

LA PROTECCIÓN DE LOS MAYORES EN SITUACIONES DE ESPECIAL VULNERABILIDAD

ANTONIO J. ILLANA CONDE

Abogado socio del Bufete Luna y Asociados (Granada)

Ex Juez de lo Penal

Sumario

1. INTRODUCCIÓN.

2. INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN EN EL ÁMBITO CIVIL.

- 2.1. Procesos de incapacitación.
- 2.2. Procesos de tutela.
- 2.3. Procesos de internamientos por trastorno psiquiátrico.

3. INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN EN EL ÁMBITO PATRIMONIAL.

- 3.1. El patrimonio protegido.
- 3.2. El contrato de alimentos.
- 3.3. La hipoteca inversa.
- 3.4. El derecho de habitación.

3.5. Referencia al derecho de sucesiones en materia de arrendamientos: vivienda y local de negocios.

4. INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN EN EL ÁMBITO PENAL.

- 4.1. Introducción.
- 4.2. La circunstancia de especial vulnerabilidad.
- 4.3. Medidas cautelares.
- 4.4. Prohibiciones y penas.
- 4.5. Prisión provisional.

5. INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO.

6. CONCLUSIÓN.

PALABRAS CLAVE

Vulnerabilidad; Anciano; Protección patrimonial; Medidas cautelares; Maltrato a mayores; Incapacitación.

RESUMEN

La consideración de las personas mayores de edad como grupo de personas necesitadas de especial protección es una idea relativamente reciente que en el ámbito normativo se viene articulando a través de determinadas medidas que buscan proteger al mayor ante situaciones de desprotección. Estas instituciones protectoras se configuran a través de diversos ámbitos de protección: civil, penal, patrimonial y administrativo, fundamentalmente. A través de cada uno de estos ámbitos vamos a hacer referencia a algunas de estas instituciones que han de servir para mejorar la calidad de vida de las personas mayores en situaciones de mayor vulnerabilidad.

KEYWORDS

Vulnerability; elderly person; Heritage protection; Precautionary measures; Elder abuse; disability.

ABSTRACT

The consideration of older persons as a group of people in need of special protection is a relatively recent idea that in the regulatory sphere has been articulating through certain measures that seek to protect the greater in situations of checkout. These institutions for protection are configured through various areas of protection: civil, criminal, patrimonial and administrative assets, primarily. Through each of these areas we are going to make reference to some of these institutions that have to serve to improve the quality of life of older people in situations of greater vulnerability.

1. INTRODUCCIÓN.

La consideración de las personas mayores de edad como un grupo social específico de individuos necesitados de una especial protección, es una idea, desde el punto de vista jurídico relativamente reciente. Es cierto que en la aplicación del Derecho, ya de antiguo se han conocido ejemplos por los que se ha considerado el grupo de las personas ancianas como un grupo individualizado, para el que se han adoptado soluciones específicas, pudiendo citarse, a título de ejemplo, el hecho de que en materia penal, nuestro tribunal Supremo equiparase la muerte por homicidio de un anciano igual que la de un niño de corta edad, para considerarla alevosa, y elevarla a la categoría de asesinato. Sin embargo, estos ejemplos no pueden ocultar que, tan solo desde fechas muy recientes se ha creado la conciencia de que las personas mayores, sus circunstancias y especial situación requieren una respuesta global y específica desde el ámbito jurídico.

Posiblemente sea en el terreno de la legislación social, por parte de la Administración, donde esa respuesta global se haya percibido más nítidamente, (asistencia sanitaria, régimen de pensiones de jubilación o enfermedad, prestaciones, medicamentos,...). Sin embargo, esta consideración de que los mayores deben configurarse como grupo social específico, ni ha llegado a todos los ámbitos el derecho, ni se ha puesto en práctica de forma decidida.

Una de las posibles causas de esta ausencia de conciencia de grupo social nace del hecho de que la edad en si misma no puede suponer una protección jurídica privilegiada, si no va asociada a otros fenómenos de pérdida de capacidad física o psíquica, por lo que, si afron-

tamos el planteamiento a esta cuestión desde un punto de vista de medidas de protección especial o privilegiada, deberíamos de hablar, no tanto de medidas de protección al mayor, sino de medidas de protección al mayor necesitado, lo cual ya introduce un elemento de distorsión, pues no resulta difícil llegar a la conclusión de que no todos los mayores pueden acceder al mismo catálogo de medidas que el derecho puede dispensarles.

Si de protección del mayor y calidad de vida hablamos, es necesario centrar la cuestión en el ámbito de los mayores con pérdida de capacidad o de autonomía, sobre todo por razones psíquicas, aunque también por motivos físicos. Las medidas que vamos a estudiar buscan proteger al mayor ante situaciones de desprotección, siendo precisamente esa situación vital del sujeto la que aconseja al derecho a intervenir, ya que no podemos olvidar que nos encontramos ante medidas que buscan garantizar la calidad de vida del mayor, incluso del mayor demenciado, falta de recursos económicos y con situación de falta de parientes o de abandono por parte de los mismos.

2. INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN EN EL ÁMBITO CIVIL.

En materia civil, el principio general es que cualquier persona tiene plena capacidad jurídica desde su mayoría de edad. Ese principio general solamente encuentra excepciones en el caso de enfermos o deficientes persistentes de carácter físico o psíquico, si tales deficiencias impiden a la persona gobernarse por sí misma. Cuando hablamos del ámbito civil, fundamentalmente estamos haciendo referencia, en lo que ahora nos interesa, al conjunto de normas que regulan la capacidad de la persona para

contratar u obligarse con terceros. Esta capacidad de obligarse puede tener ramificaciones en el ámbito más personal del sujeto (matrimonio, sucesiones,...) pero, sin perjuicio de ello, el espacio natural de esta capacidad de obligarse tiene un contenido eminentemente patrimonial o económico, (contratos, sociedades, arrendamientos, adquisición patrimonial,...). Por tanto, las medidas cautelares que puedan adoptarse en el ámbito civil van a tender también a proteger el patrimonio del mayor, no sólo su persona, y aparecen ineludiblemente ligadas a su pérdida o la falta de capacidad jurídica.

En el Derecho Civil, el remedio legal ante la pérdida de la capacidad jurídica del sujeto es su incapacitación. Sin embargo, su declaración y posterior nombramiento de tutor, como cualquier otro procedimiento judicial está sujeto al transcurso de unos plazos y cumplimentación de unos trámites que prolongan, a veces excesivamente el proceso, con el perjuicio de que durante este tiempo el sujeto, al no haber sido aún judicialmente incapacitado por sentencia, conserva, -fictio jurídica-, intacta su capacidad legal de actuar, aunque en la práctica sea evidente su falta de capacidad en la toma de decisiones.

Incapacitación y nombramiento de una persona que represente o asista al incapaz, (tutor o curador), no son actuaciones judiciales que en todos los casos se desarrollen simultáneamente. Es posible que sea una vez finalizado el procedimiento para declarar incapaz a una persona, cuando se inicie el procedimiento para aquel nombramiento. En consecuencia, al momento de estudiar las medidas protectoras que pudieran adoptarse debemos distinguir estos dos momentos temporales y diferenciar entre las medidas previas o simultáneas al

proceso de incapacitación y medidas previas o simultáneas, (pero en todo caso posterior a aquellas primeras), al proceso de nombramiento de tutor o curador.

2.1. Procesos de incapacitación.

Con relación a las medidas a adoptar durante el procedimiento de incapacitación, debemos señalar que nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil señala que **“Cuando el tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, adoptará de oficio las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que promueva, si lo estima procedente, la incapacitación”**. Por tanto el Juez competente para declarar la incapacitación de una persona, si tiene conocimiento de la existencia de una persona gravemente discapaz, pero no incapacitado debe:

- Adoptar las medidas que estime necesarias para su protección.
- Instar al Ministerio Fiscal que promueva la incapacitación, (pues el Juez no puede iniciarla “de oficio”).

En relación con el primer punto, la Ley no define cuales son las concretas medidas a adoptar, pero al mismo tiempo concede al Juez la más amplia libertad para escoger las que tenga por convenientes: bloquear cuentas bancarias; prohibir la posibilidad de celebrar contratos; ordenar análisis médicos o forenses, etc. La adopción de dichas medidas debe ser urgente y su adopción deberá notificarse a las personas o instituciones que deban de llevar a cabo el cumplimiento de las mismas.

Junto a lo anterior, sigue diciendo el citado precepto: **“El Ministerio Fiscal podrá también, en cuanto tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación de una persona, solicitar del tribunal la inmediata adopción de las medidas a que se refiere el apartado anterior”**. Por tanto, el Ministerio Fiscal juega también un papel importante en la solitud de tales medidas.

Lógicamente, lo prevenido en este precepto será plenamente eficaz en la medida en que se ponga en conocimiento del Juez o del Ministerio Fiscal la existencia de una persona en la que concurra una posible causa de incapacitación. En este sentido es necesario hacer un llamamiento a todos los profesionales implicados en la asistencia y atención de personas mayores a que abran cauces de comunicación, y posteriormente mantengan relaciones fluidas con los miembros del Ministerio Fiscal que en cada demarcación judicial o cada provincia estén especialmente asignados a esta materia. En cualquier caso, para dar plena efectividad a lo anterior, la Ley de Enjuiciamiento Civil señala también que **“Cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación. Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal”**. Obsérvese que para las autoridades y funcionarios públicos no estamos en presencia de un mero deber moral, como para “cualquier persona”, sino ante un concreto deber legal, cuyo cumplimiento no puede obviarse.

También en el ámbito de la protección cautelar de la persona en la que pudiera concu-

rrir causa de incapacitación, nuestro Código Civil establece que **“... Cuando la Autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor o del presunto incapaz y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas”**. Con ello se posibilita fiscalizar la actuación de los cuidadores de personas mayores, (sobre todo personas del propio ámbito familiar), con enfermedades mentales o físicas persistentes que le impiden o limitan su autonomía. Estas personas deberán informar detalladamente del estado del presunto incapaz, de su actividad respecto a los mismos, de los cuidados dispensados, de los tratamientos seguidos para asegurar el bienestar y la salud del presunto incapaz, de la disponibilidad y gestión del patrimonio y bienes de aquel, y de todos aquellos aspectos que le sean requeridos. Se establece, a la vista de estos informes, la posibilidad del Juez de adoptar las medidas que se consideren oportunas.

De nuevo el legislador no ofrece un catálogo de tales medidas, sino que deja abierta la puerta a la discrecionalidad del Juez, lo cual es un instrumento de suma importancia, pues permite a dicho Juez, más allá de escoger entre una lista cerrada de ellas, aplicar la que considere más oportuna en función del caso concreto y la situación de la persona que debe ser protegida. Lógicamente, la bondadosa intención del legislador solamente, además, será eficaz en la medida en que los Jueces encargados de ejecutar dicha facultad sean originales en sus planteamientos y sepan agotar todas las posibilidades que ofrece nuestro sistema de protección social tanto para proteger al presunto

incapaz, (en el primero de los supuestos que hemos visto), como para vigilar y controlar a sus cuidadores. Precisamente para este último caso los informes periódicos de los servicios de asistencia social juegan un papel fundamental, mediante el requerimiento a los mismos de inspecciones, visitas y entrevistas periódicas tanto con el cuidador como con el destinatario de dichos cuidados.

Llegados a este punto, debemos hacer referencia a la regulación relativa a las personas que pueden iniciar un procedimiento judicial para la declaración de incapacidad, pues una reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2003 ha supuesto un cambio sustancial en esta materia. Hasta la entrada en vigor de esta reforma, la declaración de incapacidad podía ser solicitada por los parientes del presunto incapaz, y en defecto de ellos por el propio Ministerio Fiscal, es decir, cónyuge o asimilados, hijos, padres, hermanos,... "Cualquiera", (permítaseme la expresión), salvo el presunto incapaz. A partir del 2003, a este elenco de personas se une el propio presunto incapaz que puede instar su propia incapacitación por lo que, a efectos prácticos, la ley otorga la posibilidad a la persona que es consciente de sufrir una enfermedad progresiva y degenerativa de iniciar por sí misma los trámites tendentes a asegurar con vistas al futuro tanto su persona como sus bienes, previendo que ante cualquier contingencia futura relacionada con su estado de salud mental, y para cuando llegue ese momento, sobre el sujeto se haya constituido ya una institución de protección que ponga a salvo su patrimonio y persona. Con lo anterior se pueden eliminar en gran medida las llamadas "zonas intermedias" que es el tiempo que transcurre desde que una persona ya presenta evidentes síntomas degenerativos que afectan

a su conducta, hasta que finalmente es incapacitado por sentencia judicial.

2.2. Procesos de tutela.

Entrando a estudiar el segundo de los niveles de protección a que hacíamos referencia, debemos señalar que la sentencia que declare la incapacitación de una persona puede limitarse estrictamente a eso: declarar su incapacitación. En algunos casos será necesario un ulterior procedimiento para nombrar al incapaz una persona que se encargue de la salvaguarda de su persona y sus bienes (el tutor o el curador). Aunque lo anterior pueda parecer extraño por ser poco operativo e ineficaz para la protección de una persona que se encuentra incapacitada, -pero curiosamente, sin persona alguna que lo asista y represente-, a la anterior conclusión debemos llegar, si examinamos lo establecido en la L.E.C. en cuyo artículo 759 se dice **"2. Cuando se hubiera solicitado en la demanda de incapacitación el nombramiento de la persona o personas que hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él, sobre esta cuestión se oirá a los parientes más próximos del presunto incapaz, a éste, si tuviera suficiente juicio, y a las demás personas que el tribunal considere oportuno"**, lo cual implica que es posible que no se haya solicitado en la demanda tal nombramiento. Pues bien, si ello es así, el artículo siguiente, (760), establece con relación a la sentencia que se dicte en el proceso de incapacitación que **"2. En el caso a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior, si el tribunal accede a la solicitud, la sentencia que declare la incapacitación o la prodigalidad nombrará a la persona o personas que, con arreglo a la Ley, hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él"**, lo cual nos lleva a idéntica conclusión, si no se ha solicitado el nombramiento

de tutor, el Juez no se pronunciará al respecto en la sentencia, debiendo iniciarse un nuevo procedimiento para ello.

En consecuencia, en estos casos de incapacitación sin nombramiento de tutor, existe un periodo temporal en que una persona está privada legalmente de su capacidad jurídica, pero no tiene nadie que complete o sustituya esa capacidad. Ello puede provocar una grave paralización en las actividades y relaciones patrimoniales del sujeto que pueden repercutir en la merma o, incluso la pérdida de su patrimonio, por ello es necesario señalar que para intentar paliar este problema, también nuestra legislación civil recoge alguna medida al respecto. Podemos señalar tres supuestos de protección, todo ellos contenidos en el Código Civil:

- Por una parte el artículo 299 bis que establece que *“Cuando se tenga conocimiento de que una persona debe ser sometida a tutela y en tanto no recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento, asumirá su representación y defensa el Ministerio Fiscal. En tal caso, cuando además del cuidado de la persona hubiera de procederse al de los bienes, el Juez podrá designar un administrador, de los mismos, quien deberá rendirle cuentas de su gestión una vez concluida”*. Debemos señalar que si el Juez designa un administrador, solamente se facultará a este para gestionar el patrimonio del incapaz, pero nunca puede tomar decisiones relacionadas con su persona.

- En segundo lugar, una vez constituida la Tutela, señala el artículo 232 que *“La tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, que actuará de oficio o a instancia de cualquier interesado*.

En cualquier momento podrá exigir del tutor que le informe sobre la situación del menor o del incapacitado y del estado de la administración de la tutela”.

- En tercer lugar, señala el artículo 228 que *“Si el Ministerio Fiscal o el Juez competente tuvieren conocimiento de que existe en el territorio de su jurisdicción alguna persona que deba ser sometida a tutela, pedirá el primero y dispondrá el segundo, incluso de oficio, la constitución de la tutela”*. De nuevo faculta nuestra legislación, más allá de las personas obligadas a pedir la constitución de la Tutela, a los órganos judiciales y al Ministerio Fiscal a tomar la iniciativa en su constitución.

Para completar la referencia a las medidas que conforme a la legislación civil pueden adoptarse, debemos hacer referencia a otras dos posibilidades que también supone un instrumento de protección de los mayores sometidos a tutela. En primer lugar, las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil, que podrán ser acordadas por el Juez, de oficio o a instancia de cualquier interesado, en todos los supuestos de tutela o guarda, de hecho o de derecho, de menores e incapaces, en cuanto lo requiera el interés de éstos. Estas medidas hacen referencia a la prestación de alimentos y provisión de las futuras necesidades del mayor incapacitado o sometido a guarda, en caso de incumplimiento de este deber, por sus hijos, tutores, guardadores o personas obligados a prestarlos.

La segunda de las posibilidades legales viene dada por la posibilidad concedida a cualquier persona de que regule su futura y eventual incapacidad, mediante la adopción de decisiones acerca de cómo quiere que se lleve a cabo

su tutela y la de sus bienes. En este sentido, el artículo 223 del Código Civil establece que *“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”*. Consecuentemente, si esta contingencia ocurriera, el Juez antes de adoptar la correspondiente decisión sobre la tutela del incapaz, y previa información del Registro Civil, a efectos de comprobar la existencia de dichas disposiciones, deberá, en cuanto no perjudique al propio tutelado, tener en cuenta dichas disposiciones.

2.3. Procesos de internamientos por trastorno psiquiátrico.

Una cuestión de suma importancia en la protección del mayor discapaz psíquicamente, al margen de que esté judicialmente incapacitado o no es la de los supuestos de internamiento del mismo por razón de trastorno psiquiátrico. Esta materia está específicamente regulada en nuestra legislación, en cuanto supone la posibilidad de privar a una persona de su libertad ambulatoria, sin que se trate de un supuesto de detención de la misma. Precisamente por ello, en la medida en que afecta a un derecho fundamental de la persona, es necesaria esta exhaustiva regulación, siempre sobre la base que esta intervención preventiva, pese a la privación temporal de libertad que supone se adopta en beneficio del internado.

Respecto a esta cuestión deben hacerse dos precisiones. La primera de ellas es que la legislación regula los supuestos de internamiento urgente y no urgente. Este último presenta

los caracteres de un procedimiento judicial, de cuya explicación, en aras a la brevedad, podemos prescindir, centrándonos exclusivamente en el estudio de los internamientos urgentes. La segunda precisión es que no debemos confundir internamiento en centro psiquiátrico con internamiento en centro geriátrico, pues, aunque algunas legislaciones autonómicas consagran la existencia de esta autorización, la misma no obedece a las notas de urgencia y existencia de enfermedad psíquica grave que suponga un peligro para el propio afectado o terceros, que si son predicables de las intervenciones para ingresos psiquiátricos. En consecuencia, en los supuestos de internamientos urgentes por razón de trastorno psiquiátrico, debe destacarse, conforme a lo regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil los siguientes aspectos fundamentales:

- El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, siempre requerirá autorización judicial.
- Si existen razones de urgencia que hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta al Juez lo antes posible y, en todo caso, en veinticuatro horas para ratificar dicha medida.
- En estos casos de urgencia, la decisión de llevar a cabo el internamiento corresponderá al psiquiatra de guardia en el centro hospitalario o centro médico correspondiente, al médico de cabecera del enfermo, o, en su defecto, a cualquier otro facultativo que, a la vista del paciente considere justificado su ingreso.

- Antes de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado, el tribunal oirá necesariamente a la persona afectada por la decisión y al Ministerio Fiscal y deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado.
- En los supuestos en que no exista urgencia, la decisión judicial debe ser previa al internamiento y tras cumplir los requisitos de exámenes y audiencias señaladas en el punto anterior.
- Los facultativos que atiendan a la persona internada deberán informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, que serán emitidos cada seis meses, a no ser que el tribunal señale un plazo inferior.
- Cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán el alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente.

3. INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN EN EL ÁMBITO PATRIMONIAL.

El Art. 9. 2º de nuestra Constitución consagra la igualdad real y efectiva entre todos los ciudadanos, y como complemento al anterior principio, los arts. 50 y 148 del mismo texto legal consagran respectivamente la obligación de los Poderes Públicos de proveer a través de los servicios sociales sus diferentes problemas y atender especialmente a la problemática de los mayores. En consonancia con esta obligación legal, se buscan nuevas instituciones de protección económica y patrimonial especialmente

dirigidas a las personas mayores, sobre todo las que presentan problemas de discapacidad, pues como señala la exposición de motivos de la Ley 41/2.003, "Uno de los elementos que más repercuten en el bienestar de las personas con discapacidad es la existencia de medios económicos a su disposición, suficientes para atender las específicas necesidades vitales de los mismos".

Seguidamente señalaremos algunas de estas instituciones, advirtiendo que no se pretende hacer un estudio exhaustivo, sino una aproximación que ayude a conocer su contenido y aspectos básicos, en la medida en que muchas de estas instituciones son totalmente desconocidas para los profesionales del ámbito de la gerontología, siendo difícil asesorar y ofrecer la posibilidad a los mayores de beneficiarse de las mismas, si se desconoce su existencia y no se está familiarizado con ellas.

3.1. El patrimonio protegido.

Esta institución creada por la Ley 41/03, que ya hemos citado, busca favorecer la aportación a título gratuito de bienes y derechos al patrimonio de las personas con discapacidad y establecer mecanismos adecuados para garantizar la afección de tales bienes y derechos, así como de los frutos, productos y rendimientos de éstos, a la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares, favorecimiento que se produce a través, entre otros aspectos de importantes ventajas fiscales.

Tal y como señala su Exposición de Motivos, *"El objeto inmediato de esta ley es la regulación de una masa patrimonial, el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad, la cual queda inmediata y*

directamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona con discapacidad, favoreciendo la constitución de este patrimonio y la aportación a título gratuito de bienes y derechos a la misma”.

Por tanto, los bienes y derechos que forman este patrimonio, se aíslan del resto del patrimonio personal de su titular-beneficiario, sometiéndolos a un régimen de administración y supervisión específico, por lo que se trata de un patrimonio de destino, en cuanto que las distintas aportaciones tienen como finalidad la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares.

Dicho patrimonio será de titularidad de la persona discapacitada, el cual será su beneficiario exclusivo, teniendo dicha consideración:

- a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33%.
- b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65%.

La ley establece que podrán constituir este patrimonio tanto los tutores como los guardadores del incapaz, pero igualmente reconoce que pueda ser constituido por la propia persona con discapacidad beneficiaria del mismo, siempre que tenga capacidad de obrar suficiente. Es decir, puede ser constituido por personas mayores dependientes físicos, no incapacitados. La Ley igualmente reconoce que *“Cualquier persona con interés legítimo podrá solicitar de la persona con discapacidad o, en caso de que no tenga capacidad de obrar suficiente, de sus padres, tutores o curadores, la constitución de un patrimonio protegido, ofreciendo al mismo tiempo una aportación de bienes y derechos adecuados, suficiente para ese fin”*, lo que supone que este patrimonio protegido

puede ser iniciado por bienes de personas que no sean ni el propio discapaz ni sus tutores o guardadores de hecho, facilitando de esta manera que familiares o allegados ayuden a la subsistencia y sostenimiento digno del beneficiario.

Este patrimonio protegido se constituirá en documento público, o por resolución judicial, y está legalmente permitido que posteriormente a la constitución de este patrimonio, puedan hacerse nuevas aportaciones al mismo a fin de incrementar su caudal. Sin embargo, debe señalarse que para realizar estas nuevas aportaciones se exige que las mismas estén sujetas a las mismas formalidades establecidas para su constitución.

Al igual que en su constitución, se permite que cualquier persona con interés legítimo, con el consentimiento de la persona con discapacidad, o de sus padres o tutores o curadores si no tuviera capacidad de obrar suficiente, pueda aportar bienes o derechos al patrimonio protegido, pero deberán realizarse a título gratuito.

Con relación a las reglas de administración de este patrimonio, debe destacarse lo siguiente:

- Cuando el constituyente del patrimonio protegido sea el propio beneficiario del mismo, su administración, cualquiera que sea la procedencia de los bienes y derechos que lo integren, se sujetará a las reglas establecidas en el documento público de constitución.
- En los demás casos, las reglas de administración, establecidas en el documento público de constitución, deberán prever la obligatoriedad de autorización judicial en los mismos supuestos que el tutor la requiere respecto

de los bienes del tutelado. Tal autorización no es necesaria cuando el beneficiario tenga capacidad de obrar suficiente.

- Los constituyentes o el administrador, podrán instar al Ministerio Fiscal que solicite del juez competente la excepción de la autorización judicial en determinados supuestos.

Es fundamental que todos los bienes y derechos que integren el patrimonio protegido, así como sus frutos, rendimientos o productos, deban destinarse a la satisfacción de las necesidades vitales de su beneficiario, o al mantenimiento de la productividad del patrimonio protegido.

Íntimamente ligada a la cuestión de la administración del patrimonio protegido aparece la materia de la supervisión de la administración del patrimonio protegido, que corresponde al Ministerio Fiscal, a través de una rendición de cuentas anual por parte del Administrador, pudiendo a la vista de tal rendición de cuentas el fiscal instar del juez lo que proceda en beneficio de la persona con discapacidad, incluso:

- La sustitución del administrador.
- El cambio de las reglas de administración.
- El establecimiento de medidas especiales de fiscalización o la adopción de cautelas.
- La extinción del patrimonio protegido.
- Cualquier otra medida de análoga naturaleza.

3.2. El contrato de alimentos.

La regulación del contrato de alimentos se introduce en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, que introduce un nuevo ca-

pítulo en el Código Civil, bajo la rúbrica "Del contrato de alimentos", que engloba los arts. 1.791 a 1.797.

Hasta el momento de entrada en vigor de la citada Ley, los alimentos entre parientes era una obligación legal que solamente podía nacer cuando se daban los supuestos que contemplaba el propio Código Civil, y que bajo ningún criterio podían regularse o crearse mediante contrato, sino solamente por decisión judicial. Ello suponía que esta prestación de alimentos estaba sujeta inexorablemente a las personas y supuestos que el propio C. Civil reconocía.

Este contrato ya tenía un antecedente en el contrato de renta vitalicia que había sido reconocido por nuestro Tribunal Supremo y que se establecía para aquellos supuestos de personas que por haber alcanzado cierta edad llegaban a un acuerdo con sus hijos y/o familiares cercanos, a fin de que se cedieran bienes o derechos a cambio del contenido de la prestación alimenticia.

La propia Exposición de Motivos de la Ley 41/2003 señala los motivos por los que se efectúa la reforma legal, al señalar que se procede en la modificación legal en materia de protección de los discapacitados:

"Una regulación sucinta pero suficiente de los alimentos convencionales, es decir, de la obligación alimenticia surgida del pacto y no de la ley, a diferencia de los alimentos entre parientes regulados por los arts. 142 y ss. de dicho cuerpo legal.

La regulación de este contrato .../... amplía las posibilidades que actualmente ofrece el contrato de renta vitalicia para atender a las

necesidades económicas de las personas con discapacidad y, en general, de las personas con dependencia, como los ancianos, y permite a las partes que celebren el contrato cuantificar la obligación del alimentante en función de las necesidades vitales del alimentista”.

Ya de antiguo la doctrina jurisprudencial de las Audiencias Provinciales o del Tribunal Supremo había reconocido la existencia de este contrato de renta vitalicia que ahora pasa a constituir el contrato de alimentos con una regulación que aporta claridad y criterios legales a los que las partes puedan acogerse a la hora de interpretar y regular los pactos a los que pudieran llegar.

Hasta el momento de entrada en vigor de la Ley 41/2003, los alimentos entre parientes era una obligación legal que solamente podía nacer cuando se daban los supuestos que contemplaba el propio Código Civil. Sin embargo, esta Ley, introduce la existencia de una obligación alimenticia surgida del pacto o contrato y no de la ley, a diferencia de los alimentos entre parientes regulados por los artículos 142 y siguientes del Código Civil.

Dentro del concepto de alimentos se engloba todo lo indispensable para el sustento, vivienda, vestido y asistencia médica del beneficiario, todo ello mediatizado en función de la capacidad económica de quien los presta y las necesidades de quien los recibe, ya que este contrato, permite a las partes que lo celebren cuantificar la obligación del alimentante o persona obligada a dar los alimentos, en función de las necesidades vitales del alimentista o beneficiario.

Conforme a la nueva legislación, podemos

destacar lo siguiente: el objeto del contrato es asegurar la asistencia a una persona, a cambio de la entrega al obligado a prestar dicha asistencia de un capital concreto. Así, el C. Civil, en su nuevo art. 1791 establece lo siguiente:

“Por el contrato de alimentos una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida, a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos”.

Acorde a la naturaleza del contrato, el fallecimiento del obligado a prestar los alimentos NO es causa de extinción de la relación contractual, sino solamente la muerte del beneficiario de los alimentos. Este criterio se deriva de la intención del legislador de proteger al alimentista, previendo la existencia de causas de incapacidad en aquel. Por tanto, para el alimentante, la obligación contraída mediante contrato es transmisible a título mortis causa a sus herederos, que deberán mantenerse en el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el causante si quieren llegar a ostentar la propiedad del patrimonio que el beneficiario de los alimentos estableció con el alimentante que le transmitiría a su muerte.

En la línea de proteger el patrimonio del alimentista, a fin de evitar el negligente o malintencionado expolio de aquel, que será la base fundamental de su subsistencia, el C. Civil establece, (arts. 1.495 y 1.796), que el incumplimiento de la obligación de alimentos dará derecho al alimentista sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.792, para optar entre exigir el cumplimiento, incluyendo el abono de los devengados con anterioridad a la demanda, o la resolución del contrato, pero si

el alimentista opta por la resolución, el deudor deberá restituir inmediatamente los bienes que recibió por el contrato, y, en cambio, el juez podrá, en atención a las circunstancias, acordar que la restitución que corresponda al alimentista quede total o parcialmente aplazada, en su beneficio, por el tiempo y con las garantías que se determinen. En todo caso, de las consecuencias de la resolución del contrato, habrá de resultar para el alimentista, cuando menos, un superávit suficiente para constituir, de nuevo, una pensión análoga por el tiempo que le quede de vida. Además en el caso de que el contrato celebrado fracase, cuando los bienes o derechos que se transmitan a cambio de los alimentos sean registrables, (es decir inscribibles en el Registro de la propiedad, tales como pisos o fincas), podrá anotarse en el Registro que la inscripción de la propiedad hecha a favor del obligado a prestar alimentos quedará sin efecto y los bienes pasarán de nuevo a poder del beneficiario de los alimentos.

En definitiva, el contrato de alimentos es una forma de regular, dentro de la libertad de pactos, permisible en los contratos, que una persona o institución se obligue a cuidar de otra, sea incapaz o no, a cambio de un patrimonio, el cual, aunque podrá administrarse para obtener los ingresos necesarios para facilitar los alimentos, no pasará a poder definitivamente del contratante alimentante hasta que no fallezca el beneficiario de tales alimentos, salvaguardando, de esta manera que la atención se mantenga de forma satisfactoria, a lo largo de toda la vida de este.

3.3. El contrato de pensión hipotecaria, o la hipoteca inversa.

El fundamento de la pensión hipotecaria, (comúnmente conocida como hipoteca inversa), es mejorar el nivel de vida de los mayores sin que tras su fallecimiento los herederos pierdan forzosamente la vivienda. Lógicamente, aunque esta institución se contemple como una posibilidad de mejora en los niveles de vida de las personas mayores, sería una figura inexistente sin el concurso de las entidades bancarias, que han puesto sus miras en dicha institución, demostrando que los ancianos han dejado de ser casi invisibles para las entidades financieras, como lo demuestra el lanzamiento de nuevos productos diseñados en exclusiva para ellos.

La situación actual de los mayores en el ámbito patrimonial, en una importante mayoría de casos, puede situarse en un contexto muy concreto, cuyos aspectos esenciales son los siguientes:

- Aumento de la esperanza de vida.
- Cambios en la estructura familiar tradicional.
- Disminución del poder adquisitivo de los jubilados.
- La muy elevada proporción de propietarios de vivienda en España, siendo una importante mayoría los ancianos, sea cual sea su capacidad económica.
- El hecho constatable de que prácticamente ninguna pensión de jubilación da para acceder a una residencia privada, mientras que conseguir la admisión en una residencia pública, que supone costes más asumibles, es muy difícil debido a la escasez de plazas disponibles.

Es importante señalar que el éxito de este producto dependerá, en gran medida, de que los mayores abandonen la costumbre, transformada en imaginaria obligación, de dejar su vivienda en herencia a los hijos, y, también de que dichos hijos, abandonen esa creencia de futuros sueños de ganancia y acepten de buen grado y sin recelos ni enfados que sus progenitores pueden utilizar su patrimonio para lo que consideren oportuno, particularmente si se trata de hacer frente a sus últimos años de vida con una mínima solvencia económica.

Esta figura ya en la década de los años 30 aparece en Reino Unido (home-equity reversion), aunque las hipotecas inversas aparecen en su concepción moderna en 1965. Existen también negocios similares en países como: Australia, Canadá, Dinamarca, Finlandia, Irlanda, Japón, Países Bajos, Noruega y Suecia.

La hipoteca inversa o pensión hipotecaria es un préstamo que permite a una persona mayor recibir una cantidad mensual complementaria a su pensión, en un plazo de tiempo concreto (generalmente entre 10 y 20 años), a un interés fijo o negociable, (entre el 5% y 6%), con su vivienda como garantía y con el consentimiento de los herederos como recomendación. El importe la renta que se cobre, dependerá de varios factores, siendo los esenciales la tasación del piso, de la edad del solicitante y sus preferencias en la forma de recibir el dinero.

Desde el punto de vista jurídico, una **hipoteca inversa** se define como un crédito con garantía inmobiliaria, es decir, un negocio por el cual una persona que posee un inmueble recibe cada mes una renta, determinada por varios factores, y al fallecimiento del propietario los herederos harán frente al pago del préstamo o

la entidad procederá a ejecutar la garantía (lo que puede traducirse en la venta del inmueble para satisfacer la deuda y le entrega a los herederos del dinero restante de la venta, si lo hubiere).

Las entidades bancarias que ofertan la realización de este tipo de negocios, suelen hacer una clasificación de los mismos en función de los plazos de vencimiento, lo cual también condicionan la cantidad de la renta:

- **Limitado:** si se acuerda firmar una hipoteca inversa por un periodo de tiempo limitado, por ejemplo, entre 10 años y 15 años, la renta mensual será mayor, aunque dejará de ser abonada cuando el periodo estipulado haya vencido.
- **Vitalicio:** la mensualidad que se recibe es menor, pero la renta se seguirá recibiendo mientras el titular de la hipoteca viva.

Lógicamente, la elección entre una forma u otra vendrá condicionada por las circunstancias personales del solicitante o de este y las personas con quien conviva. La edad y la esperanza de vida son factores muy a tener en cuenta a la hora de optar entre renta temporal y vitalicia siendo más recomendable las primeras cuanto más avanzada es la edad del receptor de las rentas.

Otra cuestión a valorar son los aspectos impositivos, pues una de las principales ventajas de la "hipoteca inversa" frente a otro tipo de operaciones similares, es su mejor tratamiento fiscal, ya que la renta que percibe el mayor no tributa, siendo también positivo el que la persona mayor conserve la posesión y la propiedad, pudiendo continuar viviendo en ella,

e incluso transmitirla por herencia (aunque con cargas).

Por el contrario, el mayor inconveniente que plantea la "hipoteca inversa" es que habitualmente no tiene naturaleza vitalicia, teniendo que contratar de manera adicional un seguro de renta vitalicia. Dicha opción supone mayor tranquilidad para el contratante, pero también niveles de renta menores y mayores gastos de celebración.

La persona mayor tiene diversas opciones para recibir el producto de la hipoteca: el propietario de la vivienda puede recibir un pago por una suma global; puede aprovechar una línea de crédito siempre que se necesiten los fondos, o bien puede recibir pagos mensuales fijos. Existen opciones intermedias que combinan dos de las anteriores. Habitualmente al celebrarse un contrato de estas características se ofrece la posibilidad de cobrar una suma puntual inicial, destinada generalmente a pagar los gastos originados por la celebración del contrato, hacer mejoras, reformas en la vivienda o cuestiones similares. A partir de ese momento se cobrarán cantidades periódicas que, en el caso de algunas de las entidades financieras españolas que lo realizan, pueden llegar al 90% de la tasación inicial de la vivienda.

Cuando fallece la persona que contrató la hipoteca inversa, suele existir la posibilidad de que los herederos tengan un plazo para decidir si prefieren que la entidad financiera venda la vivienda y recupere así el dinero que el fallecido obtuvo gracias a la hipoteca (pudiendo obtener el dinero restante de la venta, en caso que fuera superior a la suma del dinero desembolsado por la entidad financiera) o pagar los herederos esa cantidad y liberar así

a la vivienda de su carga, pudiendo heredarla como cualquier otro bien.

El seguro de rentas vitalicias, garantiza el cobro de la renta pactada hasta el fallecimiento de quien contrató la hipoteca inversa, incluso si llegada la fecha de extinción de la hipoteca por haber transcurrido el plazo por el que la hipoteca inversa se pactó, aún dicha persona continuara viva. No es obligatorio contratarlo, pero es aconsejable y todas las entidades bancarias que ofertan la hipoteca inversa coinciden e insisten en que los clientes se acojan a este seguro. Debe señalarse que a igual edad, las mujeres pagan más prima por el seguro que los hombres debido a su mayor media de esperanza de vida. Del mismo modo, su renta vitalicia mensual será algo menor que la del hombre (siempre si comparamos dos individuos que contratan este seguro a una misma edad).

Una de las cuestiones que está suponiendo un freno evidente a la expansión, y sobre todo a la popularización de esta figura, pese a sus ventajas, es el elevado coste de la formalización de dicha hipoteca inversa. En este sentido, el mayor debe tener en cuenta la existencia de los siguientes gastos:

- Comisión de apertura.
- Gastos de notaría, de registro y de gestoría.
- Tasación.
- Impuesto de Actos Jurídicos Documentados por transmisión de vivienda.
- Seguro de renta vitalicia.

Junto a la hipoteca inversa existen otras figuras similares, que pueden contemplarse como opciones alternativas a aquella figura.

1. La hipoteca pensión.

Consiste en suscribir un crédito hipotecario sobre una vivienda, (similar al que se constituye para financiar la compra inicial de una vivienda) y con el dinero obtenido contratar una pensión vitalicia. En este caso se combinan dos negocios distintos, por un lado está el crédito hipotecario y por el otro la pensión.

2. La vivienda pensión.

Mediante esta figura se lleva a cabo la venta de la vivienda y la formalización de una pensión vitalicia con una compañía aseguradora. Al contrario que en otros supuestos, el dueño de la vivienda dejará de serlo en cuanto a la nuda propiedad, que es lo que se vende, aunque seguirá viviendo en la casa, conservando el usufructo de la misma.

3. La cesión para alquiler.

Esta figura parte de la existencia de una necesidad, o un deseo, por parte del propietario de la vivienda, de habitar en una residencia de mayores, apartamento tutelado u otro alojamiento alternativo (en muchos casos, en atención a los cuidados adecuados que requiere). Para financiar estos recursos el propietario cede la vivienda a una entidad que se encargará de su alquiler y que le garantizará el pago de determinados ingresos periódicos a su propietario, este el inmueble alquilado o no en ese momento, (ese es el riesgo que asume la entidad que gestiona del arrendamiento).

3.4. El derecho real de habitación.

El derecho de habitación es un derecho real que limita al de propiedad, que concede a su titular la facultad de ocupar en una casa ajena, las estancias o habitaciones necesarias para sí y para las personas de su familia, con independencia de que ésta aumente.

En la actualidad, este derecho no se configura como una opción de obtener rentabilidad económica, sino que por el contrario, su utilidad puede aparecer fundamentalmente en el ámbito asistencial. Un ejemplo de ello puede ser el supuesto en el que el propietario de una vivienda busca asegurar el disfrute de la vivienda por parte de algún familiar o persona próxima a dicho propietario que se encuentre necesitado de ella, normalmente sin desembolso económico por su parte. En estos casos, el propietario tiene la facultad de controlar perfectamente el adecuado ejercicio de la posesión del bien inmueble del que es titular, pero igualmente, el beneficiario del uso de la vivienda tiene la ventaja de ser titular de un derecho, lo que le confiere una posición de ventaja a la hora de defenderlo y hacerlo valer, frente al supuesto en que estuviera disfrutando la vivienda por mero consentimiento del propietario.

El ejercicio de este derecho no impide la posible convivencia entre propietario y habitacionista, por lo que el propietario no es necesario que abandone la vivienda para satisfacer al beneficiario. El carácter personalísimo del derecho, garantiza que no disfrute de la vivienda otra persona distinta a aquel a quien se quiso beneficiar.

3.5. Referencia al derecho de sucesiones en materia de arrendamientos: vivienda y local de negocios.

Íntimamente conectado con las medidas de protección patrimoniales, aparecen las cuestiones relacionadas con el arrendamiento, tanto de vivienda, como de locales de negocio en el caso de fallecimiento de una persona.

La regulación fundamental viene contenida en la Ley de Arrendamientos Urbanos, 29/94 de 24 de Noviembre.

Dicha ley distingue entre arrendamiento de vivienda y arrendamiento de locales para uso distinto a la vivienda, es decir locales de negocio o comerciales.

Respecto a los arrendamientos de vivienda, debemos distinguir la posición del arrendador y del arrendatario. Con relación al arrendador, su fallecimiento no afecta a la eficacia del contrato, y el heredero que adquiera la propiedad de la vivienda arrendada deberá mantener las condiciones pactadas por el contrato hasta su finalización.

En relación con el arrendatario, el art. 16 de la L.A.U. regula un complejo régimen de sustitución en la posición del mismo, por el cual en caso de muerte del arrendatario, podrán subrogarse en el contrato:

- a) El cónyuge del arrendatario que al tiempo del fallecimiento conviviera con él.*
- b) La persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años*

anteriores al tiempo del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia.

c) Los descendientes del arrendatario que en el momento de su fallecimiento estuvieran sujetos a su patria potestad o tutela, o hubiesen convivido habitualmente con él durante los dos años precedentes.

d) Los ascendientes del arrendatario que hubieran convivido habitualmente con él durante los dos años precedentes a su fallecimiento.

e) Los hermanos del arrendatario en quienes concurra la circunstancia prevista en la letra anterior.

f) Las personas distintas de las mencionadas en las letras anteriores que sufran una minusvalía igual o superior al 65 por 100, siempre que tengan una relación de parentesco hasta el tercer grado colateral con el arrendatario y hayan convivido con éste durante los dos años anteriores al fallecimiento.

Si al tiempo del fallecimiento del arrendatario no existiera ninguna de estas personas, el arrendamiento quedará extinguido.

En los supuestos de arrendamientos de locales para uso distinto de vivienda, la regulación establecida en la L.A.U. es más simplificada. En lo que se refiere al arrendador, al igual que en el arrendamiento de vivienda, su fallecimiento no afecta a la eficacia del contrato, y el heredero que adquiera la propiedad de la vivienda arrendada deberá mantener las condiciones pactadas por el contrato hasta su finalización.

Con relación al arrendatario del local donde se lleva a cabo la actividad comercial, la legislación liga el derecho sucesorio en cuanto al arrendamiento al hecho efectivo de la continuación

en el ejercicio de la actividad, por lo que, según el art. 33 de la L.A.U. la preferencia para acceder a la titularidad de la posición de arrendatario se hace recaer exclusivamente sobre el heredero que continúe el ejercicio de la actividad, con el único requisito formal de que este cumpla la obligación de notificar al arrendador por escrito dicha voluntad de asumir la posición del causante y mantener la vigencia del contrato inicialmente suscrito por este.

4. INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN EN EL ÁMBITO PENAL.

4.1. Introducción.

Antes de entrar en la exposición de esta materia, quiero manifestar el desasosiego que me produce comprobar que nuestra legislación penal no contempla la especificidad de la persona del mayor, lo que supone que los mismos se encuentran huérfanos de una protección especial y privilegiada por el derecho penal, pese a la gravedad y trascendencia que se requiere para que proceda la intervención del derecho penal.

Estos instrumentos de protección van íntimamente asociados a una problemática, que es el maltrato al mayor, por desgracia muy instalada en nuestra sociedad, a pesar de que en pocas ocasiones sale a la luz pública, tal vez en unos casos por la vergüenza social que le provoca a la víctima, en otros casos porque los agresores son los propios y únicos cuidadores de aquellas, y también, por qué no decirlo, porque la relevancia social de esta lacra de nuestro tiempo aparece totalmente eclipsada en la actualidad ante la fuerza y virulencia del debate social existente respecto a la violencia de género. Por ello, la protección específica del mayor, desde el punto de vista penal, ha de llevarse a cabo

a través de una ingeniosa y progresista aplicación del C. Penal, pero siempre con el límite, como vamos a ver seguidamente de equiparar ancianidad y discapacidad, equiparación que no siempre es posible.

Lo primero que debe señalarse es que el C. Penal solamente contempla específicamente la figura del mayor en un precepto: el art. 619 que castiga como una simple falta y con la ridícula pena de multa de diez a veinte días a los que *“Dejaran de prestar asistencia o, en su caso, el auxilio que las circunstancias requieran a una persona de edad avanzada o discapacitada que se encuentre desvalida y dependa de sus cuidados”*. Como se puede observar, para poder aplicar este precepto es requisito imprescindible establecer una relación directa entre la víctima y la persona que debe prestar los cuidados, por lo que se reduce aún más el posible círculo de autores de dicha falta.

4.2. La circunstancia de especial vulnerabilidad.

Hablar de la intervención del derecho penal en nuestra sociedad, supone hablar de la presunta existencia de un delito, por lo que hablar de medidas de protección al mayor en el ámbito penal supone hablar de la existencia de un mayor que aparece como víctima de un delito, si bien, inmediatamente tras esta afirmación debemos establecer como corolario de ella que nos referimos a delitos en los que el mayor es víctima precisamente por serlo, por lo que debemos resituar la cuestión en un concreto y determinado espacio: el de los delitos que se cometen o se ven favorecidos por la especial condición de la víctima: persona vulnerable por razón de edad.

Partiendo de lo anterior, la posibilidad de establecer un tratamiento específico y diferenciado del mayor en nuestro Derecho Penal debe de realizarse a través del siguiente procedimiento: son numerosos los delitos que establecen como una posible causa de agravación de los mismos el hecho de que la víctima sea una persona menor o incapaz. Aplicar estrictamente este criterio de la incapacitación supone restringir excesivamente la posibilidad de aplicar esta circunstancia "agravante", a efectos de pena a personas ancianas, puesto que, es de todos conocidos que la institución de la incapacitación judicial, pese a lo que se ha señalado en un momento anterior, no se utiliza ni se aplica en la mayor parte de los casos en que ello pudiera ser posible. Para obviar este problema, y, al mismo tiempo ampliar las posibilidades de apreciar una agravación de la pena basándose en la circunstancia de ser la víctima menor de edad o incapaz en el caso de delitos cometidos sobre mayores, debemos acudir al art. 25 del C. Penal que señala que **"A los efectos de este Código se considera incapaz a toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma"**. Sin embargo, aunque la aplicación de este precepto puede suponer, de facto, que en un importante número de delitos podamos aplicar una mayor pena en el caso de que la víctima sea un mayor, encontramos de la propia redacción del precepto citado una barrera infranqueable: aquellos supuestos en los que no exista una relación directa entre los conceptos de ancianidad y discapacidad de carácter grave.

4.3. Medidas cautelares.

En lo que se refiere a las medidas protectoras que pueden adoptarse en el ámbito penal, ya se ha señalado que cualquier medida de carácter penal, debe venir inexcusablemente basada en la previa existencia de un hecho que a priori revista los caracteres de delito, consecuentemente, podemos definir estas medidas como las *"Medidas de protección de la víctima o perjudicado por el delito que, por decisión judicial, pueden adoptarse durante la tramitación de un procedimiento penal"*. Desde el punto de vista temporal, tienen naturaleza cautelar, pues las mismas deben cesar en el momento en que se inicia la ejecución de una sentencia, puesto que, a partir de ese momento no hablaremos de la naturaleza de medida cautelar, sino de autentica pena.

El fundamento de las medidas cautelares en el proceso penal se encuentra en el artículo 13 de la L.E.Crim. que establece: *"Se consideran como primeras diligencias... la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas, pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 544 bis o la orden de protección prevista en el artículo 544 ter de esta ley"*. En consecuencia, con base a este precepto, las medidas cautelares que pueden adoptarse son las recogidas en los citados artículos 544 bis y 544 ter.

En el primero de estos artículos se recoge la posibilidad de que en el caso de determinados delitos puedan imponerse al presunto autor de los mismos, y para asegurar la protección de la víctima, alguna de las siguientes medidas:

- *Prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma.*
- *Prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales, o Comunidades Autónomas.*
- *Prohibición de aproximarse o comunicarse a o con determinadas personas.*

Respecto al art. 544 ter, este precepto es el que regula la que se conoce como la Orden de Protección a las víctimas de violencia doméstica. La primera cuestión que debemos expresar con toda claridad es que, aunque la publicidad mediática y los medios informativos han identificado esta orden como aplicable a las mujeres víctimas de malos tratos, esta idea aporta una visión muy parcial de las posibilidades de la reforma legal, ya que el texto de la misma se refiere a “alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal” y, dicho artículo se refiere, entre otros, a “**ascendientes o incapaces que con él** (el autor del delito), **convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro** (el autor del delito o su cónyuge)”. En consecuencia, esta orden de protección es, si se cumple el requisito de la convivencia, plenamente aplicable a los ascendientes del autor del hecho o de su cónyuge con la importancia que ello tiene en el ámbito de delitos que se cometen contra los ascendientes por personas integrantes de su núcleo de convivencia.

La posibilidad de aplicar esta orden de protección tiene su fundamento en la existencia de indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o mo-

ral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas del núcleo de convivencia familiar, y siempre que resulte una **“situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas”**.

Esta orden podrá ser solicitada por la víctima, *“Directamente ante la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal, o bien ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, las oficinas de atención a la víctima o los servicios sociales o instituciones asistenciales dependientes de las Administraciones Públicas”*. Las implicaciones de lo anterior para los funcionarios públicos o personal que trabaja en los servicios sociales o asistenciales son de enorme magnitud, puesto que, en la medida en que una persona anciana puede dirigirse a ellos manifestando haber sido víctima de malos tratos, aquellos deben de tener los conocimientos técnicos suficientes cuanto menos para explicar al anciano la existencia de esta orden de protección inmediata, su contenido, y la posibilidad de solicitarla, así como prestarle el apoyo y asistencia suficiente para rellenar los impresos para pedirla. En consecuencia, en cualquier centro de servicios sociales debe existir obligatoriamente, modelos normalizados de solicitud de orden de protección inmediata y personal que asesore al mayor acerca de cómo debe formalizarse y posteriormente conozca el cauce para su remisión al Juez competente. Pero las obligaciones del personal de todos estos centros no terminan con lo anterior; sigue diciendo el precepto que estamos analizando que sin perjuicio del deber general de denunciar los hechos delictivos de los que se tengan conocimiento, *“las entidades u organismos asistenciales, públicos o privados, que tuvieran conocimiento de alguno de los hechos que den lugar a la adopción de esta orden de protección, deberán ponerlos*

inmediatamente en conocimiento del juez de guardia o del Ministerio Fiscal” con el fin de que, aún sin que medie petición por parte de la víctima, puedan incoar o instar directamente el procedimiento para la adopción de la orden de protección. En consecuencia existe una segunda obligación para los profesionales del ámbito geriátrico: notificar, al margen de la actitud que pueda adoptar la víctima, los hechos a la autoridad judicial, puesto que esta orden puede adoptarse, incluso sin que medie petición de la víctima.

Respecto a la naturaleza y efectos de esta orden de protección, señala el artículo que estamos estudiando que *“La orden de protección confiere a la víctima de los hechos mencionados en el apartado 1º un estatuto integral de protección que comprenderá las medidas cautelares de orden civil y penal contempladas en este artículo y aquellas otras medidas de asistencia y protección social establecidas en el ordenamiento jurídico. La orden de protección podrá hacerse valer ante cualquier autoridad y Administración Pública”*.

En consecuencia, respecto a la eficacia concreta de esta orden, debemos distinguir dos niveles de protección:

- Las medidas cautelares de carácter penal podrán consistir en cualesquiera de las previstas en la legislación procesal criminal, por lo que se concede al Juez la más amplia facultad para adoptar aquella o aquellas que tenga por conveniente. Entre ellas podemos destacar las siguientes:

1. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos.

2. La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez.

3. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez por cualquier medio de comunicación o contacto escrito, verbal o visual.

- Las medidas de naturaleza civil están pensadas fundamentalmente para el supuesto de hijos menores, pero pueden también ser aplicadas en el caso de que la víctima sea un mayor discapacitado, y las mismas podrán consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier otra que se considere oportuna a fin de apartar a la víctima mayor incapaz de un peligro o de evitarle perjuicios.

Debe señalarse que la orden de protección implicará el deber de informar permanentemente a la víctima sobre la situación procesal del imputado, y en particular, de la situación penitenciaria del agresor.

Como se puede observar, el alcance de estos dos preceptos y su aplicación conjunta, constituye un valiosísimo instrumento de protección, desde las prohibiciones de residencia, acercamiento o comunicación, hasta incluso el abandono del domicilio por parte del agresor. El sistema se ve reforzado por la expresa obligación de adoptar nuevas medidas en caso de incumplimiento de las medidas señaladas al agresor, que incluso pueden llegar a convertirse en orden de ingreso en prisión.

4.4. Prohibiciones y penas.

En los casos en los que una sentencia judicial declare la existencia de un delito, dicha sentencia puede recoger, además de la correspondiente pena privativa de libertad o pecuniaria, diversas prohibiciones que no ostentan ya el carácter de medida cautelar, sino de auténtica pena. El fundamento de las mismas aparece en el Código Penal, el cual establece en condenas por determinados delitos¹, la posibilidad de imponer alguna de las prohibiciones de residencia, acercamiento o comunicación que se han señalado previamente. Es importante advertir que esta posibilidad deja de ser tal para convertirse en una obligación para el Juez en los casos en los que entre el agresor y la víctima exista una determinada relación, pues si el delito se ha cometido contra quien sea, (entre otros parientes), ascendientes, estas medidas se acordarán, en todo caso. También resulta importante señalar que estas privaciones o prohibiciones deberán adoptarse cuando el delito se cometa sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados. Debo reconocer que en este último supuesto sí ha estado especialmente sensible el legislador, pues al incorporar el concepto de vulnerabilidad frente al de discapacidad, permite una aplicación más amplia y genérica del precepto, amplitud que se ve completada por el hecho de que no se exige para castigar la conducta que se produzca un resultado lesivo concreto, siendo suficiente el hecho mismo de ejercer violencia física o psíquica.

Finalmente también debemos hacer referencia a un tercer supuesto, si queremos plantear una visión completa de la materia. Me refiero

a los casos en los que, aún existiendo una condena a una pena de prisión, la misma no llega a cumplirse por aplicarse el mecanismo de suspensión de la condena. En esencia este beneficio para el condenado supone que podrá seguir en libertad durante un tiempo que se considera de prueba, transcurrido el cual, si el autor del hecho no ha cometido otros delitos, se entiende la pena por cumplida, mientras que, en caso contrario debería de cumplirla. A priori podría pensarse que si a una persona se le suspende la ejecución de la condena, el mismo no puede estar sometido a ningún tipo de restricción de movimientos, sin embargo, para corregir este efecto indeseable, que podría tener como consecuencia que una persona condenada por malos tratos o lesiones siguiera haciendo una vida normal, y, en consecuencia, próxima a la víctima del delito, incluso, hasta el extremo de habitar en el mismo domicilio, el legislador contempla que la suspensión puede quedar condicionada al cumplimiento de determinadas obligaciones o deberes, entre ellos, las tres prohibiciones que hemos visto anteriormente, pero además de estas, también se establecen las siguientes:

- *Comparecer personalmente ante el juzgado o tribunal, o servicio de la Administración que éstos señalen, para informar de sus actividades y justificarlas.*
- *Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares.*
- *Cumplir los demás deberes que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado.*

¹ Delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico.

Debe señalarse como cuestión de suma importancia que si entre el agresor y la víctima existiera una determinada relación de parentesco² o convivencia en el mismo núcleo familiar, dichas prohibiciones u obligaciones DEBERÁN IMPONERSE EN TODO CASO. Señalemos igualmente que si estas prohibiciones se incumplen, el Juez podría imponer nuevas prohibiciones más gravosas para el condenado, prorrogar el periodo de suspensión, o, incluso, dejar sin efecto la suspensión y acordar el cumplimiento de la pena de prisión inicialmente suspendida.

4.5. Prisión provisional.

La más importante y grave medida cautelar que puede adoptarse durante la tramitación del procedimiento penal es la privación de libertad del sujeto, mediante la Prisión Provisional. Esta medida, lógicamente solo puede ser adoptada por un Juez y presenta unas especificidades técnicas y una complejidad en cuanto a su procedimiento de adopción, que se aparta del objeto de este artículo. Sin embargo, para tener una visión global de las posibilidades legales de esta medida, debemos indicar que el principio general el que *“La prisión provisional sólo se adoptará cuando objetivamente sea necesaria”*. Por tanto, la prisión provisional es una medida que se adoptará con carácter restrictivo, basándose en unos requisitos y fines concretos: evitar el riesgo de fuga; evitar la ocultación, alteración o destrucción de fuentes de prueba y evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima.

5. INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO.

El cambio demográfico que se está produciendo en la población española y que se ha dado en llamar el envejecimiento de la población, constituye uno de los más serios retos al que ha de enfrentarse nuestra sociedad, por eso la protección jurídica al mayor no solamente puede venir a través de los ámbitos civil, patrimonial o penal, a los que ya nos hemos referido, sino también a través de los distintos sistemas de protección social, por ello, si se quiere dar una visión completa de esta materia no podemos obviar las medidas administrativas o de orden social. Estas medidas nacen como consecuencia de la aparición de nuevos fenómenos sociales a los cuales los ámbitos jurídicos “tradicionales” no son capaces de dar respuesta, pudiendo señalar entre ellos:

- El paso de un estilo de vida rural a otro urbano.
- La reducción de las redes de apoyo social.
- La nuclearización de la familia.
- La incorporación de la mujer al trabajo.

Todo lo anterior hace necesario articular recursos, medidas y actuaciones por parte de las Administraciones Públicas, pero actualmente las respuestas de tales Administraciones a estas necesidades no están suficientemente adaptadas, aunque sería injusto reconocer que en los últimos tiempos se han desarrollado recursos, servicios y programas adaptados a la realidad de las personas mayores.

² Quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

Hacer referencia a estos recursos y las medidas de protección recogidas en los mismos cho-ca con el problema de enfrentarnos a la realidad del proceso de transferencias en materia de servicios sociales que en los últimos años se ha producido desde la Administración Central o Estatal hacia la Administración Autónoma, proceso a través del cual en la actualidad, prácticamente todas las Comunidades Autónomas cuentan con una legislación propia en esta materia, legislación que, además presenta evidentes diferencias entre unos territorios y otros.

Como ejemplo de lo anterior, podemos hacer referencia a lo dispuesto en la Ley 6/1999, de 7 de julio, del Parlamento de Andalucía, de Atención y Protección a las Personas Mayores. Señala la exposición de motivos de esta ley que con su promulgación se busca *“Establecer en Andalucía el marco adecuado que desde una perspectiva integradora asegure una respuesta uniforme y coordinada a la problemática de las personas mayores”*. Acorde a ese propósito, la citada ley establece a lo largo de su articulado diversas medidas o instrumentos protectores que, en algunos aspectos mantienen elementos comunes con los que puedan adaptarse en otras legislaciones, pero que en otros presentan notables diferencias. Por eso esa pretendida respuesta uniforme y coordinada no alcanza más allá de los límites territoriales de esa Comunidad Autónoma.

En todo caso, como elementos comunes a todas las Autonomías, podemos señalar varios elementos que persiguen la protección social de los mayores. Aún con diferencias a nivel legislativo, en todas las Comunidades Autónomas, su legislación específica viene orientada a los siguientes aspectos:

- Creación de una red de servicios sanitarios y socio-sanitarios, que suponga la cobertura asistencial mediante servicios y prestaciones que cubran las necesidades de cuidados, localizándose lo más próximos posible al entorno habitual de la persona mayor, pudiendo comprender, entre otras prestaciones: atención domiciliaria, atención en períodos temporales de mayor discapacidad, (convalecencia, rehabilitación o cuidados paliativos), atención en estancias diurnas y atención institucionalizada de larga duración.
- Prestaciones económicas, a fin de sufragar las necesidades básicas de las personas mayores que carezcan de los recursos necesarios, a través de ayudas distintas y compatibles con las del sistema de la Seguridad Social y con las que pueda otorgar la Administración del Estado y otras Administraciones Públicas. Estas prestaciones pueden ir dirigidas a la financiación total o parcial de los gastos derivados de la adaptación funcional del hogar, de la adquisición de ayudas técnicas que faciliten el desenvolvimiento de la persona mayor en su medio, de la estancia temporal o permanente en centros residenciales o unidades de estancias diurnas, así como aquellas otras que favorezcan su autonomía personal.
- Desarrollo de sistemas de divulgación de información a las personas mayores sobre los derechos que les reconoce el ordenamiento jurídico, su ejercicio efectivo y las medidas a emprender en caso de vulneración de los mismos.
- Desarrollo de sistemas de investigación de denuncias formuladas ante las Administraciones Públicas por motivo de desasistencia en que pueda hallarse una persona mayor

darán y, en su caso, de adopción de las medidas adecuadas para su cese. En el caso de detección de situaciones de maltrato sobre personas mayores, todas las legislaciones plantean la puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal.

- Desarrollo de sistemas de protección frente a ingresos no consentidos en centros residenciales por aplicación del principio de que ninguna persona mayor podrá ser obligada contra su voluntad a permanecer en un centro residencial, salvo en los supuestos de autorización judicial, (incapacidad presunta o declarada). Dicha protección también deberá extenderse a los supuestos de concurrencia sobrevenida de circunstancias determinantes de incapacitación del mayor, (puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal).

Para garantizar lo anterior, los servicios de inspección velarán por el cumplimiento de lo anterior y podrán solicitar del interesado que ratifique la voluntariedad de su estancia, me-

dante entrevista personal mantenida sin la presencia de familiares ni de representantes del centro.

6. CONCLUSIÓN.

Con el anterior repaso a determinadas instituciones protectoras de la persona y el patrimonio del mayor, no se ha pretendido llevar a cabo un análisis exhaustivo de las mismas, sino dar una visión global, aun a riesgo de llevar a cabo un estudio demasiado superficial. En todo caso, la finalidad del artículo, precisamente tiene un carácter más divulgativo y expositivo que técnico. La aplicación práctica de muchas de estas instituciones deberán quedar en manos de los técnicos y los profesionales de cada ámbito, pero es obligación de todos los profesionales, sea cual sea su adscripción profesional, que trabajan en el ámbito de la atención y el cuidado de los mayores, el conocer las mismas como primer paso para su aplicación, pues no puede plantearse aquella solución o posibilidad que se desconoce.