos Humanos formulada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, se establece en su primer artículo que «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y, dotados como están de razón y conciencia, han de comportarse frateralmente los unos con los otros». La proclamación de la dignidad de la persona, y del mismo grado de dignidad en todas las personas, nos vale como presupuesto clave para entender que no hay razón posible de discriminación en este sentido. Por el mero hecho de ser persona todos tenemos la cualidad jurídica de la personalidad, y de ésta se deriva expresamente la dignidad personal. A su vez, y de ahí se derivan una serie de derechos de los que la persona es único titular, y entre ellos ocupan lugar preferente los derechos a los que nos estamos refiriendo. Asimismo, como consecuencia del artículo 8 de esta Declaración, se reconoce y auspicia el derecho efectivo a poder recurrir ante los tribunales nacionales cualquier atentado contra actos que violen los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Por último, y siguiendo con esta declaración programática, el artículo 12 señala que nadie será objeto de injerencias arbitrarias en la propia vida privada, en su familia, en su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o reputación. Así, toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques. Se defiende aquí el derecho subjetivo a la intimidad y al honor y obliga a los Estados a defenderlo de los posibles, usando sus propias palabras, ataques o injerencias.

En muy similares términos se defienden estos derechos desde el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y la Convención Europea para la Salvaguarda de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (1950).

Se debería por tanto en una sociedad más avanzada y con una cierta experiencia en atención a personas mayores tener presente el cumplimiento real y efectivo de lo que estos derechos tratan de preservar y proteger.

Como conclusión general, cada Estado debe velar por la protección de la esfera más personal y privada de cada ser humano en su doble faceta, interna y externa (intimidad personal y honor). Eso es lo que vienen a proteger esos derechos. No obstante estamos ante derechos subjetivos que acompañan a todo ser humano pero que no son absolutos, ni mucho menos. Tienen limitaciones. Unidas a su reconocimiento suelen ir las restricciones necesarias que se derivan de hechos tales como el bien general, la seguridad estatal, la salud pública y, por supuesto, como no podía ser de otra manera, los derechos de información y comunicación.

Dentro de lo que se conoce como confidencialidad, y tal y como hemos dicho anteriormente está el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen por un lado, y por el otro el derecho a la protección de datos de carácter personal y familiar. Estos derechos son distintos entre sí y vamos a definirlos siguiendo el sentido general que el profesor Díez Picazo les otorga. Así, el honor, la intimidad personal y la propia imagen tienen connotaciones diferenciadas que conviene tener en cuenta. **El honor** hace referencia a aquello que tiene que ver con la estimación de la persona en y por la sociedad, y contribuye a configurar el «status» social que cada uno tiene. **La intimidad** es aquella esfera secreta y reservada de la persona que nos es extremadamente propia y que debe ser protegida contra las intromisiones ajenas. **La propia imagen** tiene que ver con la posibilidad de poder decidir acerca de la reproducción de nuestra imagen personal en determinados medios, así como su divulgación y exposición. Deben quedar, pues, bien claras las diferencias existentes a nivel teórico.

En relación con el derecho que nos ocupa, la Ley Orgánica, ya mencionada, de 5 de mayo de 1982, en su artículo 1º. 3, dice textualmente: «El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen es irrenunciable, inalienable e imprescindible», por lo que la renuncia expresa a estos derechos será nula.

Retomando la casuística a la que anteriormente nos referíamos, se puede afirmar que la ley prohíbe la colocación de aparatos de escucha u otros dispositivos de filmación, grabación o reproducción de la vida más íntima de la persona en general. La ley también considera ilegítimos los medios que se puedan emplear para el conocimiento de la vida íntima de las personas o para la apertura de cartas o documentos privados, así como su reproducción. La ilegítima intromisión, la divulgación de hechos de la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación o buen nombre, está totalmente vetada por esta

ley cuando se han conocido por, o como consecuencia de, la actividad laboral.

A mero título de ejemplo, estos hechos no suelen ser ajenos al desarrollo de la vida normal de las personas con deterioro cognitivo, tanto si están atendidas en casa como si están hospitalizadas o se encuentran en una institución residencial. La utilización de la voz o la imagen, así como fotografías, sin permiso, está asimismo recogida como una forma ilegítima de intromisión. Sin ánimo de mayor abundamiento ni reiteración, es preciso insistir en la necesaria autorización, por quien pueda darla suficientemente, para la utilización de la imagen en cualquiera de sus posibles formas.

Dentro de lo que se viene llamando confidencialidad está también la Protección de datos de carácter personal y familiar que veremos a continuación.

b) Protección de datos de carácter personal

Se consideran datos de carácter personal aquellos que facilitan una determinada información relativa a una persona identificable. Si esta información hace referencia a la salud o enfermedad serán datos sanitarios.

Son muchas las recomendaciones a nivel internacional que contienen preceptos relativos a la salvaguarda de este tipo de datos. Entre otras disposiciones, la directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995, en la que se habla expresamente de estos datos, y la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre sobre protección de datos de carácter personal pueden servirnos de referencia en este tema. La propia ley, en su artículo primero, dice expresamente que tiene por objeto la garantía y protección de todo lo relativo al tratamiento de datos personales. Con esta ley está claro que lo que se quiere proteger es la intimidad de las personas, consciente el legislador de que son derechos jóvenes que tienen todavía un amplio recorrido y que quizás no haya una conciencia social muy afianzada todavía de defensa de los mismos.

Los datos de carácter personal no podrán usarse nunca para fines incompatibles con aquellos para los que hubieran sido pedidos. Cuando dejen de ser necesarios para aquello para lo que se pidieron, deberán cancelarse (Artículo 4º de la Ley 15/1999).

Muy directamente relacionado con lo anterior está de alguna manera lo que conocemos como secreto profesional, que se encuentra regulado en la Ley Orgánica 1/1985 sobre el derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen. Su regulación es indirecta pero

clara, cuando habla de que no se puede revelar todo aquello que se haya conocido por razón o como consecuencia de nuestra profesión. También está recogido en la Ley 14/1986 de 25 de abril, General de Sanidad. Asimismo el Código Penal establece un tratamiento especial, agravado, para el profesional que quebrante este tipo de secreto.

Todo esto vale para remarcar de manera suficiente la gran importancia que el respeto a la intimidad personal, al honor y a la propia imagen, la protección de datos y el secreto profesional, tiene para todos y especialmente para las personas mayores, que pueden ser mucho más vulnerables. Y vale también para que en el ámbito de atención a las personas mayores, bien sea éste sanitario, sociosanitario o asistencial, se tenga mucho más en cuenta su estricto cumplimiento, ya que son muchas las declaraciones de todo tipo y desde diferentes ámbitos que nos dejan ver el incumplimiento más o menos grave de este tipo de derechos.

c) La información, el consentimiento informado y las instrucciones previas

El otro gran grupo de derechos que tienen cierta incidencia en el ámbito sociosanitario y que afectan directamente a las personas mayores es el que hemos denominado como «Información y Consentimiento Informado». A esto habría que añadir también las Instrucciones Previas o Testamento Vital, que no es sino una delación del consentimiento informado.

Este grupo de derechos aparece en la actualidad de manera más ostensible en el panorama general, como consecuencia del auge del principio ético y legal de la autonomía personal. La incorporación de este principio al mundo de la bioética, y la asunción del mismo como algo hegemónico, ha cambiado la mentalidad de muchas de las relaciones que estaban perfectamente establecidas de otro modo desde muchos siglos atrás. Así, en el ámbito sociosanitario el paciente o cliente, a la hora de tomar decisiones, es lo realmente importante y significativo, cesando en esa función el profesional sanitario que es quien durante siglos lo venía haciendo.

Este cambio de mentalidad se plasma de manera contundente en la Ley 41/2002 de 14 de noviembre de Autonomía del Paciente. El propio título de la ley habla de la importancia de la hegemonía de la propia voluntad. Esta ley, entre otras afirmaciones, dice que toda actuación en el ámbito sanitario requiere el previo consentimiento del paciente. Y también dice que el paciente o el usuario tienen derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las

opciones clínicas disponibles. Existe también la opción de negarse al tratamiento. Todas estas afirmaciones hechas en el ámbito sanitario son perfectamente aplicables en lo sociosanitario y en lo social.

Todo ello no hace sino destacar la suprema importancia de la autonomía personal. Esta y no otra cuestión es la base de los derechos que contiene este apartado, al que hemos denominado Información y consentimiento informado.

La información es básica y previa al consentimiento informado. La ley anteriormente referenciada dice claramente que el consentimiento debe obtenerse después de que el paciente haya recibido la información adecuada y más adelante (artículo 8) reitera que toda actuación en el ámbito de la salud necesita consentimiento informado libre y voluntariamente expresado por el afectado, una vez recibida toda la información y valoradas las opciones propias del caso.

La información debe hacerse al paciente o persona en quien haya delegado o si se trata de una persona incapacitada, a su tutor o curador o guardador de hecho en su caso, y debe hacerse de forma adecuada, en lugar adecuado y de la mejor manera posible. La información tiene que ser suficiente, cada uno admite una cantidad de información sobre determinados temas y en determinado tiempo y todo ello requiere el manejo de una técnica que en ocasiones no acompaña al profesional sanitario o sociosanitario. De ahí la importancia de una buena preparación para poner las bases adecuadas del consentimiento informado. En relación con lo anteriormente dicho, y de especial aplicación a las personas mayores, es destacable lo que dice el artículo 5.2 de la ley 41/2002 de 14 de noviembre de autonomía del paciente: «El paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal». Después de la Convención de Naciones Unidas, este artículo adquiere un especial relieve y convendría decir que el paciente, cliente o usuario debe ser informado siempre, porque de alguna manera tiene que tomar su propia decisión o participar en la misma en la medida de lo posible, salvo en el caso de declinar tal cometido a otra persona de su confianza. Si de persona con discapacidad total y absoluta se tratara, habría que tomar esa decisión contando con lo que serían sus preferencias.

Según el profesor Javier Elizari, la teoría del consentimiento informado nace como defensa ante el auge de alguno de los siguientes factores: el sentido de la libertad que invade toda la vida, el movimiento de los derechos humanos, el desarrollo de los derechos del consumidor, la importancia creciente de la investigación y la defensa ante los abusos

cometidos en investigación. Aunque bien es verdad que el consentimiento informado se aplica muy especialmente al ámbito de la ética médica, tiene aplicación también en la ética social, como ya se ha dicho.

Comprende dos exigencias básicas: informar y obtener la adhesión libre de la persona. Con reiterada frecuencia, llevados por lo que consideramos bueno para los intereses generales o para nosotros mismos, nos olvidamos de esta exigencia y de la libertad que la persona mayor tiene o debe tener para decidir ante una situación trascendente. No siempre lo bueno para uno es asimismo bueno para otro.

El deber de informar está ligado a la dignidad personal, como en los derechos relativos a la confidencialidad, de ahí el enorme cuidado que tenemos que tener ante esta exigencia. Supone un cambio en la relación clínica o asistencial, que trata en definitiva de evitar conflictos y dar seguridad a las relaciones que deben existir entre paciente o cliente, o profesional sanitario o asistencial.

Esencialmente, el consentimiento informado es un proceso en el que debe haber información adecuada, libre, sin coacciones, información comprensible, entre personas capaces o sus representantes legales y todo ello para llegar a la toma de decisiones. Debe quedar claro que se habla de un proceso, algo continuado, no es un acto único, aunque puede serlo, pero de cualquier modo es un acto que debe tener un previo y una confirmación posterior. En este proceso se da la información adecuada, siempre veraz, aunque no sea completa, se hace de forma comprensible, y se afianza esa comprensión, cuando de personas mayores se trata, con la repetición si hubiera lugar, y se hace entre personas capaces para llegar a la toma de decisión por parte de la persona mayor.

La manifestación de voluntad o la decisión no siempre tiene carácter absoluto. Existen excepciones recogidas en la ley y solamente a título de ejemplo se resalta que la principal excepción es la de aquel que no quiere ser informado. El derecho a la no información es tan válido como el derecho sustantivo de recibir información y debe respetarse, aunque en este caso la persona que renuncia debe mandar a alguien para que sea su interlocutor.

Así, para la aceptación de cualquier tratamiento o terapia existe la obligación de que la persona mayor comprenda adecuadamente, por cualquier medio, e incluso usando varios medios, qué es lo que se quiere hacer, qué objetivos se marcan y qué medios se van a emplear para la consecución del fin propuesto.

El consentimiento informado es el instrumento indispensable para un buen funcionamiento de cualquier relación ya sea ésta de tipo sanitario

o asistencial, y debe ser también la forma normal de actuar en el ámbito familiar. Cualquier actuación con una persona mayor debe tener el visto bueno de la misma.

La relación clínica o asistencial pasa así a ser una relación mucho más contractual que paternalista o benevolente, como ha sido hasta fechas muy recientes. La relación basada en el consentimiento informado, como su propio nombre indica (consentir = *sentire cum*) está basada en una búsqueda común de aquello que es más interesante para el que recibe el tratamiento o la prestación de servicios. Es un derecho para el paciente y un deber para el profesional.

Desde que se empezara a hablar de consentimiento informado, en la primera mitad del siglo pasado en Estados Unidos, ha ido en creciente aumento y todos los documentos internacionales firmados por la mayor parte de los Estados, entre los que figura el Estado español, no hacen sino poner de manifiesto, como muy bien explica Sánchez Caro, que nuestras leyes internas han apostado decididamente por la construcción de la relación clínica y asistencial alrededor del respeto máximo a la voluntad de las personas, y en nuestro caso, de las personas mayores.

5. INSTRUCCIONES PREVIAS O TESTAMENTO VITAL

La Ley 41/ 2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, de la que se viene hablando, recoge en su artículo 11 las **instrucciones previas**, por lo que al menos desde el punto de vista formal, parece, terminológicamente hablando, la opción más adecuada para identificar este tipo de documentos. Con independencia de lo anterior hay que constatar que su nombre más generalizado es **testamento vital**.

El artículo 11 de la referenciada ley dice que es «el documento realizado por una persona mayor de edad, capaz y libre, por el que manifiesta anticipadamente su voluntad con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarla personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo». El otorgante del documento, sigue diciendo el artículo 11, puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas».

Con independencia de la terminología sanitaria del artículo, hay que recordar que su aplicación se extiende asimismo al ámbito asistencial.

La persona en cuestión es preciso que sea mayor de edad, y tenga capacidad para entender un documento de estas características y voluntad de realizarlo libremente. Las diferentes Comunidades Autónomas han desarrollado normas que regulan las instrucciones previas y a las que han dado diferentes nombres y recogen los requisitos a tener en cuenta para que éstas sean válidas. Normalmente es un documento que se hace de forma escrita. La normativa en las Comunidades Autónomas es tan dispersa que ni en la denominación hay acuerdo, mucho menos en los requisitos exigibles para que éstas sean válidas. La propia ley estatal ve la luz cuando ya existían leyes autonómicas al respecto en vigor.

Hay que reconocer que no tienen muy buen cartel, en líneas generales, y que están rodeadas de algunas críticas, que no se van a analizar aquí, por no ser el lugar adecuado, pero que es preciso tener en cuenta, dado que en algunos países han empezado a ser reemplazadas por otro tipo de documento más ágil y más específico que se rellena incluso a pie de cama y que suele ser muy efectivo al menos en el contexto sanitario. Ello no es óbice para que se siga creyendo que las Instrucciones previas tienen una eficacia importante.

Aunque teóricamente es un documento correcto, se asienta sobre hipótesis, por lo que no es lo mismo tomar una decisión sobre una hipótesis y a gran distancia temporal que sobre una realidad y a corto plazo.

Las instrucciones previas constituyen una disposición libre y voluntariamente expresada, oral o escrita, que informa al médico o responsable de los cuidados personales o asistenciales, sobre qué tratamientos o cuidados desea o no recibir, en previsión de que llegado el momento se encuentre imposibilitado para ejercer este derecho.

Aunque no siempre se requiere, es un documento que se suele hacer notarialmente y que puede lógicamente revocarse. Asimismo puede inscribirse, a veces es obligatorio, en un registro autonómico o estatal de instrucciones previas y su contenido no podrá ser contrario a la ley ni enfrentarse más o menos directamente a lo que se conoce como *lex artis* o *buena práctica*. Puede también el otorgante del documento nombrar en las instrucciones previas un representante para que decida por él y sirva como interlocutor en orden a conseguir el mejor cumplimiento de las mismas.

Esta declaración, recogida en las instrucciones previas, prevalecerá sobre la opinión y las posibles indicaciones que efectúen los familiares. Como conclusión a lo expuesto hay que reconocer la importancia de este tipo de documento, que facilita enormemente la realización de aquellas actuaciones médicas o asistenciales que acompañan a la persona al final de su vida y que de otra manera quedarían a la libre op-

ción de terceras personas. Asimismo, hay que difundir la utilidad de este instrumento y generalizar su uso en aras a una mejor implantación definitiva del principio de autonomía personal hasta el final de la vida.

6. EL PATRIMONIO DE LA PERSONA MAYOR COMO FUENTE DE RENTA ÁGIL Y EFICAZ AL FINAL DE LA VIDA: LA HIPOTECA INVERSA, LA RENTA VITALICIA Y EL CONTRATO DE ALIMENTOS

La posibilidad que tienen las personas mayores de poder obtener una mayor liquidez, una mayor renta disponible, a través fundamentalmente de su patrimonio inmobiliario, es relativamente reciente. Se introdujo en España en 2004 la figura de la hipoteca inversa. Existen no obstante otros productos financieros que de alguna manera pueden paliar la necesidad de liquidez, ya sea por los altos costes de la dependencia, porque la pensión de la que son titulares es más bien escasa o por cualquier otro motivo.

a) **La hipoteca inversa** es, sencillamente, un préstamo hipotecario sobre la vivienda habitual y libre de cargas, dirigido a personas mayores de 65 años o dependientes severos. Su principal característica es que la entidad financiera abona una cantidad mensual garantizada y por lo general (aunque puede ser de forma temporal), mientras viva el titular, es decir, de forma vitalicia.

La Ley 41/2007 de 7 de diciembre, que modifica la Ley 2/1981, de regulación del mercado hipotecario, hace referencia concreta y explícita, en su adicional primera, a las hipotecas inversas y las define así: *«A los efectos de esta ley se entiende por hipoteca inversa al préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble que constituya la vivienda habitual del solicitante y siempre que cumpla con determinados requisitos».*

El concepto de familia está siendo objeto de fuertes transformaciones, de igual manera que el de herencia, y cada vez más, llegando, sobre todo el segundo, a perder su significado tradicional. Actualmente la herencia no tiene nada que ver con el sentido o significado que ha tenido durante siglos. Con la herencia se transmitía un medio de subsistencia, un estatus social y una posibilidad real de mejorar la vida. Ahora tiene mucho más que ver con una donación que se recibe en determinadas circunstancias, pero que no influye ostensiblemente en el *modus vivendi* de la persona, dado que se recibe en etapas muy avanzadas de edad en las que cada persona tiene seguramente solucionado su estatus económico. La herencia ha dejado de tener ese significado instrumental que tenía, sobre

todo en el ámbito rural, para convertirse en una dádiva más o menos generosa que viene por regla general muy al final de la vida, dada la alta edad en la suelen morir la mayor parte de las personas. La vivienda en régimen de propiedad y perfectamente pagada es una realidad muy enraizada entre las personas mayores de la sociedad española. Así como las pensiones no son en ocasiones suficientemente altas, el patrimonio de las personas mayores suele ser bastante sólido. La realidad nos dice que más del 82% de las personas mayores tiene al menos una vivienda en propiedad, siendo significativo el número de personas que tienen más de una. Ésta suele estar totalmente pagada en porcentajes aproximados al 94% de las viviendas. Todo ello permite utilizar modalidades de contrato que conviertan en liquidez dineraria el patrimonio de una persona mayor a efectos de poder paliar los gastos que algunos tipos de dependencia acarrearán o simplemente a efectos de poder disfrutar de una liquidez que de otro modo no tendrían, consiguiendo así una mayor calidad de vida en la vejez.

De acuerdo con estas cuestiones, el patrimonio de las personas mayores se emplea en mayor medida que en otros tiempos en solucionar los costes de los problemas que se pueden plantear al final de la vida, o en conseguir mejoras de calidad de vida.

En la hipoteca inversa se habla de un préstamo, más que de un crédito que permite a la persona mayor, en este caso, convertir su vivienda en liquidez mensual mientras sigue viviendo en ella, si así lo desea, porque es de su propiedad. Complementa así su pensión por un plazo de tiempo concreto (generalmente entre 10 y 20 años), a un interés negociable, poniendo como garantía la vivienda habitual y con el consentimiento de los presumibles herederos, si quiere, y sólo como recomendación.

Este tipo de hipotecas sólo podrán ser concedidas por las entidades de crédito debidamente autorizadas para operar en este campo en el territorio del Estado español. La propia entidad concesionaria debe tener asesoramiento específico e independiente para las personas mayores que deseen formalizar este tipo de negocio y ello por exigencia de la propia ley reguladora.

El cobro sólo puede realizarse a la muerte del contratista y los herederos tienen la opción de devolver el capital entregado más los intereses y heredar el inmueble o renunciar a ello, y recibir el remanente o diferencia entre el débito y el valor de mercado del inmueble. Puede tener la forma y condiciones que se estipulen entre las partes, ya que de un negocio privado se trata.

En la hipoteca inversa se dan algunas características que la diferencian de otros contratos parecidos; así, el propietario es siempre la persona mayor, al tratarse de un préstamo no se paga impuestos, la revalorización del inmueble afecta o repercute sobre el propietario, tiene fecha de caducidad incierta y por último se puede hacer con modalidad temporal, por unos años o meses determinados y modalidad vitalicia que se pacta para toda la vida, mediante la suscripción de una póliza de seguro complementaria que cubre desde la fecha de caducidad de la hipoteca hasta el final de la vida. Se trata por tanto de un contrato aleatorio. Esta modalidad proporciona mayor seguridad pero evidentemente se materializa en el cobro de un pago superior, al principio, ya que es preciso suscribir la mencionada póliza y en unas mensualidades probablemente más reducidas.

- b) Similar a este negocio es el **contrato de renta vitalicia**, cuya característica y diferencia principal con la hipoteca inversa es que en este contrato la propiedad de la vivienda pasa automáticamente a la entidad financiera que paga la renta, la cual se compromete a una serie de condiciones o prescripciones pactadas, entre las que destaca la obligación de dejar como usuario de la vivienda a la persona que suscribe el contrato hasta que llegue el día de su muerte.

Existen otros contratos de corte similar, que se deben tener en cuenta pero que tienen menos condiciones favorables para las personas mayores que la hipoteca inversa, que se ha posicionado como el negocio favorito de quienes se deciden a formalizar un contrato de estas características. Bien es verdad que son todavía muy pocos los que han optado por este tipo de negocio para mejorar su vida, pero realmente es un producto financiero que ha tenido buena acogida en el ámbito de las personas mayores. Las circunstancias del mercado en la actualidad no son las mejores y de ahí que actualmente haya quedado en una operación de carácter mucho más accidental, pero puede en cualquier momento y como ha pasado en otros países, como Canadá, Reino Unido, Estados Unidos de América del Norte y otros, convertirse en un instrumento mucho más utilizado y de eficacia contrastada para las personas mayores.

- **El contrato de alimentos**, sacado de nuevo a la luz por la Ley 41/2003 de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad, constituye otra manera de mejorar la vida de las personas mayores a través del propio patrimonio. Por este contrato, una persona llamada alimentante proporciona a otra llamada alimentista, durante toda su vida, vivienda, manu-

tención y asistencia de todo tipo a cambio de la transmisión de un capital en bienes o derechos.

Este tipo de contrato, aunque no sea un instrumento de utilización muy frecuente, no deja de ser interesante y puede ser muy válido para algunas personas mayores en determinadas circunstancias. Además, si se trata de bienes inmuebles, se puede garantizar el cumplimiento con una anotación en el Registro, que especifique que el impago/incumplimiento de la obligación actuará de condición resolutoria, con lo que la garantía de cumplimiento puede ser muy efectiva.

El contrato se extingue por la muerte del alimentista, y se puede prever la terminación del mismo por falta de entendimiento entre ambas partes o por diferentes causas, pactando la resolución del mismo.

En conclusión, por lo que respecta a la licuación o transformación del patrimonio, se debe resaltar que estamos ante una serie de instrumentos que el ordenamiento jurídico tiene a disposición de las personas mayores y que pueden servir para vivir con mayor calidad de vida en las etapas finales de la misma. El conocimiento de este tipo de instrumentos y la firmeza en el control y la garantía de las instituciones financieras serían los puntos clave a tener en cuenta en toda esta serie de negocios jurídicos.

Como complemento a lo dicho anteriormente conviene subrayar una idea que no está todavía suficientemente asimilada en el mundo de las personas mayores, y que tiene que ver con la defensa de su patrimonio y con la utilización del mismo. Conviene llamar la atención de determinados colectivos de personas mayores, los más vulnerables, probablemente los de más edad, quizás los de menos medios y formación, en relación con la defensa de su patrimonio y la utilización del mismo. El patrimonio es aquello que nos pertenece, que nos es propio y que hace referencia a bienes materiales, bien sean éstos inmuebles, muebles, bienes de otra naturaleza, derechos y obligaciones. El patrimonio puede por tanto tener carácter positivo o negativo. Lo normal es que el resultado del patrimonio de una persona mayor sea positivo. A partir de aquí, se subraya la idea de que el patrimonio es algo que nos es propio y por lo tanto se puede disponer de él, sin necesidad de reservar nada para familiares, salvo aquello que libremente se decida².

² Entiéndase que todo lo dicho en este párrafo tiene carácter general y que existen casos que conviene someter a consulta con los profesionales del derecho. Lo que se quiere dejar claro es que la herencia es la masa patrimonial resultante después de que alguien ha muerto.

De ello se desprende que puede, con carácter general, no ser buena práctica la cesión anticipada del total o de parte de nuestro patrimonio en favor de nuestros herederos.

Por otro lado la utilización del patrimonio o la disposición del mismo para después de nuestra muerte admite, con pocos trámites y con escaso precio, una variedad de soluciones que es preciso conocer. Los padres deben saber que el Código Civil ha asumido la indignidad para suceder de determinados hijos, que no quieren colaborar en las tareas de cuidado y, sin recurrir a esta situación que puede en alguna medida ser penosa para la persona mayor, tienen a su disposición la posibilidad de ordenar una distribución de la herencia acorde con los intereses de la persona mayor y teniendo en cuenta la responsabilidad que los hijos están teniendo en la prestación de los cuidados si éstos son necesarios. Para ello existen los tercios de libre disposición y de mejora, que pueden ser combinados adecuadamente para una distribución más racional de nuestro patrimonio, no tanto para pagar servicios prestados, que también, cuanto para premiar atenciones o ayudas recibidas³.

Hasta aquí lo relativo al patrimonio, no se ha pretendido en modo alguno entrar a fondo en la protección frente a hechos delictivos ni en el entramado jurídico de las herencias, sino simplemente dar unas orientaciones muy generales y poner de relieve por dónde deben ir los apoyos legales en el complejo mundo de la protección de los derechos de las personas mayores.

³ Es conveniente consultar a un abogado.

1. Mejora permanente del **marco jurídico para lograr mayores cotas de derechos para las personas mayores y alcanzar una mejor protección de los mismos en los ámbitos administrativos y judiciales.**

Ello requiere:

- a) Revisar la incapacitación y la tutela. La mayor parte de los incapacitados y tutelados son personas mayores con deterioro cognitivo. Es preciso una reformulación del procedimiento de incapacitación y del nombramiento de tutor, adaptado a las peculiaridades de esta situación. Asimismo se requiere la adecuación de nuestra legislación en esta materia a la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, a la que España se adhirió y es de obligado cumplimiento desde el 3 de mayo de 2008. Los nuevos requerimientos de la Convención hacen más hincapié en la modificación de la capacidad de obrar, pasando de un sistema sustitutorio a uno de apoyos. Parte de la igualdad dentro de la diversidad. Algunos necesitarán apoyos, pero no pierden su capacidad de actuar o tomar decisiones.
- b) Promover y difundir la autotutela. La autotutela es una figura jurídica recientemente incorporada al Código Civil, por la que la persona puede elegir, en previsión de una futura incapacitación, quien de su confianza habrá de ejercer las funciones de tutor.
- c) Garantizar el cumplimiento de la normativa sobre la libertad de decisión para el uso de determinados servicios sociales, incluso en los supuestos en que concurren trastornos psíquicos, en los que habrá de darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- d) Formar a los profesionales para que puedan trabajar sin sujeciones de ningún tipo y mentalizar a las familias para que asimilen bien esta idea, y para que entiendan que es preferible, tanto en casa como en la institución residencial, correr un mínimo de riesgo a recurrir a la privación de libertad.
- e) Seguir trabajando en la regulación de la figura del curador o curadora de hecho, determinando sus funciones, responsabilidades y derechos.
- f) Difundir entre las personas mayores los derechos vinculados a los aspectos sociosanitarios, tales como la posibilidad de hacer el testamento vital, que se tenga en cuenta el consentimiento informado y sobre todo la garantía y el respeto a la intimidad.

2. **Actualizar las normas de derecho civil referidas a personas mayores** que con el tiempo pueden haber quedado obsoletas, como consecuencia de los avances experimentados por la legislación sectorial en el reconocimiento y regulación de nuevas situaciones, y hacer los máximos esfuerzos para que **las propias personas mayores las conozcan**.

- a) Por lo que atañe a la licuación del patrimonio y su conversión en renta ágil, existen una serie de instrumentos, algunos muy nuevos, que el ordenamiento jurídico pone a disposición de las personas mayores para tratar de obtener mayores cotas de calidad de vida. De ahí la **necesidad de expandir el conocimiento de estos instrumentos de conversión del patrimonio en renta dineraria ágil** y de proteger este tipo de negocios jurídicos para que se formalicen con el máximo de garantías posible.