

PONENCIA 11: PROTECCIÓN JURÍDICA Y PERSONAS MAYORES DEPENDIENTES

PONENTE: Marisa Viñes, Presidente de Abuelos en Marcha- ABUMAR

1.- Introducción.

2.-La protección a las personas mayores en la legislación de carácter general.-

2.1.-La protección jurídica desde el código civil

2.2.-La protección jurídica desde el código penal

2.3.-La protección económica

3.-La protección a las personas mayores desde el ámbito socio-sanitario.

3.1.- Referencia a la Constitución Española

3.2.- Ley General de Sanidad

3.3.-Ley General de Seguridad Social

3.4.- LA DEPENDENCIA

- **Situación actual**
- **Modelos europeos**
- **Posibles alternativas**

4.- Conclusiones y Propuestas

1.-Introducción.-

La defensa y la protección jurídica de las personas mayores no deja de ser en la actualidad una cuestión de enorme trascendencia, ya que cada vez está más clara la idea de que sin el pleno ejercicio de los derechos, la persona mayor se encuentra profundamente perjudicada. Conviene recordar a toda la sociedad que la persona mayor es persona, con independencia de su edad y que el respeto a su dignidad personal exige que se le garantice el ejercicio de todos sus derechos y ello con independencia de que se trate de una persona mayor con capacidad de autogobierno o con dependencia psíquica o funcional. Esta cuestión es importante cuantitativamente, dado que afecta a muchas personas, pero también cualitativamente ya que afecta a muy diversos campos jurídicos y muy deferentes tipos o categorías jurídicas. Conviene recordar que no es igual la vulneración de un derecho fundamental que la de otro tipo de derecho de inferior categoría.

En el contexto de la presente ponencia nos vamos a referir a aquellos temas jurídicos que afectan a los mayores que padecen algún tipo de dependencia, ya que es éste el lema general del Congreso y éste es sin lugar a duda uno de los espacios jurídicos más dignos de vigilancia ya que la fragilidad de los mayores con dependencia es un excelente caldo de cultivo para la vulnerabilidad de sus derechos. Téngase en cuenta que en muchas ocasiones, la fragilidad está motivada por la falta de autonomía personal y esto crea una indefensión de hecho en las personas que la padecen, indefensión que puede ser aprovechada para la privación o merma del ejercicio activo de sus derechos personales. El tema requiere por tanto el esfuerzo de todos y especialmente de las Administraciones Públicas que deben estar vigilantes en la defensa y protección de estas personas.

La ponencia se desarrollará con el siguiente esquema:

- 1.-Introducción
- 2.-La protección de las personas mayores en la legislación de carácter general.
- 3.-El ámbito socio-sanitario y la protección de las personas mayores.
- 4.-Conclusion y Propuestas.

Es necesario empezar reconociendo que los cambios sociológicos del colectivo han propiciado junto con un cambio de imagen, una mayor presencia de los mayores en las esferas de poder y en los órganos de decisión de la sociedad, y todo ello ha traído, junto con el consabido aumento de los mayores dependientes, una mayor atención al tema legislativo y de ahí una mejora en algunas áreas legales que se mencionarán más adelante. **No reconocer esta mejora general no sería justo, sobre todo si lanzamos la mirada hacia atrás.** Pero dejar de mirar al cúmulo de cuestiones pendientes de abordar o a aquellas otras manifiestamente mejorables, también sería de una enorme miopía, sobre todo en un congreso como el presente, que tiene entre sus objetivos el de mostrar los déficits existentes y trabajar para conseguir superarlos.

Esta ponencia plantea, en primer lugar, un abordaje de las carencias más significativas y de las lagunas más importantes en los temas jurídicos de carácter general.

Y en segundo lugar, analizará temas jurídicos concretos, menos conocidos, que afectan al desarrollo personal de cada uno y de cuyo ejercicio correcto y adecuado se puede derivar un gran beneficio para la calidad de vida de las personas mayores dependientes.

Si determinadas cuestiones de carácter general no se subsanan, difícilmente la atención a la persona mayor va a estar suficientemente salvaguardada, ni se van a poder reclamar como injustas o ilegales aquellas situaciones que realmente lo sean, ni existirá la información ni los caminos adecuados, ni en definitiva la conciencia general de supuestos denunciables, que algunas situaciones pueden tener.¹

La presente introducción termina remarcando la capital importancia que la salvaguarda de los derechos de todos, ejercidos por las personas mayores, merecen. La dignidad de la persona es una, en calidad y cantidad, a lo largo de toda la vida y de ahí dimanar una serie de derechos y obligaciones que son inherentes a la persona, sea cual sea su edad, y que se deben ejercer sin merma alguna, salvo sentencia judicial en contrario. La defensa y la protección de los mayores dependientes en el ejercicio de estos derechos va a marcar el grado de madurez de una sociedad. Las personas mayores son las primeras interesadas en el respeto a esos derechos, deben velar por ellos, y deben ejercer todas las acciones legales posibles en orden a su defensa.

2.- La protección jurídica a las personas mayores en la legislación de carácter general.-

2.1.-La protección jurídica desde el Código Civil.-

Con independencia de que haya quien piense que nuestro código civil es suficientemente claro y determinante en el ámbito de los derechos personales, hay que reconocer que tiene problemas pendientes de resolución y que las sucesivas reformas han ido abordando total o parcialmente esos problemas, sin haber conseguido superarlos. En relación con los que afectan a las personas mayores señalamos los siguientes:

2.1.1.- El principal problema de la legislación civil, que también afecta a otros campos jurídicos ha sido el de **legislar de espaldas al colectivo de personas mayores**. Hay instituciones jurídicas que nacieron con el código civil, a finales del siglo XIX, con otras realidades sociales, y que tienen dificultades para ser aplicadas en otros contextos sociológicos. Siguen ahí con igual filosofía jurídica que en el siglo XIX. Bástenos recordar el tema de la incapacitación, que desde la época romana, y aún antes, se creó pensando en las personas con déficits psíquicos, más concretamente con problemas psiquiátricos y que tantos siglos después sigue intacta, cuando un análisis somero de la realidad social, detecta desfases importantes ya que el gran colectivo al que se le está aplicando esta institución, es al de las personas mayores con algún tipo de demencia.

¹ Atención sociosanitaria en España: perspectiva gerontológica y otros aspectos conexos. Defensor del Pueblo. Madrid 2000

Muy por encima de cualquier otro grupo social, se va a aplicar a ellos fundamentalmente. Y bien, ¿quién ha contado con los mayores en las últimas reformas del Código Civil, y de la Ley de Enjuiciamiento Civil? Pero no sólo no se ha contado con los mayores, es que son muy pocos los que cuando hay reformas piensan que también eso es aplicable a las personas mayores.

Así las cosas, sucede lo que sucede. Que todo se deja a la interpretación de los jueces, en un país como el nuestro, donde la jurisprudencia no tiene un valor vinculante, ni siquiera significativo, sino meramente referencial. Por lo tanto el primer handicap en la legislación civil, que nos aparece a la hora de aplicar determinadas instituciones jurídicas es que, aún siendo de aplicación muy directa para los mayores, éstas no nacieron con esa perspectiva (lógicamente, porque cuando fueron aprobadas, no había personas mayores, o había muy pocas, la gente moría muy pronto) y siguen asimilando reformas sin cambiar su sentido finalista.

2.1.2.- Los institutos jurídicos de **incapacitación y tutela tienen una relevancia importantísima** para las personas mayores dependientes. No hay que olvidar que gran parte de la dependencia viene motivada por la carencia de capacidad de autogobierno, y no sólo por la falta de autonomía funcional, lo cual da pie directamente a la posibilidad de incapacitación.

Incapacitación.- A pesar de la fuerte incidencia y de las reformas habidas en los últimos años, siguen existiendo problemas graves con el procedimiento de incapacitación. Es lento, exige un juicio contradictorio, lo que hace que muchos familiares lo rechacen. Se puede entender la repulsa que causa a una hija, el hecho de que para incapacitar a su madre tenga que “denunciarla” y convertirse en parte contraria en un juicio. Los expertos saben bien que esto se hace para una mejor protección de los derechos de la personas, pero no deja de ser sorprendente. Debería haber una diligencia superior en la resolución de estos temas y un juicio de otras características y desarrollar mejor, determinadas situaciones de hecho, como la figura de la guarda de hecho, para recurrir a la incapacitación sólo en casos extremos.

Las instituciones tutelares.- La tutela ha sido recientemente retocada con la nueva ley de Enjuiciamiento Civil y ha unido la designación de tutor al juicio de incapacitación, lo cual es una gran logro. Pero sigue siendo una institución muy farragosa en su articulado, que permanece sin tener en cuenta a las personas mayores. Por la vía de hecho y la prudencia y ponderación de los jueces y abogados se va consiguiendo una aplicación racional de la misma.

La curatela, no obstante ser una institución muy apropiada para la protección de muchas personas mayores que empiezan a demenciarse, no se aplica, salvo raras excepciones, porque exige un trabajo más especializado en los juzgados. Es más fácil nombrar un tutor para todo, que un tutor para aquello que es necesario, dejando el ejercicio de algunos derechos en manos de las personas parcialmente incapacitadas.

La guarda de hecho que es otra forma de tutorizar a una persona mayor apenas tiene dos artículos en el código civil y debería ser de utilización más generalizada, dando garantías al guardador y no dejándole en una situación absolutamente desprotegida.

Cuestiones de tanta importancia como la autotutela siguen sin regularse de manera directa (se permite indirectamente a través del testamento vital). Está regulada en el código de familia catalán y a pesar de las reformas no se ha incorporado al código civil estatal.

Los contratos atípicos, suscritos por las personas mayores con la finalidad conseguir una renta o servicio vitalicio a cambio de un bien inmueble o de un capital es otro ejemplo claro de lo dicho al comienzo de este apartado. Este tipo de contratos nació con otro fin y para otro tipo de contrato, pero se ha ido adaptando a la realidad presente de hecho, pero no de derecho, ya que el articulado del código civil no se ha cambiado en modo alguno. El más típico de los contrato atípicos, salvando la posible contradicción “in terminis”, es el de vivienda pensión. Con este contrato la persona mayor cede un bien inmueble , casi siempre su vivienda de toda la vida, a una entidad capitalizadora que proporciona una pensión vitalicia a quien cedió la vivienda. La persona mayor contratante, aparte de recibir las cantidades acordadas mes a mes, no tiene derecho a nada más. Se convierte en un contrato leonino. Contratos de esta naturaleza podrían tener una regulación más adecuada si se pensase en la protección de los intereses de las personas mayores.

El derecho de alimentos es otra cuestión que necesita reforma apropiada. Surgió para la protección de los menores, aunque como derecho reversible tiene aplicación a las personas mayores, pero salvo esa referencia, su filosofía jurídica está impregnada de un marcado carácter descendente. Se trata de defender los derechos de los hijos o de los nietos que no tienen quien les dé sustento, alojamiento, educación etc... pero no se piensa en el mayor desprotegido o semiabandonado por la familia que reclama este derecho.

El internamiento en un centro ha sido nueva y recientemente reformado por el art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y aunque sigue sin haber resuelto la totalidad de los problemas existentes en este tipo de internamiento, es necesario reconocer que ha supuesto en avance muy importante, digno de tenerse en cuenta. Sigue, no obstante, pensando prioritariamente en el internamiento de los enfermos mentales y no en las personas afectadas por una demencia. Cuestiones como la situación del patrimonio de los internos siguen sin resolverse, o la necesidad de una ley que regula el ejercicio de derechos personales en los centros.

Se podría hablar de otras muchas situaciones, mejorables, pero la limitación del tiempo, nos lleva en primer lugar a presuponer, creo que acertadamente, que se conocen estos derechos y en segundo lugar a enumerarlos y poco más.

2.2.-La protección jurídica desde el Código Penal.-

El vigente código penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995 no considera la vejez en sí misma como circunstancia especial que va a matizar las acciones punibles. Sólo la tiene en cuenta de manera indirecta en algunas faltas o delitos que veremos en su momento.

Las dos cuestiones más importantes en esta área jurídica son las siguientes:

2.2.1.-El maltrato a la persona mayor. Sólo recientemente a partir del art. 153 se habla de maltrato en el código penal y es preciso resaltar que entra en el código penal como consecuencia del maltrato de género, pero también es cierto que el artículo contiene la palabra ascendiente “El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre.....su ascendiente...será castigado.....”

A través de este artículo y de forma indirecta está considerado el maltrato a las personas mayores. Primero fue el maltrato a los menores, después el maltrato de género y ahora el maltrato a los mayores, pero este último enfoque no ha sido aún asimilado a nivel legislativo. Incluso en los Planes contra la violencia doméstica el maltrato a las personas mayores no se tiene en cuenta. Sobre este tema es necesario decir que se ha avanzado en cierta manera, pero también y porque afecta muy directamente a las personas dependientes, que este asunto es de tal importancia que merecería un tratamiento específico y no una simple palabra “ascendiente” bastante poco precisa (no es igual un abuelo que un padre y ambos son ascendientes) para liquidar una cuestión de tanta trascendencia y que seguramente va a tener una significación más relevante en las próximas décadas.

El maltrato supone, a priori una de las formas más directamente cercenantes de los derechos de la personas y su comisión vulnera radicalmente la dignidad de la persona humana. Se puede definir como : “Acciones u omisiones, normalmente constitutivas de delito o falta, que tienen como víctima a la persona mayor, que se infieren de manera reiterada y que se propician normalmente dentro de un ambiente familiar o de relación de cuidados”.²

Conviene hacer mención a los diferentes tipos de maltrato. Existen al menos tres tipos de maltrato, físico, psíquico y económico

Indudablemente en un tiempo no lejano será preciso retomar estos temas y darles el tratamiento que merecen, así como medidas especiales de apoyo a las personas mayores maltratadas y apoyo, sobre todo educacional a los posibles maltratadores o aquellos que estén en riesgo de perpetrar malos tratos por el estrés que produce en ocasiones las excesivas responsabilidades o cargas de trabajo, para que eviten el maltrato.

2.2.2.-El abandono de personas mayores. Debería el código penal mencionar el hecho del abandono de personas dependientes y tipificar este hecho de acuerdo a la importancia que tiene. Esto debería hacerse directamente y que no hubiera que recurrir a otros artículos para que indirectamente se pudieran imputar este tipo de acciones y omisiones. Las personas mayores dependientes son personas de extrema fragilidad y con nula capacidad de autodefensa, cuestión que es aprovechada para privarles de derechos fundamentales que les son propios e inalienables.

2.2.3.- Conviene por último advertir que las personas mayores dependientes se encuentran

² Definición de Antonio M Maroto en el libro de su autoría titulado Temas jurídicos y enfermedad de Alzheimer y otras demencias. AFAL. Madrid. 2002.

referenciadas en todos los artículos en los que se habla de incapaces y en los delitos y faltas relativos a derechos y deberes familiares. No obstante, difícilmente encontraremos una referencia expresa y directa, lo que innegablemente no ayuda en la protección jurídica de estas personas.

2.3.- Los derechos económicos

El derecho económico fundamental para las personas mayores lo constituye la pensión. Es ésta la principal causa de preocupación para los mayores, incluso por encima de las cuestiones de salud.

La regulación de las pensiones y el establecimiento de sus cuantías es cuestión fuertemente controlada por comisiones decisorias formadas por todos los agentes sociales, y se reconoce el enorme esfuerzo que los gobiernos de la democracia han hecho para que tengan carácter universal y para que sus cuantías sean cada vez más dignas. No obstante lo anterior existe la necesidad de seguir presionando para que al menos las pensiones más bajas, especialmente las pensiones no contributivas y las de viudedad lleguen al salario mínimo interprofesional.

Especial consideración requiere el hecho de que coincidan las pensiones de menor poder adquisitivo con las personas de mayor edad en donde se produce una mayor incidencia de casos de dependencia. Este hecho estaría exigiendo la puesta en marcha de la pensión por dependencia.

3.- La protección de las personas mayores desde el ámbito socio-sanitario.-

3.1.-Referencia a la Constitución española.

La situación de la población dependiente en España ha evolucionado notablemente tanto cuantitativa como cualitativamente y a problemas complejos se exigen soluciones también complejas. Se habla, así pues, de la consideración de muchos problemas desde al menos una doble vertiente social y sanitaria, que debe ser tenida en cuenta conjuntamente a la hora de la resolución de los problemas. Y esta realidad no es lógicamente ajena al mundo del derecho positivo, al mundo de la norma, y desde ese aspecto es desde donde la vamos a analizar.

El art. 149 de nuestra Carta Magna da la competencia de los servicios sociales a las Comunidades Autónomas, las cuales los desarrollarán a través de sus respectivos Estatutos de Autonomía. Pero compete al Estado regular todas aquellas condiciones que ayuden a mantener la igualdad entre todos los españoles. El art. 149.1.16 confiere al Estado la potestad coordinadora en el área de la sanidad, lo que a priori podría resultar altamente positivo para la cuestión que nos ocupa, sino fuera porque esta facultad coordinadora no está tan clara en la asistencia social o servicios sociales, de ahí que esta facultad coordinadora y el principio de cooperación (cooperación voluntaria entre posiciones de igualdad de los diversos entes públicos) pueda quedar reducida a la nada, con independencia de las funciones y competencias que tienen atribuidas las Conferencias Sectoriales de acuerdo a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del

Procedimiento Administrativo Común.

La coordinación socio-sanitaria se encuentra con una dualidad de funciones y una dualidad de atribución de competencia³

Siguiendo con el tema competencial, el Estado tendría competencias de regulación básica y régimen económico y las Comunidades Autónomas de desarrollo normativo y de gestión de servicios. Esta dualidad de atribución de competencias se produce formalmente atendiendo a las fuentes de financiación. El sistema jurídico derivado de la Constitución no ayuda a la hora de hacer una formulación coherente de la atención socio-sanitaria, quedando otra vez perjudicadas las personas mayores dependientes.

Es preciso, por último, reseñar que las Corporaciones Locales también tienen competencias propias y competencias atribuidas por las Comunidades Autónomas en los temas de atención socio-sanitaria, lo que dificulta aún más la coordinación de todos los entes competentes.

3.2.- Ley General de Sanidad.-

Los artículos 43 y 49 de la Constitución reconocen el derecho a la salud. La necesidad de desarrollar los mandatos constitucionales a través de leyes fundamentales propició en su momento la publicación de la Ley General de Sanidad, ley 14/1986 de 25 de abril, que es el principal eslabón de una serie de reformas posteriores.

Como características más importantes de la ley se deben resaltar la atribución a las Comunidades Autónomas de la competencia en materia de Sanidad, la reserva de funciones generales en materia de sanidad para el Estado y la participación ciudadana en la organización y gestión sanitaria a través de los Consejos de Salud de Área.

Dentro del contenido de esta ley y teniendo en cuenta la perspectiva de la persona mayor y la dependencia conviene resaltar algunos aspectos, no sin antes apuntar que el grado de satisfacción de los usuarios de los servicios sanitarios es muy alto en España, solamente un 10% tiene una opinión negativa del mismo.

3.2.1.- El respeto a determinados derechos fundamentales. El artículo 10 de la ley vuelve a hablar de algunos derechos fundamentales y exige su cumplimiento, como son el derecho a tener en cuenta la dignidad humana, el derecho a la intimidad personal y a la confidencialidad y a la no discriminación por edad.

3.2.2.-Derecho a la protección general de la salud. El art. 1 es especialmente claro y dice textualmente: “ La presente ley tiene por objeto la regulación general de todas las acciones que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud reconocido en el art. 43 y concordantes de la Constitución.” Y deja posteriormente muy claro que todos los españoles son titulares de este derecho.

El bien protegible de la salud se extenderá a toda la población española, nos dice el art. 3.2,

³ Para profundizar más en el tema competencial puede verse el Informe del Defensor del Pueblo “LA ATENCIÓN SOCIO-SANITARIA EN ESPAÑA: Perspectiva gerontológica y otros aspectos conexos. Publicaciones del Defensor del Pueblo. 2000. Madrid.

e igual idea se vuelve a recoger en el art. 4.

Queda claro que estamos hablando de un derecho subjetivo perfectamente referenciado, recogido en el sentido más amplio y sin supuestos excepcionales que den cabida a un cumplimiento a medias o a su incumplimiento total.

De cualquier forma los esfuerzos por una atención mejor y más generalizada a las carencias de “situaciones saludables”, en muchas personas mayores, sería racional. A este respecto hay que decir que probablemente los estados críticos de salud estén mejor atendidos que la enfermedad crónica o los procesos terminales. Todos ellos afectan por igual a las personas mayores dependientes.

La protección a la salud desde el punto de vista cuantitativo ha tenido un gran avance que es preciso reconocer. El mandato recogido en el art. 3.2 de la LGS que decía que la asistencia sanitaria se extendería a toda la población española está prácticamente realizado, dado que se pasó del 77% de cobertura en 1977 al actual 97% en Seguridad Social, más otro 2,6 % por otros sistemas, lo que da prácticamente un cien por cien. La cobertura en la práctica es total.

3.3.3.-Derecho a la igualdad en el acceso a la prestación de los servicios sanitarios.

Establece la Carta Magna que “Los poderes públicos garantizarán la igualdad de acceso a los servicios sanitarios públicos en todo el territorio español”. Las menciones a la igualdad, tanto en el acceso, como en la distribución de los recursos son constantes en la LGS, así como las referidas a la no discriminación por diversas razones, entre las que no debemos olvidar la edad. Aunque el texto no nombra esta circunstancia, una interpretación lógica del art. 10 no deja lugar a dudas.

En cuanto a la igualdad de los ciudadanos en el acceso a los servicios sanitarios es cierto que existe en el plano teórico, pero no tanto a nivel práctico. De ahí que podamos apreciar desigualdades más o menos manifiestas. Así la no utilización de determinadas tecnologías, la falta de respeto al principio de autonomía personal, la dificultad para el ingreso y la permanencia en unidades especiales de vigilancia intensiva, la dificultad para el acceso a la recepción de órganos para trasplante, la preterización en determinadas cirugías, no deja lugar a dudas.

En relación con lo anterior hay que tener en cuenta los modelos de gestión de servicios sanitarios, en donde entran, fundaciones, empresas públicas, consorcios, sociedades autogestionadas, etcétera, que pueden hacer peligrar mucho más este irrenunciable principio de igualdad en el acceso a la sanidad.

3.3.4.-Derecho a atención sanitaria integral y coordinada.- (abordaje integral y coordinado)

Tiene el presente derecho una aplicación muy directa a las personas mayores dependientes. Parte de esta atención integral y coordinada está estipulada en el art. 18.2 en donde se habla de un conjunto de acciones curativas integradas, incluidas aquellas que tienden a la prevención de la salud. Insiste asimismo el art. 46.b cuando dice textualmente que una característica primordial del sistema de salud nacional es “la organización adecuada para prestar una atención integral a la salud, comprensiva tanto de la promoción de la salud y de la prevención de la enfermedad, como de la curación y rehabilitación”
Conviene precisar aquí las carencias relativas a servicios de hospitalización a domicilio, y la atención en la última etapa de la vida, donde la coordinación de diferentes recursos es absolutamente determinante.

3.3.5.-Derecho a la información y al consentimiento informado. El derecho a la información, sobre todo en temas relacionados con la salud, ha experimentado un fuerte avance en los últimos años. Anteriormente a esta última etapa era el médico el controlador de todo tipo de información y difícilmente la proporcionaba al paciente, que sumiso se ponía en sus manos con respeto y veneración filial. Hoy en día esto ha cambiado y es el paciente, persona mayor en este caso, quien es dueño de todo lo que se sabe sobre su enfermedad y que obligatoriamente se le ha ido proporcionando por el médico. A pesar de ello, una información comprensible y específica es difícil de conseguir. Supone por tanto la vulneración de un derecho personal del paciente.

El derecho a la información es el derecho personal, no genérico, más vulnerado y a mi entender más digno de respeto. La información es un proceso que requiere una técnica y una metodología especiales. Está directamente relacionado con el consentimiento informado y es el primer paso del mismo. Para obtener el consentimiento informado es necesario partir de una buena información., procesarla, y formular una decisión sobre aquello de lo que hemos sido informados. El consentimiento informado no es sino el reconocimiento del principio de autonomía personal que todo ser humano tiene. El consentimiento informado propicia que la persona sea el agente directo de todo lo que tiene que ver con su vida. Así ante cualquier decisión importante que deba tomarse en relación con la salud o la prevención de la enfermedad o cualquier otra cuestión de más amplio espectro es preciso contar con la voluntad de la persona implicada en ese tema, para lo cual es preceptivo informar bien y esperar a que se facilite la decisión adoptada.

En esta cuestión los avances de los últimos tiempos constituyen un verdadero logro, pero también es cierto que no todo está conseguido y que es necesario insistir más en esto para llegar a un verdadero ejercicio normalizado de este derecho. La vulneración de este derecho tiene una incidencia mucho mayor entre las personas mayores y sobre todo los mayores dependientes que no pueden tomar sus propias decisiones.

3.3.6.- Derecho a la confidencialidad y a la intimidad personal.-

Todos los usuarios de las administraciones públicas sanitarias tienen derecho a la confidencialidad de toda la información facilitada en relación con su enfermedad o consulta. Asimismo existe el derecho a la intimidad personal y a la propia imagen de las personas, derivado del desarrollo constitucional y plasmado en una ley de 5 de mayo de 1982. Estos derechos relacionados con la esfera más íntima de nuestra persona, aunque cada vez son más conocidos, no siempre son respetados, antes al contrario hay vulneración

de los mismos con relativa facilidad. No siempre se cumple el secreto profesional y el quebranto de este derecho lleva a la divulgación de datos personales, sociales y estados de salud que se conocen sólo por razón de nuestra profesión y que deberían estar siempre celosamente custodiados.

La confidencialidad y la intimidad personal son derechos que todavía hay que seguir reivindicándolos constantemente porque no son de fácil cumplimiento y su vulneración es relativamente frecuente.

3.3.-Ley general de Seguridad Social .-

La ley general de Seguridad Social determina a lo largo de su articulado diferentes tipos de protección a los ciudadanos, entre los que indudablemente hay situaciones de dependencia.

Se regula el sistema general de pensiones y el sistema de pensiones por invalidez. Y aún reconociendo que se ha avanzado bastante, sobre todo en los tramos más desfavorecidos, nos parece adecuado decir que los logros siguen siendo insuficientes como para hacer frente a las situaciones de dependencia; de ahí la necesidad de exigir que de alguna forma empiece, como se ha hecho en otros países, la puesta en marcha de una pensión complementaria que vendría a paliar los gastos que la atención a la dependencia conlleva.

La protección a las personas dependientes en el sistema de Seguridad Social se limita a situaciones muy concretas y carece de un abordaje coherente y coordinado. Por ello se necesita un replanteamiento que aborde con seriedad los problemas derivados de la dependencia.

Los contenidos protectores del actual sistema, que tienen especial incidencia en lo específico de la dependencia podemos resumirlos brevemente así:

Medidas económicas a favor de personas dependientes:

Pensión de gran invalidez en su modalidad contributiva
Complemento a la pensión de invalidez, dentro de las no contributivas.

Existen otra serie de medidas no económicas o dinerarias:

Servicios sociales generales
Atención en centros

Se favorecen, asimismo, determinadas situaciones con respecto al cuidador informal o a la posibilidad de adquisición de servicios:

Prestación por gran invalidez (50% va destinado al cuidador)
Pensión que se devenga en favor de hijos y hermanos de
pensionista de jubilación o de invalidez
Asignación por hijo minusválido a cargo.

Estas asignaciones monetarias o no monetarias vienen a reafirmar aún más las características de una acción manifiestamente insuficiente y poco coherente, que lógicamente no es significativa ni soluciona un problema de la importancia actual de la dependencia. Especial hincapié tenemos que hacer en la cuestión de la incoherencia, por no decir injusticia ya que la desigualdad de trato es manifiestamente ostensible, en un tema como el de la dependencia. Así con todo y ser la dependencia una cuestión grave a cualquier edad de la vida, hay que pensar que lo es mucho mayor en la edad más avanzada y ahí es donde las posibilidades del apoyo informal son menores también, dado que las estructuras familiares son lógicamente menos sólidas cuando no inexistentes. Pues bien, como si de una relación inversa de valores se tratara, la protección existe en la etapa de actividad laboral y no se tiene en cuenta en la jubilación.

La pensión que se devenga en la situación de dependencia que surge mientras se está en actividad laboral tiene en cuenta la situación en la que queda el trabajador y la necesidad de una tercera persona que deberá prestarle ayuda para las actividades de la vida diaria y de ahí la pensión de gran invalidez con un complemento especial para la tercera persona que ayuda al dependiente. Esto mismo en la etapa de inactividad laboral (jubilación) no da derecho a nada. Esta situación no deja de ser sorprendente e injusta. De ahí la exigencia de una revisión en profundidad, que sea capaz de analizar técnicamente estas cuestiones. La pensión de jubilación o de viudedad tiene su significado y su razón técnica de ser, pero no tiene nada que ver con la dependencia y el coste que ella genera para el afectado y su familia, por lo que la dependencia tiene que ser considerada como una contingencia más, totalmente protegible, con independencia, y esto es lo que se pide, de la etapa de la vida en la que sobrevenga.

Se puede afirmar sin miedo a equivocarse que la cobertura que da el sistema de seguridad social actual al tema de la dependencia es muy poco significativo y que no se hizo pensando en la dependencia, por lo que es inevitable un abordaje rápido, coherente y total de esta contingencia.

Si miramos, por otro lado, las medidas complementarias, tales como la ayuda a domicilio y el nivel cobertura de los servicios sociales, nos daremos cuenta de que estamos todavía a bastante distancia de la mayor parte de los países de nuestro entorno comunitario.

Conocido ya cual es el trato que desde la Seguridad Social y desde otros estamentos públicos se da al tema de la dependencia, cabría en principio hacer la siguientes recomendación para paliar las cargas que de la misma se derivan:

- 1.- Conceder una pensión complementaria o aumento de la cuantía de la pensión existente, desde el momento en que un tribunal “ad hoc” determine algún grado de dependencia.-
- 2.-Instaurar un sistema de cheque servicio por el que el usuario accede a los servicios

públicos o privados de acuerdo a determinadas normas preestablecidas. Son en definitiva una subvención al consumo que hace crecer la demanda de servicios y que mejora la oferta. Incentiva asimismo el empleo, dentro de lo que se denomina nuevos yacimientos de empleo y fomenta el sector de la llamada economía social, fundamentalmente cooperativas. Este tipo de cheques se facilita a la persona mayor dependiente de acuerdo a unos baremos y con él se accede al mercado de la prestación

3.4.- La dependencia.

Quizás, se puede decir, un espacio diferenciado para la dependencia no tendría mucho sentido, pero creo que sí, dado que el Congreso tiene ese título y que además es el problema más importante pendiente de resolución. Lógicamente está aquí también porque aunque es fundamentalmente un problema político, necesita una ley para su implantación y desarrollo.

Hemos visto en el apartado anterior lo poco que contiene la seguridad social en este tema. Recopilaremos algo de lo dicho y haremos unas propuestas para la pronta aprobación esta ley.

3.4.1.- Situación actual.-

La protección de la dependencia en el sistema español de la Seguridad Social no tiene, volvemos a repetir, un abordaje coherente o coordinado, sino disperso y mínimo. Así la mayor parte de las situaciones de dependencia carecen de una mínima cobertura en el sistema, y cuando la tienen, la cuantía es realmente reducida. Procede por lo tanto un replanteamiento de la cuestión. De la cobertura en el sistema de seguro privado podemos afirmar que es tan incipiente que casi no se puede tener en cuenta.

Dicho lo anterior también es justo señalar que los países más avanzados llevan hablando de este tema ocho años (excepto USA). Por lo tanto se trata de un problema de siempre, agravado por diversas causas, en la actualidad, pero al que se le empiezan a buscar soluciones a mediados de la década de los noventa.

Ya hemos visto las medidas económicas vigentes, entre las que se encuentran la pensión de gran invalidez en su modalidad contributiva y el complemento a la pensión de invalidez, dentro de las no contributivas. Existen otra serie de medidas no económicas como los servicios sociales generales y la atención en centros.

Conviene resaltar otro aspecto en relación con la situación actual de la dependencia y es el hecho de que aunque se ha empezado tarde a hablar del tema, son ya varios los años en los que se está trabajando muy intensamente y parece oportuno señalar que ya es momento de no pensar más en el modelo a seguir o en la forma de hacerlo y sí es momento de poner en marcha algo que rompa el fuego, porque la necesidad social empieza a ser importante y muy digna de tenerse en cuenta.

3.4.2.- Modelos europeos.-

Soluciones al problema de la dependencia en algunos países de nuestro entorno europeo.

1.- Modelo nórdico o escandinavo.- Muy sintéticamente el modelo nórdico en el que se incardinan Noruega, Suecia, Finlandia, Dinamarca y Holanda, tiene como característica principal, que tiene carácter universal y se presta prioritariamente desde el sector público y financiado por la vía de impuestos. Los servicios son gestionados mayoritariamente por la Administración local, excepto en Holanda que se gestiona a través de organizaciones sin fin de lucro.

2.- Modelo del Reino Unido,- No deja de ser una variante del anterior. Es parecido al nórdico, porque también es universal, pero con mayor protagonismo del Estado. Tiene mayor importancia el sistema de cuidados sanitarios de larga duración. Los servicios se prestan desde las Administraciones locales.

3.-Modelos continentales de Seguridad Social.- Son modelos basados en la Seguridad Social, tipo Bismarck, en donde la dependencia aparece como una contingencia más, y se atiende si se suscribe. No tiene carácter universal. Son ayudas económicas que se dan para que las familias procuren los cuidados necesarios. Coexiste con el seguro privado, y cada uno puede optar por uno o por otro, dentro de un sistema de desarrollo bastante complejo, que supera lo pretendido en este espacio.

Dentro de este sistema están Alemania, Austria y Luxemburgo.

En estos países la dependencia se financia a través de cotizaciones de trabajadores y empresarios.

4.-Modelo francés.- Se puso en marcha en 1997 y nace de una ley de Servicios Sociales, en la que se conceden unos derechos en base a unas necesidades y teniendo en cuenta los recursos propios. Es un sistema ecléctico y de difícil aplicación. Está teniendo problemas.

5.- Modelo USA.- En este sistema se atiende la dependencia solamente desde el seguro privado. Es por lo tanto una solución que queda muy afuera de nuestro común pensamiento. Hay que decir que son los únicos que llevan hablando de esta necesidad veinticinco años.

6.- Modelos híbridos.- El modelo japonés es muy interesante en este sentido, ya que su originalidad está en que tiene una financiación mixta muy peculiar. El 50% proviene de cotizaciones y el otro 50% de impuestos. Pero las cotizaciones las pagan los mayores de 40 años, por aquello de que están más cerca de la dependencia y/o porque son ellos los que más se benefician del seguro ya que constituirían el grupo prioritario de posibles cuidadores y así se ven ligeramente liberados con este seguro.

El modelo más estudiado o tenido en cuenta y al que se mira con mayores deseos de imitación es lógicamente el implantado en Alemania, bien es verdad que con algunos matices y adaptaciones previas.

3.4.3.- Posibles alternativas.-

El número de personas mayores en España supera ya los siete millones de personas. Más del 16% de la población. Y el 25 por ciento de ese 16% es dependiente. Esto nos da la magnitud del problema. Los número por sí solos resaltan la importancia del tema.

Las posibles alternativas se señalan a continuación:

1.- Una legislación específica dentro del marco de la Seguridad Social. Se propiciaría una cobertura dentro de la Seguridad Social creando un derecho subjetivo que daría respuesta a esta contingencia derivada de la pérdida de autonomía personal. Garantizaría la homogeneidad, crearía un marco legal de referencia y definiría la dependencia.

2.- Una ley dentro del marco de los Servicios Sociales. Sería paralela a la ley francesa y se enmarcaría como una continuación de la Ley de Pensiones no contributivas. La dependencia la gestionarían las Comunidades Autónomas. El impacto económico sería más limitado, no incrementaría ningún tipo o cuotas de la Seguridad Social, sino que se haría vía impuestos y muchos ciudadanos quedarían fuera de su cobertura por tener rentas elevadas.

3.- Plan de atención a la dependencia. Sería de carácter universal, modelo nórdico, se financiaría por impuestos y se haría formalizando convenios con las Comunidades Autónomas y con las Administraciones locales que también pondrían aportaciones dinerarias. Tiene el inconveniente de pedir un nuevo esfuerzo a la Administración local y Autonómica y tendría un control de seguimiento más dificultoso.

Podrían existir sistemas mixtos en los que se combinan los tres ya reseñados. De cualquier modo es tal la necesidad planteada que cualquiera podría ser válido con tal de que su implantación fuera por la vía de urgencia.

Dentro de estas alternativas, parece más viable o más oportuna, aquella que contempla la dependencia dentro de una ley que garantice un derecho subjetivo del ciudadano a percibir una prestación económica, fijando al mismo tiempo, entre otras cosas, el grado de cobertura y el acceso a la misma.

5.- CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.-

Examinados algunos temas jurídicos, de forma muy elemental, que tienen relación con la dependencia y tratando de concretar en algunas conclusiones lo expresado en esta comunicación, se concluye del siguiente modo:

1. En base a la dignidad que toda persona tiene, y que nos atribuye a los españoles la constitución vigente, hay que reafirmarse en que la persona es tal con independencia de su estado psicofísico y tiene unos derechos que le son inherentes, son derechos personales que acompañan a la persona durante toda su vida y de cuyo ejercicio no puede ser privado.
2. Los avances en este sentido han sido importantes y es preciso reconocerlos, pero no existe aún un reconocimiento general y generalizado de los mismos. Se tiende a unir deterioro cognitivo y funcional con menoscabo del ejercicio o la posesión de esos derechos y eso no es así. La privación del ejercicio de derechos sólo la puede establecer el juez por sentencia y de acuerdo a unas causas objetivables.
3. Para evitar algunos de los males que subyacen en los textos legales sería necesaria la

presencia de personas mayores o expertos en temas de mayores en los foros de debate, indirectamente en comisiones parlamentarias y en todo tipo de grupos de influencia para que las normas no perdieran la perspectiva gerontológica.

4. Hay temas puntuales sobre los que convendría hacer reformas: Incapacitación, tutela, internamientos involuntarios, derecho de alimentos, contratos atípicos, maltrato a mayores etc...etc... entre otros. Se debería establecer organizadamente un frente común para tratar de ir adaptando las normas a la realidad social y concretamente a la situación de las personas mayores que tienen que atenerse al cumplimiento de esas normas.
5. Hay que prestar atención especial a los temas jurídicos derivados de relaciones sociosanitarias, por la capital importancia que están teniendo.
6. Por último, el tema de la dependencia es sin duda el eje clave y primordial de la política social con los mayores. Con independencia de otros contenidos, tiene también un contenido legal, que no podemos obviar y que es necesario considerar como objetivo fundamental para su puesta en marcha en el momento que exista la voluntad política de hacerlo.