

# POR UN VERDADERO IMPULSO EN LA PROMOCIÓN Y GARANTÍAS DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MAYORES

**CARLOS GANZENMÜLLER ROIG**

Fiscal del Tribunal Supremo

Fiscal Delegado ante el Foro Justicia y Discapacidad

Fiscal Coordinador de los Servicios de Protección a las Personas con Discapacidad de las Fiscalías Provinciales

---

## PALABRAS CLAVE

*Unión Europea, voluntades anticipadas, el derecho de información, persona mayor, envejecimiento activo y maltrato al mayor.*

## RESUMEN

*El derecho fundamental de toda persona mayor, se centra en el respeto a su capacidad para decidir por sí misma, sin más limitaciones que el perjuicio ilícito para terceros y los demás legalmente previstos. Para ello es preciso informar y concienciar a las personas mayores, de los mecanismos jurídicos existentes, para que su voluntad sea cumplida, cuando ellos no puedan decidir y tengan que ser terceros los que lo hagan. Viviremos más, pero muy posiblemente, con una evidente merma en nuestras facultades mentales y sensoriales. En el momento presente no disponemos de información suficiente para responder a las dos preguntas claves: ¿Qué será de mí cuando ya no pueda decidir?... ¿Quién lo hará? La cuestión tiene al menos tres vertientes a concretar: Mis derechos personales. Mi salud. Mi patrimonio. El derecho de información y formación de la persona mayor, resulta imprescindible, para que en el momento de la jubilación, junto al cálculo de las prestaciones que recibiremos o deberíamos recibir, podamos determinar; mediante los mecanismos de las "voluntades anticipadas", la persona, personas o entidades, que decidirán por nosotros, evitando de esta forma la judicialización indiscriminada, o el abuso de quién o quienes debieran, procurarnos una confortable existencia.*

## KEYWORDS

*European Union, early wishes, the right to information, elderly person, active aging and elder abuse.*

## ABSTRACT

*The fundamental right of every elderly person undoubtedly focuses on respect for their ability to decide for themselves, with no limitations other than unlawful injury to third parties and other legal provisions. This is why it is necessary to inform and educate the elderly, about existing legal mechanisms so that their wishes are fulfilled when they cannot decide and third parties have to do so. We will live longer, but quite possibly with an obvious decrease in our mental and sensory faculties. At present we do not have enough information to answer two key questions: What will happen to me when I cannot decide?... Who will do it? The question has at least three aspects to look at: My personal rights. My health. My wealth. The right to information and training of the elderly is essential, so that at the time of retirement, together with the calculation of payments we will receive or should receive, we can determine, through the "early wishes" mechanisms, the person, persons or bodies that will decide for us, thus avoiding the indiscriminate prosecution or abuse of those who must obtain a comfortable existence for us.*

## Sumario

1. Introducción.
2. Las claves del conflicto.
3. La problemática de los malos tratos a las personas mayores. Europa y la prevención del maltrato, abuso y descuido de las personas mayores.
4. El envejecimiento activo y la capacidad de decidir en nuestro derecho, como garantías para asegurar una vida independiente para las personas mayores.
  - 4.1. Derechos objeto de protección.
  - 4.2. Los poderes preventivos.
  - 4.3. Medidas de autotutela.
  - 4.4. Medidas especiales de protección al patrimonio.
  - 4.5. Disposiciones previas relativas al derecho a la salud.
5. La tutela institucional.
6. Los derechos de las personas mayores en los Centros Residenciales.
7. Las cuestiones pendientes en tiempos de crisis económica.

## 1. INTRODUCCIÓN.

El año 2012, fue declarado por el Parlamento Europeo y el Consejo de la UE<sup>1</sup>, el Año Europeo del Envejecimiento Activo y de la Solidaridad Intergeneracional, de conformidad con el artículo 25 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que reconoce y respeta, el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural.

Ya en el informe de Naciones Unidas sobre el envejecimiento de la población mundial de 2009 se estimaba, que de 737 millones de personas mayores de 60 años que hay en el mundo (10,8% de la población), se pasará, en el año 2050, a 2.000 millones de personas (22% de la población total). De éstos, los mayores de 80 años serán más del 20% (en comparación con el 14% en 2009) y las personas centenarias, que en 2009 se calculaban en 454.000, pasarán en el 2050, a los 4,1 millones.

En Europa, el número de personas mayores de 80 años, que en 1950 representaban el 10% de la población, en 2050 alcanzarán cifras cercanas al 30%. Para muchos expertos, se trata de una "revolución silenciosa", ya que las personas que rondan los 60 años o los superan, aumentarán a un ritmo sin precedentes. El proceso continuará avanzando durante el presente siglo, transformando las estructuras demográficas y causando efectos de difícil evaluación en los ámbitos económico, social, político y cultural.

El último informe de la UE sobre envejecimiento prevé un cambio trascendental en la pirámide de edad europea para las próximas décadas.

<sup>1</sup> Decisión n° 940/2011/UE del Parlamento Europeo y del Consejo.

Los datos que se barajan son estos:

- Hasta 2060, la población total aumentará ligeramente: habrá 517 millones de habitantes frente a 502 millones en 2010.
- Pero su edad será mucho mayor: el 30% tendrá al menos 65 años.
- El hecho de que más personas vivan más tiempo plantea problemas graves a las economías y los sistemas de seguridad social.
- Habrán menos personas en edad de trabajar, pues la población entre 15 y 64 años de edad bajará del 67% al 56%. Es decir, se pasará de cuatro a dos personas en edad de trabajar por cada jubilado.

Estos cambios demográficos pueden tener consecuencias importantes para las finanzas públicas en la UE, de aplicarse las políticas actuales<sup>2</sup>. El gasto público relacionado con la edad (pensiones, sanidad y cuidados de larga duración) subirá 4,1 puntos en porcentaje del PIB, del 25% a cerca del 29%; y solo el generado en pensiones aumentará del 11,3% al 13% del PIB.

En todo caso, el alcance y la rapidez del proceso dependerán también de la esperanza de vida<sup>3</sup>, la fecundidad y la migración futuras, y de lo que cada país de la Unión avance individualmente, en las reformas de las pensiones y gastos sanitarios y sociales.

El número de europeos mayores de 60 años aumenta dos veces más de lo que lo hacía antes de 2007, lo que equivale a decir que crece en unos dos millones al año en vez de en un millón como sucedía anteriormente.

<sup>2</sup> Entre 2010 y 2060.

<sup>3</sup> Entre 2000 y 2060 se prevé que la esperanza de vida al nacer aumente de 76,7 a 84,6 años (hombres) y de 82,5 a 89,1 años (mujeres). En el mismo periodo, la tasa de fecundidad subiría ligeramente, de 1,59 a 1,71 hijos por mujer. El total neto acumulado de inmigrantes en la UE se calcula en unos 60 millones hasta 2060. A partir de los años 2014 y 2015, la población laboralmente activa, comenzará a disminuir, pero tendrá que mantener a una mayor población de jubilados, que además, vivirá más años.

Bajo estas perspectivas, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea (UE) declararon el pasado año 2012, como el año del envejecimiento y de la solidaridad intergeneracional, "decisión que pretende establecer una cultura del envejecimiento activo, en una sociedad para todas las edades, mediante el apoyo y fomento a los esfuerzos de los Estados miembros y sus autoridades, así como a la sociedad civil y comunidad empresarial, incluidas las pequeñas y medianas empresas, para promover el envejecimiento activo y movilizar el potencial de las personas, próximas a los sesenta años o mayores".

## 2. LAS CLAVES DEL CONFLICTO.

Del envejecimiento activo y de la autonomía de la voluntad, como pilares del objetivo a consolidar: La vida independiente.

Se entiende por "envejecimiento activo", el fomento de un envejecimiento saludable con dignidad, mediante la consecución de mejores oportunidades a las mujeres y los hombres de más edad para que puedan participar en el mercado laboral, combatiéndose la pobreza y la exclusión social e incentivando el voluntariado y la participación activa en la vida familiar y social.

Las claves del proceso pasan también por el reforzamiento de la autonomía personal en todos los órdenes, para que pueda prolongarse al máximo la vida independiente.

La persona mayor es tan útil, productiva y valiosa para la sociedad, como cualquier otro

ciudadano, por ello, es necesario establecer una cultura de sensibilización contra los estereotipos negativos relacionados con la edad y contra la discriminación por razón de edad, asegurándole, si puede y quiere seguir trabajando, un marco legal de aprendizaje permanente a sus necesidades, garantizándole distintas alternativas en el mercado laboral y un sistema de protección social adecuado a sus necesidades.

Las medidas que se proponen para alcanzar los objetivos citados, comprenden actividades a escala local, regional, nacional o de la Unión, que “con una amplia participación de todas las partes interesadas pertinentes, para promover el debate, sensibilizar a la sociedad y fomentar la asunción de compromisos para con objetivos específicos”, promocionen campañas de información y educación, utilizando recursos multimedia; intercambio de experiencia y buenas prácticas; investigación y realización de encuestas a escala regional, nacional o de la Unión, y difusión de los resultados, dedicando una atención particular al impacto económico y social de promover políticas favorables al envejecimiento activo.

Se prevé expresamente un sistema evaluativo del proyecto, debiendo la Comisión presentar al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la ejecución, antes del 30 de junio de 2014, “un informe que contenga una evaluación general de las iniciativas previstas en la presente Decisión con información detallada sobre su ejecución y resultados, con objeto de que sirvan de base para las futuras

políticas, medidas y acciones de la Unión en este ámbito, especialmente sobre la manera en que se ha integrado la igualdad entre mujeres y hombres en las actividades del Año Europeo y sobre cómo se ha garantizado la accesibilidad de las personas con discapacidad a dichas actividades”.

Paralelamente se contempla un sistema de financiación y apoyo extra financiero, para la consecución de las actividades descritas, que podrán ser objeto de un contrato público o dar lugar a la concesión de subvenciones financiadas con cargo al presupuesto general de la Unión o apoyo extra financiero a las actividades emprendidas por organizaciones públicas o privadas de conformidad con el artículo 3, apartado 3<sup>4</sup>.

Concluyendo, podemos señalar que el envejecimiento supone un desafío para el conjunto de la sociedad y para todas las generaciones en Europa, que ha de ser abordada desde una amplia perspectiva relacionada con la solidaridad entre las generaciones y con la familia.

La población de la Unión compuesta por personas próximas a los 60 años, se incrementará a un ritmo mucho más rápido que en cualquier tiempo pasado, lo que supone un éxito generalizado, en los ámbitos de la salud y la calidad de vida. Sin embargo, ante el crecimiento del número de personas mayores en Europa y el aumento de su “esperanza de vida”, resulta imprescindible promover un envejecimiento activo y saludable para todos, y en particular para las personas de más edad, promoviendo, además, del acceso a una atención sanitaria

<sup>4</sup> La Comisión o los Estados miembros podrán identificar otras actividades que contribuyan a alcanzar los objetivos del Año Europeo y permitir que el nombre de este último sea utilizado en la promoción de esas actividades en la medida en que ayuden a alcanzar los objetivos establecidos en el artículo 2.

adecuada y de alta calidad, a la atención de larga duración y a los servicios sociales; el fomento a la prevención de los riesgos para la salud asociados con el envejecimiento.

Con el aprendizaje de una cultura basada en el “envejecimiento activo y saludable” conseguiremos que las personas de más edad incrementen su participación en el mercado laboral, permanezcan activas más tiempo en la sociedad y mejoren su calidad de vida individual; lo que supondrá una reducción para los regímenes de pensiones y sistemas de atención socio-sanitaria, y donde las nuevas actividades relacionadas con el voluntariado, el aprendizaje permanente, el acceso a las nuevas tecnologías, a la cultura y el deporte, constituyan el apoyo necesario para incrementar una vida independiente.

También es de resaltar, el realismo con el que la Comisión está aplicando la Estrategia Europea en materia de discapacidad 2010-2020, donde la Unión y todos los Estados miembros, han firmado la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, que contiene, disposiciones pertinentes para las personas de más edad, dada la correlación que existe entre discapacidad y envejecimiento.

Especialmente las acciones en apoyo a una vida independiente e inclusión en la comunidad, pues son las personas de más edad con discapacidad, las mayormente vulnerables y propensas a la exclusión social, necesitadas de políticas preventivas y de un alto nivel de asistencia; siendo las acciones sobre accesibilidad que caminan en la dirección del “diseño para todos”, un objetivo prioritario.

### **3. LA PROBLEMÁTICA DE LOS MALOS TRATOS A LAS PERSONAS MAYORES. EUROPA Y LA PREVENCIÓN DEL MALTRATO, ABUSO Y DESCUIDO DE LAS PERSONAS MAYORES.**

Una de las cuestiones claves, no resueltas en la actualidad, desde la perspectiva de formular una propuesta de defensa integral de los derechos de las personas mayores, la constituye el hecho de que éstas, pasan a ocupar una posición de menor relevancia y visibilidad, al quedar inmersas en otros sistemas de protección, que parecen sólidos y eficaces.

Así, mientras que la protección a los menores, el colectivo queda perfectamente identificado y delimitado por una edad, que señala la frontera de protección, incorporando y supereditando todas las demás circunstancias, como sexo, discapacidad, etnia, etc.; en la situación de los mayores, al existir ya constituidos mecanismos de defensa, en muchos casos muy consolidados, al tener que interactuar en diversos estadios de protección, solapan u ocultan en gran medida la protección, cuando inciden en personas sujetas a múltiples factores de vulnerabilidad.

Sucede así, en el maltrato, abuso y negligencia de las mujeres, cuando además, son personas mayores; incrementándose su vulnerabilidad, si tienen una discapacidad funcional, mental, sensorial o intelectual. Progresando el factor multiplicador, si pertenecen a grupos sociales marginados o desprotegidos, que carezcan de protección social.

Los abusos y el trato negligente hacia las personas mayores han sido constatados por los organismos de derechos humanos y expertos independientes, que incluyen la violencia física,

emocional, sexual o abuso financiero, el abandono, y todas las formas de trato degradante e inhumano, que incidan en su dignidad.

Conductas que concurren en condiciones de dependencia de las personas mayores en la atención o el apoyo de los demás. Esa atención y apoyo pueden existir en un contexto formal, donde los titulares de los derechos son los usuarios de los servicios. Como sucede en residencias de ancianos, hospitales de atención a largo plazo o los servicios a domicilio en la comunidad o en un contexto informal donde la atención es proporcionada por parte de familiares o por otros cuidadores.

Por ello, es necesario extremar la vigilancia y la prevención en la actuación de todos los "apoyos", que pueden perpetrar el abuso y la negligencia; no solo desde la actuación deliberada, cometida por individuos con la intención de perjudicar a personas mayores, sino también, desde aquellas que la incluyen por un trato inadecuado, realizado "por sistema", desconocimiento profesional, o resultantes de la falta de servicios apropiados.

La protección de los derechos de las personas mayores requiere tomar en cuenta la discriminación y su carácter multidimensional, con la discriminación por edad que se ve agravada por otras formas de discriminación por motivos de género, origen étnico, religión, discapacidad, los niveles de pobreza, la orientación sexual y de género, la identidad, la condición de emigrante, estado civil y familiar, alfabetización y otros motivos.

A estas y a otras muchas cuestiones pendientes, se pretende dar respuesta en el Simposio Regional celebrado en Bruselas, el 17 de junio

2013, organizado por la Oficina Regional para Europa de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y la Comisión Europea, que conmemoró el Día Mundial de la Conciencia de los Abusos de Ancianos, con el objetivo primordial de estudiar esta problemática, desde la perspectiva de derechos humanos.

Para ello, fueron convocados los representantes de los ministerios competentes (asuntos sociales, salud y justicia) de los 27 estados miembros de la UE, los representantes de las instituciones nacionales y regionales de derechos humanos de los Estados miembros de la UE, sociedad civil internacional y de ámbito europeo e investigadores en el área del abuso y la negligencia de las personas mayores y expertos en cuidados.

Las cuestiones específicas que se abordaron fueron:

- El abuso sistémico y el abandono de las personas mayores en instituciones.
- El marco basado en derechos humanos para la protección de las personas mayores.
- El papel del Estado en la prevención y protección contra el abuso y la negligencia cometida por particulares.
- Derechos de los cuidadores formales e informales.
- Los efectos de la actual crisis económica sobre los servicios y normas.
- Los enfoques de inversión social para la atención.
- Evaluación de las normas internacionales y regionales vigentes.

Las conclusiones más relevantes inciden en la necesidad de continuar estudiando las "Vías

de defensa de los derechos humanos de las personas mayores” para abordar lo mejor posible los derechos de las personas mayores en general y la prevención del abuso y la negligencia, en particular, en el marco de una ley internacional, similar a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, desde la necesaria intervención de la sociedad civil en la promoción del enfoque basado en los derechos humanos.

Sin olvidar la promoción de los derechos de las personas especialmente vulnerables (por ejemplo, mayores, personas con demencia, discapacidad psicossocial), los obstáculos que existen en la sociedad (discriminación por edad, el reduccionismo económico, recortes de austeridad relacionados con el presupuesto), y la elaboración de un programa más ambicioso, con visión de futuro.

Finalmente se abordaron, las formas y fondo, sobre las que deberá asentarse la agenda de los derechos que podrían tener cabida en el derecho internacional de derechos humanos existentes y la legislación europea; así como las ventajas e inconvenientes que un nuevo instrumento potencial como una futura Convención sobre los derechos de personas mayores, puede representar, para canalizar los esfuerzos realizados en un nuevo desafío, que no admite mayor espera.

#### **4. EL ENVEJECIMIENTO ACTIVO Y LA CAPACIDAD DE DECIDIR EN NUESTRO DERECHO, COMO GARANTÍAS PARA ASEGURAR UNA VIDA INDEPENDIENTE PARA LAS PERSONAS MAYORES.**

En general, los jubilados españoles configuran un grupo social muy activo, que se consi-

deran útiles para su entorno, repartiendo su tiempo en apoyos imprescindibles muchas veces para sus hijos; cuidando a sus nietos, y haciendo labores del hogar, como la compra o la comida. Indudablemente son las mujeres las que mayor carga soportan, en este ámbito.

Aunque las facultades en las que se encuentra una persona de 60 años pueden ser muy diferentes a las de hace unos años, la actual generación de sexagenarios, que tuvo una infancia dura, marcada por la posguerra, se enfrentó a una madurez complicada, con muchas privaciones y frustraciones y ahora goza de una vejez que considera muy confortable.

Las antiguas preocupaciones por las pensiones dignas y la asistencia médica, son un derecho que aunque en muchos casos puede ser insuficiente, sobre todo para las mujeres viudas, está reconocido. Ciertamente que la jubilación ideal debería ser progresiva y voluntaria, pero para los próximos lustros, se anuncian, paulatinas reducciones de horario y responsabilidades, que podrían tender un plácido puente entre la vida laboral y el retiro, pues aspiran a mantenerse sanos y satisfechos tanto física como social y psicológicamente.

Ya no se consideran “ancianos”, se cuidan más y mejor, evitando los vicios sociales del alcohol y del tabaco, controlando mejor sus malos hábitos, de forma que con anterioridad a su jubilación, han iniciado una vida más sana, apurando al máximo la medicina y la farmacología preventiva. Tónica que se incrementará el futuro, si la coyuntura económica lo permite.

Existe no obstante, un inmenso temor en este colectivo, a la pérdida del control en la toma de sus decisiones. Carecer de esta prerrogativa

fundamental, es lo que les resulta más penoso y más temen las personas mayores. En nuestra terminología hablaríamos de no poder goberarnos a nosotros mismos, de depender de otros en la formación y expresión de nuestra voluntad. En definitiva en la pérdida de la libertad e independencia personal.

También desde el punto de vista legislativo, en este clima de cierto optimismo, que la crisis económica puede dificultar seriamente, se intenta consolidar lo que denominaremos, el estatuto del jubilado, que comprende:

Derechos individuales. (La autotutela, las disposiciones de voluntades anticipadas, el testamento). Derechos socioeconómicos. (La pensión). Derechos patrimoniales. (El patrimonio protegido, hipoteca inversa, y otras análogas), innovaciones jurídicas que pretenden salvaguardar y garantizar sin fisuras, la permanencia en el tiempo de la capacidad de obrar, que tenemos en el presente.

#### 4.1. Derechos objeto de protección.

El principal derecho de toda persona mayor es que se respete su capacidad para decidir por sí misma, sin más limitaciones que el perjuicio inaceptable de terceros y los demás legalmente previstos.

Para ello es preciso informar y concienciar a las personas mayores, lo antes posible, como ayuda preventiva a la nueva etapa que deben vivir, y por tanto afrontar desde su capacidad para decidir, de los mecanismos jurídicos existentes, para que su voluntad sea cumplida, cuando ellos no puedan decidir y tengan que ser terceros los que por ellos lo hagan.

De modo que en previsión de una futura situación de incapacidad para decidir y frente a iniciativas de los familiares o del propio Estado tendentes a subsanar este defecto, la persona puede valerse de distintos instrumentos legales que van a permitir al individuo erigirse frente al Estado, adelantarse a él y planificar por sí mismo su futuro, como son los poderes preventivos, la autotutela, las instrucciones previas en el ámbito sanitario, el contrato de alimentos, los planes de pensiones, etc.

Muy brevemente nos referimos a los más importantes.

#### 4.2. Los poderes preventivos.

El Art. 1732 del Código Civil, regula una institución, a mi juicio, de enorme trascendencia, que permite, mientras se conservan las facultades mentales, nombrar un representante para el caso de que lleguen a perderse, hecho éste, y he aquí la novedad, que no implicaría la revocación del poder.

Se puede evitar de este modo, en caso de pérdida de capacidad, el tener que nombrar un representante (tutor o curador) a través de un procedimiento de modificación de la capacidad y apoyos.

De modo que la persona mayor puede prevenir las consecuencias de la pérdida de conciencia nombrando un representante, en la esfera personal y patrimonial.

El poder debe realizarse ante Notario y tanto se puede nombrar un representante, como varios que actúen mancomunadamente o varios sucesivamente para el caso de que el primer llamado u otro preferente no puedan llevar a cabo su cometido.

Las ventajas que estos poderes proporcionan son indudables:

- a) Permiten una inmediata atención al representado, en decisiones urgentes, que pueden resultar importantes, para sus intereses presentes y futuros.
- b) No sólo se cuenta con la representación, sino que además es la elegida por el propio poderdante, evitándose así discrepancias y conflictos, ya no sólo entre los parientes de sangre, sino entre estos y terceros interesados, como amigos, cuidadores de hecho, etc.
- c) Evitan además tener que acudir al penoso procedimiento de modificación de la capacidad (incapacitación), para una vez constatada esta situación, nombrar un representante para que sustituya la voluntad y la iniciativa del tutelado de cara a procurar su bienestar y protección.

Pero resulta también necesario exponer sus inconvenientes, que se concretan:

En el mal uso del poder por el apoderado, por lo que se aconseja nombrar a dos apoderados, y en las discrepancias que puedan darse sobre si el mandante ha caído en estado de incapacidad o si se ha recobrado de este estado. Un remedio para esta situación es otorgar poderes "de presente y de futuro", esto es, para el momento presente en que el poderdante cuenta con capacidad y para el momento futuro en que pueda perderla.

Cada persona deberá valorar sus circunstancias especiales, que le permitan confiar en sus representantes, que como hemos afirmado, pueden ser varios y cambiarse, cuando se con-

sidere necesario.

Otro inconveniente que se apunta, es la falta de un registro nacional de poderes, de modo, que el otorgamiento de este documento puede pasar inadvertido, y aunque el riesgo sea escaso, ya que las personas que apoderan generalmente lo hacen a personas muy cercanas, parece aconsejable que se pongan en marcha los futuros mecanismos de tutela registral.

### 4.3. Medidas de autotutela.

La Ley 41/2003 de 18 de Noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad añade un segundo párrafo el Art. 223 del C. Civil en los siguientes términos:

"Asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público o notarial, adoptar cualquier disposición relativa a su persona o bienes, incluida la designación de tutor".

Los documentos públicos a los que se refiere el presente artículo se comunicarán de oficio por el Notario autorizante al Registro Civil para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado.

En los procedimientos de incapacitación, el Juez recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, del Registro de última voluntad a efectos de comprobar la existencia de las disposiciones a las que se refiere este artículo".

Si bien el Juez no tiene obligación absoluta de nombrar tutor al designado, sólo podrá apartarse de los deseos manifestados cuando la elección se considere francamente perjudicial

para el incapaz o el designado haya caído en situación de no poder desempeñar la tutela.

En cuanto a la publicidad del otorgamiento, tiene pleno sentido la petición de certificación al Registro Civil pero no la tiene la petición al Registro de Actos de Última Voluntad pues para que sea atendido es preciso acreditar el fallecimiento del otorgante.

#### **4.4. Medidas especiales de protección al patrimonio.**

Por regla general las personas mayores, conocen y se preocupan por las pensiones que reciben y las que recibirá en el futuro, pero desconocen otras posibilidades que pueden serles útiles, a sus particulares circunstancias.

##### **A) El contrato de alimentos.**

Dispone el Art. 1791 del Código Civil, que "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".

Lo cierto es que ya se venía haciendo a través del denominado "contrato de vitalicio" o de la donación modal, asumiendo en este caso el donatario la carga de prestar alimentos en determinadas condiciones a cambio del patrimonio (generalmente un inmueble) recibido.

El contrato puede formalizarse tanto entre el afectado y la persona o institución que se compromete a prestar alimentos como entre un tercero y estas personas a favor del mayor, de acuerdo con la teoría de las "estipulaciones

a favor de tercero".

Hoy muchas personas mayores cuentan con un pequeño patrimonio. Bastantes tienen una casa, de modo que es posible plantear este tipo de contratos.

El problema fundamental es el control de la regularidad de la prestación por parte del obligado a prestar los alimentos.

Cuando el contrato se formaliza directamente entre el interesado que transmite el capital y el que lo recibe y se obliga a prestar los alimentos en las condiciones pactadas, hay que partir de que una de las partes actúa sobre la base de su desvalimiento actual o futuro y, aunque la ley ofrece posibilidades de exigir el cumplimiento o resolver el contrato en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso, puede que el alimentista llegue a una situación en que no se encuentre en condiciones de reclamar nada o que la situación de abuso o deterioro no llegue a ser advertida.

Considero por ello muy conveniente que se establezca en estos contratos una supervisión o control externo, (persona de confianza del alimentista, institución, etc.).

Por otro lado, desde el punto de vista tributario, el tratamiento fiscal de estas operaciones resulta demasiado gravoso, lo que está haciendo poco atractiva su utilización.

##### **B) Los planes de pensiones.**

Desde hace una década han proliferado notablemente y muchas personas han optado por concertarlos en previsión de que el Estado no pueda mantener el nivel actual de prestaciones.

Existen algunas entidades gestoras que al vencimiento del plan ofrecen alternativamente el cobro del capital, una cantidad mensual durante toda la vida o alojamiento en una de los varios Centros Residenciales que ofertan.

#### **4.5. Disposiciones previas relativas al derecho a la salud.**

##### *4.5.1. La necesidad de consentimiento.*

La Ley 41/2002 de 14 de Noviembre, de Autonomía del Paciente permite al interesado crear estadios de decisión individual, en relación con el sistema sanitario.

Dispone el Art. 2, que "Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios.

El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la ley".

El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles.

Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito.

Ratificando lo precedente el Art. 8-1 dispone:

"Toda actuación en ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la

información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso".

##### *4.5.2. Las instrucciones previas.*

La Ley General de Sanidad de 1986 ya regulaba y reconocía la autonomía del paciente pero siempre que éste lo manifestase al tiempo de producirse la necesidad de la intervención o del tratamiento.

La ley 41/2002 va más allá pues permite manifestar anticipadamente la voluntad para el caso de que se carezca de capacidad de decisión en el momento en que se plantee la necesidad de intervención.

No es más que una modalidad de apoderamiento dirigido a surtir efecto en el ámbito sanitario, por las que una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad con objeto de que se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos 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 puede designar además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o con el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.

A diferencia de los Poderes Preventivos, si se prevé un Registro Nacional de Instrucciones Previas, disponiendo todas las Comunidades Autónomas de regulación legal de este sistema y del procedimiento a seguir.

## 5. LA TUTELA INSTITUCIONAL.

No cabe duda de que la reforma de la tutela llevada a cabo por la Ley 13/1983 de 24 de Octubre contenía cambios notables en algunos aspectos de la Institución, siendo la novedad principal, el sistema de control sobre su ejercicio que pasa de la familia a los Poderes Públicos; Autoridad Judicial y Ministerio Fiscal. Sin embargo, como ya se ha señalado, el ejercicio de la tutela en sí mismo, seguía el modelo tradicional, esto es, insertándolo en la familia aunque con la resuelta intención de que sea encomendada a uno solo de sus miembros, salvo supuestos excepcionales. (Art. 236 CC).

Pero debido al cambio de las circunstancias socio-económicas y del sistema de valores sociales, ha sido cada vez más difícil encontrar una persona dispuesta a asumir el desempeño adecuado del cargo de tutor, ni en la familia ni fuera de ella.

Al propio tiempo y, precisamente por ello, han ido surgiendo instituciones, tanto públicas como privadas, que han asumido el cuidado de personas "presuntamente incapaces" o ya judicialmente incapacitadas, relevando de tal responsabilidad a la familia o simplemente acogiendo a quienes carecen de ella.

Estas instituciones han buscado fórmulas jurídicas para amparar su actuación y así han surgido en los últimos años una variada gama de fórmulas tutelares de nuevo cuño. (Fundaciones Públicas, Fundaciones Privadas, Comisiones, Agencias, Fundaciones Públicas sometidas a régimen de Derecho Privado, Tutelas asumidas por la Dirección del Centro, etc).

La reforma legal aludida, tuvo la precaución

de incluir un precepto, el Art. 242 del Código Civil, que abría la posibilidad de que determinadas "Personas Jurídicas", aquellas entre cuyos fines se encontrara la protección de menores e incapacitados y careciesen de ánimo de lucro, asumiesen el ejercicio de la tutela.

La inclusión no fue pacífica como lo demuestra el repaso de las discusiones parlamentarias y no sólo por motivos de índole técnico-jurídica, sino incluso de oportunidad; lo que demuestra hasta que punto el problema se ha desarrollado principalmente en los últimos años.

El último hito producido en esta materia es la atribución por Ley a la Administración, de las tutelas de personas que se encuentren en situación de desamparo.

La Ley 41/2003 de 18 de Noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad añade un nuevo párrafo al artículo 239 con el contenido siguiente:

"La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces cuando ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 sea nombrado tutor, asumirá por ministerio de la Ley la tutela del incapaz o cuando éste se encuentre en situación de desamparo.

Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que le incumben de conformidad a las Leyes, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material".

Esta tutela institucional que recae en los servicios sociales creados y regulados por las

Comunidades Autónomas, están desarrollando un papel fundamental en la protección de las personas mayores con discapacidad.

## 6. LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MAYORES EN LOS CENTROS RESIDENCIALES.

Es casi un hecho irrefutable, que las nuevas generaciones no van a tener a sus padres en casa, por lo que las personas que hoy tienen 50 años se enfrentan a su futuro de manera radicalmente distinta a la que lo hicieron a esta edad las que hoy tienen 80 años.

Ya en la actualidad, la mayor parte de los actuales usuarios de residencias de tercera edad jamás pensaron que iban a acabar sus días en una de ellas.

La longevidad alcanzada en las sociedades occidentales, unido a las severas transformaciones experimentadas por la institución familiar, han llevado a esta situación y, a la vez, ha generado la aparición de una "nueva conciencia" sobre el modo de afrontar la última etapa la vida, periodo que se adivina largo y presidido por la dependencia y la necesidad.

Por tanto, es también preciso informar y si se me permite, concienciar a las personas mayores, de que la vida en centros residenciales, requiere una serie de habilidades, que facilitarán la integración y relaciones entre los usuarios.

En los centros residenciales existe una clara tendencia a la uniformización y si verdaderamente se pretende que las residencias se conviertan en un segundo hogar, debe darse cierto margen para que cada residente individualice su espacio y organice su vida, a partir del equilibrio entre lo común y lo particular.

Los derechos fundamentales del residente y su información y aprendizaje se concretan:

A) Libre desarrollo de la personalidad.

El ingreso en una residencia no debe representar el comienzo de una etapa presidida por la inactividad, deben abrirse nuevas expectativas acordes con las habilidades del residente.

Algunas personas mayores encuentran en las residencias cauces que les llevan a desarrollar facetas que nunca hubiesen sospechado (novela, poesía, pintura, internet...) o a realizar algunos sueños largamente aplazados (aprender a escribir, viajar, visitar museos, etc).

B) El derecho a la integridad moral. Las contenciones.

En las visitas realizadas a las residencias de personas mayores, es frecuente constatar la existencia del uso de medicamentos cuyo objetivo es tranquilizar al mayor. Junto a estas contenciones "farmacológicas", están las llamadas "mecánicas". Es preciso, para evitar abusos, actualizar y unificar los protocolos y manuales de buenas prácticas, ya vigentes, donde todo tipo de las referidas contenciones deberían estar indicadas por uno o dos facultativos, por el tiempo imprescindible y previa comunicación a los familiares o tutores de las mismas. Es preciso incidir en su excepcionalidad y restringir su uso, elaborando mecanismos de control, pues el abuso o cronificación de estas puede suponer un tratamiento degradante contrario al derecho a la integridad moral, como proclama el Art. 15 de nuestra Constitución.

C) Protección de la intimidad. El uso de las videocámaras.

Las nuevas tecnologías propician, cada vez más, el uso de videocámaras que puede convertirse en una práctica ilegal, si no cuenta con autorización judicial y sólo estaría justificada en casos muy excepcionales. La existencia de colocación de cámaras dentro de las habitaciones conectadas a un circuito cerrado de televisión se considera una intromisión en el derecho a la intimidad, salvo que se instalen en zonas comunes y de tránsito.

D) Derecho a las comunicaciones.

Los residentes tienen derecho a recibir visitas con un horario amplio y flexible, así como a realizar y recibir cartas o llamadas. También la utilización de internet y el correo electrónico pueden ser un instrumento muy importante de comunicación e información que deberán potenciarse.

## 7. LAS CUESTIONES PENDIENTES EN TIEMPOS DE CRISIS ECONÓMICA.

Los efectos de la crisis económica han incidido especialmente en la esfera familiar y personal de las personas mayores, constituyendo su principal amenaza y preocupación.

Ello ha quedado dolorosamente constatado, en los supuestos referidos a las malas prácticas bancarias, que pueden haber desembocado en la pérdida de todos los ahorros de miles de mayores; derivadas tanto al ámbito penal, por constituir delitos de estafa o apropiación indebida, o bien, al ámbito del derecho protector de los consumidores o usuarios.

Sea como fuere, han sido múltiples las consultas recibidas, por parte de instituciones, asociaciones o personas responsables de la guarda de personas mayores, que confiando en “su banco”, de toda la vida, se han visto sorprendidas cuando se les negaba la posibilidad de retirar sus ahorros, en base a cláusulas abusivas, o alegando que los productos bancarios contratados, vencían en fechas próximas al final de este decenio.

Otra cuestión que promueve nuestra reflexión, se centra en el cambio experimentado en el reparto de las cargas familiares por una crisis que incide en la tragedia del paro y en la precariedad de los salarios, lo que en muchas ocasiones determina que son las pensiones y ahorros de las personas mayores en la familia, los abuelos o padres ya jubilados, los que soportan las cargas y el mantenimiento de los miembros más jóvenes, repercutiendo muchas veces, en una importante disminución de su calidad de vida, y estabilidad económica en el futuro.

En este contexto es preciso abordar, como propugnan las principales Asociaciones y Fundaciones del sector de mayores, una puesta a punto de legislación existente al respecto.

Normativa que debiera de caracterizarse como “multidisciplinaria” porque tendrá que discurrir a través de muy diversos bienes jurídicos, en las que convergen normas del Derecho Público, Privado y de otras ramas jurídicas.

Esta normativa estaría constituida por:

A) Elaboración de un Plan Nacional de sensibilización; estableciendo una escala de valores en la que la edad de los mayores ocupara un importante lugar.

B) Introducir en el Sistema Educativo en todas las franjas del mismo (Educación Primera, Secundaria y Bachiller), la idea de respeto y consideración a los mayores, como parte integrante de la comunidad.

C) Una política publicitaria a través de los diversos medios, que transmitiera a la sociedad en general, una conciencia axiológica sobre los mayores.

D) Una prolija y completa información e incluso “formación”, desde las instituciones públicas de los derechos de las personas mayores y de los mecanismos de amparo de los mismos a través de la existencia de Órganos Públicos e Instituciones, con la vocación de protección y defensa de estos.

E) Finalmente, esta normativa debe complementarse con una adecuada reforma de los preceptos del Código Penal, referentes a aquellos delitos en los cuales la edad del mayor, al ser víctima de la acción delictiva, agravaría la culpabilidad del autor del delito (Delitos contra la integridad física, contra la dignidad, contra la propiedad) y algunos otros que pudieran considerarse.

Muy especialmente, la supresión de la excusa absolutoria del Art. 268 CP, que acoge la excusa parental sin tener en cuenta la especial circunstancia de extrema vulnerabilidad, como sucede en el caso de las personas mayores, y en las personas con discapacidad, mental, intelectual o sensorial.

Es necesario tener presente que la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, vigente en España desde el 3

de mayo de 2008, y por lo que a la protección patrimonial se refiere, determina específicamente en el Art. 12.5 que los Estados Parte, “Tomen todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán porque las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria”.

El Art. 268 CP, puede propiciar en los actuales tiempos de crisis económica, el expolio patrimonial de personas en situación de extrema vulnerabilidad al coincidir en ellos los factores, mayor edad y discapacidad, que determinan la más absoluta indefensión. Ello facilita, la perpetración de todo tipo de delitos patrimoniales, por actuaciones de su entorno familiar, que además resultan irreparables ante la ineficacia de su reclamación a través de un nuevo proceso civil de nula eficacia, al partir de su previsible duración e imposible reintegro.

Entendemos por tanto que debe suprimirse de nuestro Código Penal, como propugnan además, las asociaciones de personas mayores y las que representan a las personas con discapacidad, en aras a la protección que merece su situación de extrema vulnerabilidad.

Termino finalmente, efectuando una reflexión. Viviremos más, pero muy posiblemente, con una evidente merma en nuestras facultades mentales y sensoriales.

¿Estamos preparados los mayores españoles para afrontar el reto?

Disponemos de información suficiente para responder a las preguntas: ¿Qué será de mí cuando ya no pueda decidir?... ¿Quién lo hará?

La pregunta tiene al menos tres vertientes a concretar: Mis derechos personales. Mi salud. Mi patrimonio.

El derecho de información y formación de la persona mayor, al respecto, resulta impres-

cindible, para que en el momento de la jubilación, junto al cálculo de las prestaciones que recibiremos o deberíamos recibir, podamos determinar; mediante los mecanismos de las “voluntades anticipadas”, la persona, personas o entidades, que decidirán por nosotros, evitando de esta forma la judicialización indiscriminada, o el abuso de quién o quiénes debieran, procurarnos una comfortable existencia.