

La protección de los Adultos-Mayores: Logros del siglo XX y retos del XXI.

Un planteamiento multidisciplinar 1

1. A modo de introducción en el fenómeno del envejecimiento.

Hace muy poco tiempo que nos dimos cuenta en España de que la población envejecía fruto de los avances científicos, de la ausencia del reemplazamiento poblacional ante el descenso de la natalidad, de los flujos migratorios de extranjeros que eligen España como país de jubilación y de la llegada de ascendientes Mayores fruto del derecho de reagrupación familiar de los extranjeros residentes en España². En la actualidad se ha comenzado a abordar el asunto como un problema y no como un fenómeno que también implica importantes avances en el terreno social e incidencia en el terreno económico³ pero requiere de soluciones integrales derivadas de un estudio interdisciplinar autónomo.

¹ Trabajo realizado por Mayte Echezarreta Ferrer, Pfra. Titular de Dº Internacional Privado. Facultad de Derecho de Málaga.

² Vid. Ley O. 4/2000, de 11.01, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social BOE núm. 10, de 12.01, en su redacción dada por la ley O. 8/2000, de 22.12, BB.OO.EE. núms. 307 y 47 de 23.12.2000 y 23.02.2001 respectivamente y Prop. Modif. de directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar COM/2000/0624 final

³ La situación de dependencia de un gran sector de la población trae como consecuencia en cadena el incremento e innovación de servicios asistenciales que, si llegaran a organizarse regularmente según necesidades, promovería 1,3 billones de pesetas y 300.000 puestos de trabajo, UNESPA. *El País, Negocios*, 25.02.2001.p. 30.Por otro lado, la llegada masiva de extranjeros Mayores a España activa diferentes sectores productivos de la economía.

Es cierto que las previsiones son inquietantes y especialmente para España⁴, sin embargo desde una óptica algo más optimista, hay que decir también que los avances científicos han conseguido que la población viva hoy más tiempo y con una mejor calidad de vida y de que la mortalidad haya disminuido considerablemente⁵.

Sin embargo, el aumento de la longevidad y del número de Mayores residentes en España en ocasiones conlleva un aumento considerable de la población dependiente no sólo de Mayores avanzados sino también de niños, adolescentes y adultos⁶.

En la actualidad el gran peso de la atención a las Mayores dependientes recae en las familias⁷, pero esta estructura está hoy en día en crisis fruto de la disminución del número de miembros y de la vocación laboral y formativa de todos ellos⁸, de la fragilidad de los vínculos afectivos cada vez más potenciada por fenómenos desestructuradores como la drogodependencia o socioeconómicos como la conocida globalización y, en tercer lugar, por una crisis de valores. Frente a los principios éticos de la solidaridad y del respeto a la experiencia, se erige hoy el imperio del poder adquisitivo, del hedonismo, del narcisismo, de la intolerancia y de un auge de la cultura del ocio y de la vigencia social de lo joven como ha escrito el pfr. Pedro

⁴ Vid. El reciente Informe de la División de Población de Naciones Unidas de 28.02.2001 en el que entre otros datos significativos pronostica que en el año 2050 España será el país más viejo del mundo y habrá perdido el 21,8% de su población actual si los comportamientos reproductores no se modifican o no crece el aporte demográfico por inmigración.

⁵ Frente al envejecimiento *usual* se alza hoy un tipo de envejecimiento que denominan los expertos *exitoso*, que se define por la baja probabilidad de enfermedad y de discapacidad asociada, por un funcionamiento físico y cognitivo superior y por la implicación continua en actividades sociales y productivas VEGA VEGA, J.L. "Los Retos del Envejecimiento", (en línea) [HTTP://GERO.USAL.ES/fcursos.html](http://GERO.USAL.ES/fcursos.html) (consultado 26.03.01)

⁶ La dependencia la definió el Consejo de Europa en 1998 en los siguientes términos: "*Es dependiente la persona que, por razones ligadas a la falta o la pérdida de capacidad física, psíquica o intelectual, tiene necesidad de una asistencia o ayuda importante para la realización de las actividades de la vida diaria*"

⁷ RODRÍGUEZ CABRERO, G. coordinador del Informe *La protección social de la dependencia*, Madrid 2000. GAUTHIER H. "Family Policies in comparative perspective", discusión paper núm. 5, *Center for European Studies-Nuffield College*, Oxford, septiembre 1991.

⁸ Preocupación de la que ya se ha hecho eco el legislador: Ley 39/1999, de 5.11, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. BB.OO.EE núms. 266 de 6.11 y 271 de 12.11.

Laín Entralgo⁹. La tradición no sólo ha dejado de ser vinculante sino que además pierde cada día más su valor de referencia. Esta situación familiar no es nada más que fiel reflejo de la sociedad de nuestro tiempo basada en el consumo, la competitividad y el imperio del poder económico, produciéndose el fenómeno acuñado por el Defensor del Pueblo (en adelante D. del P.) como "gerontofobia" o el rechazo o desinterés hacia los viejos del que existen múltiples formas¹⁰.

El fenómeno del envejecimiento y en concreto de la dependencia y de la limitada autonomía que padecen algunas personas, trasciende también a serios debates éticos y jurídicos:

¿Cuáles son los límites de la obligación de mantener la vida de las personas en situaciones que requieren múltiples intervenciones médicas y con graves e irreversibles deterioros cognitivos? ¿Existen límites a la búsqueda científica de la longevidad y de la curación de enfermedades asociadas al envejecimiento como el Alzheimer? ¿Todos tienen los mismos derechos sin discriminación de edad para acceder al uso de la alta tecnología para mantener la vida? ¿Existen respuestas jurídicas diferentes según se trate de Mayores españoles o de extranjeros? ¿Qué límites de orden público podrán excepcionar la aplicación de la ley extranjera o el reconocimiento en España de decisiones extranjeras que contengan medidas sobre la persona o los bienes de los mayores dependientes? ...

⁹ P.LAÍN ENTRALGO "La empresa de envejecer II " 4, *Eidon* (en línea) Revista electrónica de la Fundación Ciencias de la Salud 2000 <http://www.fcs.es/fcs/esp/doc/eidon/eidon4/index.htm> (consulta 24.03.01)

¹⁰ Informe anual del Defensor del Pueblo de febrero de 2000, <http://www.defensordelpueblo.es/> Publicaciones. (consulta 24.03.01).

Estas preguntas unidas a otras encaminadas a la búsqueda de recursos económicos para afrontar el fenómeno y al logro de un envejecimiento cada día más óptimo y digno, han generado importantes movimientos asociacionistas ¹¹ que están convirtiendo a los Mayores en una fuerza de primera magnitud en el terreno político, reclamando el cambio de las estructuras sociales y de muchos parámetros jurídicos, económicos y culturales y generando serios debates en el seno de las Instituciones y Organismos públicos que están contribuyendo a una fuerte intervención del legislador internacional, comunitario, estatal, autonómico y local.

Dentro del marco temático propuesto para esta publicación "La persona y el Estado en los umbrales del siglo XXI", trataremos de apuntar la trascendencia del fenómeno del envejecimiento y la necesidad de su estudio interdisciplinar como fenómeno pluriconectado, deteniéndonos especialmente en algunos retos jurídicos que el siglo XX ha dejado planteados al siglo que acaba de comenzar.

¹¹ El C.E.P.M. fue creado por RD 2171/1994, de 4.11, BB.OO.EE 18-11-1994 y 24-11-1994, modificado por el R.D 428/1999, de 12.03, BOE 26-3-1999. Vid. la Decisión del Comisión Europea de 17.10.1991 relativa al grupo de enlace de las personas de edad avanzada (91/544/CEE) modificada en 1993 y 1999 DOCE L n° 296 de 26/10/1991; texto consolidado en http://europa.eu.int/eur-lex/es/lif/dat/1991/es_391D0544.html . Dicho grupo de

2. La importancia de un estudio multi e interdisciplinar del fenómeno del envejecimiento

La multi/interdisciplinariedad es la respuesta actual e imprescindible a la multiplicación, a la fragmentación y división de los conocimientos, a la proliferación y desmedido crecimiento de la información, a la complejidad del mundo en que vivimos¹². La multidisciplinariedad aportará las diferentes teorizaciones de un fenómeno desde cada una de las disciplinas y, mediante la interdisciplinariedad, se interaccionarán las diferentes disciplinas para abordar conjuntamente cada tarea¹³.

Este sistema de trabajo y aprendizaje no está generalizado por la dificultad que entraña ceder posiciones y porque pone en peligro la pequeña parcela de poder que al especialista le otorga su minúsculo pero elitista conocimiento y que puede quedar difuminada si se enmarca en el conjunto más amplio de otras disciplinas, de aquí que existan pocos programas curriculares de las ciencias que oferten estudios interdisciplinares al igual que escasos debates científicos y foros de discusión donde el especialista quede confundido en un todo interrelacionado, sin embargo se terminará imponiendo por su alta creatividad y rentabilidad lo que nos obligará a sacar nuestros conocimientos como especialistas de la minúscula parcela en la que

enlace está compuesto por representantes de Organizaciones establecidas en los Estados miembros que tengan una orientación europea y que trabajen con personas de edad avanzada y a favor de las mismas.

¹² Son palabras de RODRIGUEZ NEIRA, T. Catedrático de Teoría de la Educación en un discurso inaugural *Interdisciplinariedad: aspectos conceptuales*. Simposium sobre Interdisciplinariedad en gerontología, Toledo, Diciembre de 1996. Vid. Entre otros, Varios autores *L'interdisciplinarité. Problemes d'enseignement et de recherche dans les Universités*. París. Publications de L'OCDE 1972. *passim*.

¹³ RICHAR, J. "Problemas actuales de Pluri, de Inter y de Transdisciplinariedad en psiquiatría geriátrica". CID SANZ, M. *I Jornadas de psiquiatría geriátrica*. Knoll Made 1989, Madrid

giran y giran sin parar y ponerlos al servicio de especialistas de otras disciplinas y de los ciudadanos en general¹⁴.

El especialista, -comentaba Ortega y Gasset-, nos sirve para concretar enérgicamente la especie y hecernos ver todo el radicalismo de su novedad. Porque antes los hombres podían dividirse, sencillamente en sabios e ignorantes, en más o menos sabios y más o menos ignorantes. Pero el especialista no puede ser subsumido bajo ninguna de esas dos categorías. No es un sabio, porque ignora formalmente cuanto no es de su especialidad; pero tampoco es un ignorante, porque es un hombre de ciencia y conoce muy bien su porciúncula de universo. Habremos de decir que es un sabio-ignorante, cosa sobremanera grave, pues significa que es un señor el cual se comportará en todas las cuestiones que ignora, no como un ignorante, sino con toda la petulancia de quien en su cuestión especial es un sabio¹⁵.

Fenómenos como la revolución de las comunicaciones, la inmigración, el urbanismo, el medio ambiente, la drogadicción o el envejecimiento, son de tal complejidad que es difícil hallar soluciones a sus problemas si no se comprende la esencia misma del fenómeno y su implicación multifactorial. La mayor parte de los conflictos y problemas que estos fenómenos plantean no pueden ser abordados sin un conjunto de aportaciones disciplinares capaces de aislar y tratar cada uno de sus aspectos. La interdisciplinariedad se convierte en un ejercicio de diversidad y de tolerancia.

¹⁴ "Disciplinariedad e interdisciplinariedad son dos momentos del mismo proceso. Las disciplinas, sometidas a la especialización por la especialización, conducen al aislamiento, a una auténtica Babel del conocimiento y de la vida. La interdisciplinariedad, sin el peso de las disciplinas, es un empeño baldío y carente de contenido. La interdisciplinariedad, considerada en toda su amplitud, es el sometimiento de los descubrimientos y de los hallazgos a una constante recomposición" RODRIGUEZ NEIRA, T. "Interdisciplinariedad...cit.supra

¹⁵ ORTEGA Y GASSET, J. *El libro de las misiones*, Espasa Calpe, Madrid, 1962, pp. 168-169.

Este es el reto al que están llamados ante el fenómeno del envejecimiento, los especialistas en demografía, economía, sociología, pedagogía, filosofía, politología, antropología, biología, arquitectura, informática, medicina, derecho, etc. Razones de espacio nos impiden detallar aquí las aportaciones que desde cada rincón de las ciencias se están realizando a la construcción de una arquitectura del envejecimiento para conseguir una sociedad educada, preparada y con recursos para afrontar un futuro envejecimiento poblacional exitoso y una dependencia protegida y digna en la que se garanticen los más elementales cuidados médicos, asistenciales y jurídicos. Todos juntos, trabajando con los colectivos de Mayores y con cuantas personas dedican su vida profesional, familiar o altruista al cuidado de los Mayores, podremos aportar ciencia y experiencia para elaborar mejores y más eficaces propuestas ante los requerimientos del fenómeno en estudio.

3. La importancia del Derecho en el estudio del envejecimiento.

El Derecho junto con la ética, son los pilares sobre los que se sustenta la construcción del complejo fenómeno del envejecimiento cuya tarea sufre ya un grave retraso. El derecho aparece como bastón de apoyo de los más débiles y como garantía de sus derechos individuales y sociales y servirá también de instrumento de seguridad de los facultativos e investigadores.

El derecho de los adultos a una vida digna, libre e independiente y a otros derechos individuales, sociales y civiles, activan todos los resortes metodológicos de las ciencias jurídicas como muy sucintamente vamos a tratar de apuntar en las siguientes líneas.

3.1 Principios jurídicos inspiradores

Comenzando por los vértices normativos, resaltamos en primer lugar la preocupación que desde hace ya algunos años ha presidido las más altas Instancias Internacionales tratando de una u otra forma el marco jurídico de protección de los derechos de los más vulnerables, entre los que se encuentran, los enfermos mentales y discapacitados en general. Sin embargo hasta el último mes del último año del siglo que acaba de finalizar, no se han consagrado de manera integral los derechos de los Mayores específicamente referidos como colectivo autónomo y en cuanto sujetos pasivos un mayor número de injerencias en el marco de la medicina y de la biología .

El logro ha tenido como protagonista a la Unión Europea¹⁶ con la Carta de los Derechos Fundamentales¹⁷ que destaca por la novedad en algunas de sus formulaciones sobre los principios y derechos individuales y colectivos y por su claridad. De entre ellos, destacamos los de mayor incidencia en el mundo de los Mayores:

Art. 3: 1. Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica. 2. En el marco de la medicina y de la biología se respetarán en particular - el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley (...) Art. 4 Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes Art. 21: Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón (...) de discapacidad, edad (...). Art. 25: La Unión

¹⁶. Sobre los derechos fundamentales en la Unión Europea Vid. RODRÍGUEZ ,A. *Integración Europea y Derechos Fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001; SALINAS DE FRÍAS, A. *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2000; PI LLORENS, M. *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, Ariel, Barcelona, 1999.

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. Art. 26: La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad Art. 33: 1. Se garantiza la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social. (...). Art. 34: La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios que garantizan una protección en casos como (...) la dependencia o la vejez (...).

Junto a este texto de vital importancia para el fenómeno en análisis por las novedades que incorpora especialmente en sus arts. 21 y 34, es necesario resaltar otros que le han servido de fundamento o que complementarán su interpretación llegado el caso, como los Tratados Comunitarios o el Tratado de la Unión Europea de 1992, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 1966, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y su Protocolo, la Carta Social Europea de 1961 complementada por un protocolo adicional de 1988 y por el Convenio de 3 de mayo de 1996 en cuyo art. 23 se consagra el derecho de las personas de edad avanzada a protección social y, finalmente, el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina de 1997¹⁸ (en adelante convenio del Consejo de Europa de 1997) entre otros muchos Convenios internacionales¹⁹.

¹⁷ Aunque es un texto sin fuerza jurídica, ha sido proclamado por el Consejo, el Parlamento Europeo y la Comisión en la cumbre de Niza el 7 de diciembre de 2000 DOCE C núm. 364/1, de 18.12.2000

¹⁸ BOE 20.10. y 11.11.1999. TORRES CAZORLA, I. "Las implicaciones de los avances científicos en el campo jurídico y la necesidad de proteger los Derechos Humanos: La entrada en vigor del Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina de 4 de abril de 1997", vol. 2, núm.2 *geriatrianet.com* (en línea), 2000 <http://www.geriatrianet.com/numero3/privado3/internacional/cronicas.html> (consulta 26.03.01)

Desde la perspectiva constitucional española queremos dejar constancia de la ausencia de mención especial alguna a derechos individuales especialmente relacionados con los Mayores, los cuales quedan integrados dentro del marco general de principios y derechos de los arts. 10 y ss., así como tampoco incluye expresamente la prohibición de discriminación por razón de edad o discapacidad que quedaría integrada dentro de la alocución del art. 14 in fine "...o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

Por otro lado, dentro del marco de los principios rectores de la política social y económica, la Constitución atribuye a los poderes públicos:

1º. La obligación de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y el deber de alimentos en una dirección unilateral referida tan sólo a los padres respecto de los hijos y no viceversa (art. 39). 2º. La obligación de realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que deberá prestar una atención especializada y deberá amparar especialmente para el disfrute de los derechos que la constitución garantiza a todos los ciudadanos (art.49). 3º. El mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad (art.41). 4º. El derecho a la protección de la salud (art.43) y a unas pensiones que garanticen la suficiencia económica de las personas de la tercera edad, debiéndoles

REQUENA CASANOVA, M. "España ratifica el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina" vol LI , núm. 2, *REDI*, 1999, pp. 794 y ss.

¹⁹ RODRÍGUEZ A. Y ECHEZARRETA FERRER, M. "El reconocimiento integral de los derechos de las personas Mayores por primera vez en una Instancia internacional: la Unión Europea". vol. 3 , nº1 , *Geriatrianet.com* (en línea), 2001, <http://www.geriatrianet.com/numero4/privado4/juridicoart2001>. En este trabajo se hace una revisión de los textos más importantes de los Organismos internacionales como Naciones Unidas, Consejo de Europa, Conferencia de La Haya de DºInternacional privado y Unión Europea que consagran los derechos de los colectivos más desprotegidos y con más vinculación al mundo de los Mayores.

promover su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atienda sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio sin perjuicio de las obligaciones familiares (art. 50).

Todas estas previsiones constitucionales han sido objeto de múltiples desarrollos legales así como de numerosas interpretaciones jurisprudenciales y doctrinales que siguen abiertas ante el fenómeno del envejecimiento y que podrían servir de soporte al T.C. para la construcción de los derechos fundamentales de los Mayores como recientemente ha hecho respecto al derecho fundamental no escrito a la libertad informática²⁰.

Desde la perspectiva del Derecho internacional privado, el reto se ciñe a la búsqueda de respuestas armonizadas entre las normas imperativas internacionales, comunitarias y españolas y los ordenamientos extranjeros con los que los supuestos presenten su más estrecha vinculación para ofrecer una solución justa a los numerosos problemas jurídicos de derecho privado de la creciente población Mayor, dependiente o no, comunitaria o extranjera, especialmente residente en España. Para lo cual, las clásicas normas de funcionamiento cobrarán unos perfiles interpretativos adaptados al fenómeno en análisis.

²⁰ STC núms. 290 y 292 de 30.11.2000. ALVAREZ-CIENFUEGOS SUAREZ, J.M. "La libertad informática, un nuevo derecho fundamental en nuestra Constitución", núm. 5230, *La Ley*, 22.01.2001.

Todas estas previsiones del derecho internacional público y privado, comunitario y constitucional impregnarán los futuros debates sobre los numerosos problemas que se encuentran en la actualidad en los laboratorios jurídicos y de los que existen algunos e importantes trabajos que han tenido como protagonistas al Consejo Estatal de las personas Mayores²¹ y al Defensor del Pueblo²² y que vamos tan solo a dejar apuntados sin perjuicio de posteriores desarrollos en otras publicaciones.

3.2 Incapacitación y formas de protección del incapaz.

El deterioro psíquico que padecen cada vez más personas fruto de la prolongación de la vida o de enfermedades que generan una incapacidad para regir su persona y sus bienes, exige un cuidado especial en el análisis y estudio de cada caso de incapacidad para facilitar el tipo de institución tutelar adecuado²³. El art. 757 de la ley 1/2000 de enjuiciamiento civil²⁴ que ha derogado los arts. 202 a 214 del CC. se ha hecho eco de la reclamación del D.del P. respecto a la extensión de la legitimación activa en procesos de incapacidad a todos los trabajadores del Estado en todas sus posibles variables.

²¹ Vid. Las conclusiones del I Congreso Estatal de Personas Mayores "Las personas Mayores ante el Siglo XXI: Hacia una mayor calidad de vida" (Madrid, 3, 4 y 5 de Febrero de 1998)

http://www.seg-social.es/imserso/mayores/docs/i0_maycon35.html. (consulta 26.03.01)

²² Informe anual del Defensor del Pueblo de febrero de 2000, sobre *La atención sociosanitaria en España: Perspectiva gerontológica y otros aspectos conexos*. Informe sobre *El presente y futuro de la fiscalidad del discapacitado de mayo de 2000* <http://www.defensordelpueblo.es/> Publicaciones (consulta 26.03.01).

²³ SILLERO CROVETTO, B. "Reflexiones en torno a la protección legal de los incapaces" vol. 2, núm. 2 *geriatrianet.com* (en línea), 2000, <http://www.geriatrianet.com/numero3/privado3/familias/estudios.html> (consulta 26.03.01). GARCIA RIPOLL MONTIJANO, "La nueva legislación alemana sobre la tutela o asistencia (Betreuung) de los enfermos físicos y psíquicos: otro modelo" núm. 21, *Actualidad civil*, 1999, pp. 553 y ss.

²⁴ BB.OO.EE. núms. 7 y 90 de 8.01 y 13.04 de 2000.

Sin embargo, respecto a aquellos que prestan sus servicios en el sistema privado y como consecuencia de sus cargos o puestos de trabajo detecten un presunto caso de incapacitación, tan solo les reconoce la nueva ley la facultad de ponerlo en conocimiento del M.F. para que promueva el proceso de incapacitación. Sin embargo, en los supuestos de tráfico externo, dichas personas si tendrán legitimación si lo permite la ley nacional extranjera del incapacitado en virtud del art. 9.1 del CC.

Para determinados tipos de protección del colectivo de Mayores se propone la potenciación de la curatela, como figura protectora a medida, en donde se propicia el tipo de ayuda que se requiere y no otra, con lo que se garantiza que no se produce exceso en la protección ni anulación de determinadas facultades que operan adecuadamente²⁵.

Por otro lado, el respeto a la libertad y a la autonomía del individuo debe presidir también las instituciones tutelares incluso en los momentos en que la persona ha perdido su autogobierno. Aparece así la figura jurídica de la autotutela reclamada por el Consejo Estatal de las Personas Mayores y por el D. del P., mediante la cual son los propios sujetos los que organizan su protección en previsión de una situación futura en que ésta pueda ser necesaria así como un registro de "Previsión de tutelas" que permita al juez conocer si la persona en proceso de incapacitación hizo designación de tutor²⁶. Esta figura aparece en los países anglosajones mediante la institución del "trust" y se recoge expresamente en los ordenamientos de Quebec, Alemania o Cataluña entre otros.

²⁵ Existen supuestos en los que es necesario interpretar ampliamente las facultades del tutor. Vid. la STC de 18.12.2000, núm. 311/2000, en la que se reconoce la posibilidad de la tutora de solicitar el divorcio de su tutelada. <http://constitucion.rediris.es/principal/Wcons.html> (consulta 26.03.01)

²⁶ El Registro notarial de Valencia ha creado ya un Registro especial de autotutelas.

En el derecho común no existe esta figura, aunque el individuo podría organizar su tutela en documento público cuando aún posee sus plenas facultades y dicha voluntad podría ser tenida en cuenta por el juez cuando, una vez declarado incapaz, tenga que organizarle la tutela. Desde la perspectiva de los supuestos de tráfico externo, las autoridades judiciales españolas competentes para incapacitar a un extranjero en virtud del art. 22.3 de la LOPJ, aplicarán la ley nacional de la persona en cuestión según el art. 9.1 del CC. Dicha ley también será de aplicación a la organización de la institución protectora en virtud del art. 9.6.1 del CC, aunque se dará entrada a la ley de la residencia habitual para adoptar las medidas provisionales o urgentes de protección y a la ley española que regirá las formalidades de constitución de la institución protectora y para adoptar determinadas medidas de carácter protector.

La autotutela de un extranjero por tanto podrá organizarse en España, siempre que exista dicha posibilidad en su ley nacional. Sin embargo, aunque según dicha ley el documento no goce de validez material en virtud del art. 9.6 o formal en virtud del art. 11, ambos del C.C., siempre podrá ser tenido en cuenta como criterio de referencia para el juez en la organización de la institución protectora. En algunos aspectos, el art. 9.6 del CC., no responde con exactitud a la casuística que plantean los Mayores extranjeros residentes en España y reclama alguna revisión jurídica que podría derivar de la futura entrada en vigor del Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000 sobre la protección internacional de los adultos²⁷ en cuyo art. 15 se

²⁷ De enorme relevancia para el DºInternacional privado y para cuyo estudio nos remitimos a los trabajos de PEREZ VERA, E. y BORRÁS A. "Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: la protección internacional de adultos". Vol. LI, núm. 2, *REDI*, 1999, pp. 804 y ss. BORRAS RODRIGUEZ, A. "Una nueva etapa en la protección internacional de adultos" *geriatrianet.com*. (en línea) <http://www.geriatrianet.com/numero2/privado2/internacional/estudios.html> (consultado 26.03.01) y PÉREZ

incluye el régimen jurídico de los acuerdos o actos unilaterales suscritos por un adulto en un momento en que era capaz. Dichos actos se someten como regla de base, a lo dispuesto en la ley de la residencia habitual del adulto en el momento en que tales actos se realizan. Esta regla se excepciona siempre que el adulto someta el acto de voluntad de que se trate, expresamente y por escrito a la ley de su nacionalidad, la del Estado de una de sus precedentes residencias habituales o la del Estado en que el adulto posea bienes.

Dentro del ámbito civil está abierto al debate a la revisión del derecho de prestación de alimentos de los hijos a los padres, ausente en nuestra Constitución e impregnado de consideraciones emocionales subjetivas que hacen mantener a los Mayores en situación de clara e injusta desventaja. Igualmente se discute el derecho de visita de los nietos a los abuelos²⁸ así como la regulación de determinados contratos atípicos, suscritos con mayor frecuencia, por personas Mayores, que tienden a conseguir una renta o servicio social vitalicios o cambio de un bien inmueble o de un capital. Al hilo de las repuestas que desde la perspectiva del derecho material español se vayan dando surgirá el debate de los mismos problemas desde la perspectiva de las situaciones de tráfico externo a las que deberá responder el D^o Internacional privado.

VERA, E. *La protección de los Mayores de edad en el Umbral del Siglo XXI (Reflexión es desde la perspectiva del D^o Internacional privado*. Discurso de Ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Granada 2000.

3.3. Cuestiones relacionadas con la autonomía, la libertad y la dignidad del individuo.

Los avances científicos y tecnológicos han conseguido mantener y prolongar la vida de personas con importantes traumatismos craneo-encefálicos o con enfermedades de grave incidencia física o neurológica y que se desarrolla, en ocasiones, en situaciones de dependencia que requieren la intervención constante de los médicos en la toma de decisiones que en ocasiones bordean los límites de la dignidad individual. Esta es la cara oscura de los avances de la ciencia, donde la ética y el derecho hacen acto de presencia para montar la arquitectura vital en estos procesos extremos. La autonomía del individuo y la libertad para prestar el consentimiento dentro del marco de una correcta y adecuada información²⁹ junto con el deber del médico de actuar con la diligencia debida³⁰ deben presidir las actuaciones médicas consideradas de soporte vital³¹ en situaciones irreversibles y de grave deterioro cognitivo.

²⁸ Vid. STS de 23-11-1999, núm. 1017/1999 y La proposición no de ley del grupo parlamentario popular en el Congreso relativa al régimen de visitas de los abuelos con los nietos, en los casos de ruptura matrimonial de 7 de diciembre de 1999, serie D, núm. 516 (rechazada).

²⁹ Respecto al derecho del paciente a ser informado existen algunas discrepancias legales. En la ley 14/1986 de Sanidad, se utiliza el término *información completa*: Art. 10. 5. *Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias: A que se le de en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa ...sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento.* En el art. 5 del convenio del Consejo de Europa de 1997, se utiliza el término *información adecuada* así como en el art. 7 de la Declaración de Bioética de Gijón de 2000. En el II Congreso Nacional de Bioética de Asturias se utilizó el término *información necesaria*. Por otro lado, se encuentra también a debate la consolidación de un nuevo derecho del individuo *a no ser informado* cuando esa sea su voluntad que ya ha sido reconocido por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en su Recomendación 1418 (1999), sobre la Protección de los derechos humanos y la dignidad de los enfermos terminales y moribundos y en el art. 2 de la ley catalana de 2000 sobre los derechos de información concernientes a la salud y autonomía del paciente y documentación clínica. En similares términos encontramos otros textos de derecho comparado como por ejemplo el proyecto de ley argentino de los enfermos terminales en cuyo art. 1: (...) *La información será brindada por el profesional médico, en términos claros, adecuados a su nivel de comprensión y estado psíquico, de acuerdo a la personalidad del paciente.*

³⁰ Vid. GUERRERO ZAPLANA, J. "La responsabilidad patrimonial de la administración. Especial referencia a la administración sanitaria." 5178 y 5179 *La Ley*, de 7 y 8 de noviembre de 2000, *passim*

Desde la perspectiva ética, los acuerdos del Comité Científico de la Sociedad Internacional de Bioética adoptados el pasado año, diferenciaron claramente el concepto de actuaciones médicas del concepto de eutanasia³² y cuyo debate jurídico se acaba de reabrir en España mediante tres proposiciones de ley presentadas dos en el Congreso y una en el Senado³³. En este ámbito merece ser destacado también el ya citado convenio del Consejo de Europa de 1997 que recoge por primera vez el valor de la voluntad del individuo expresada antes de perder su capacidad cognitiva³⁴.

³¹ Nos referimos a toda intervención médica, técnica, procedimiento o mediación que se administra a un paciente para retrasar el momento de la muerte, esté o no dicho tratamiento dirigido hacia la enfermedad de base o a proceso biológico causal.

³² **Actividades médicas:** La actividad de administrar a un paciente terminal, un tratamiento contra el dolor insufrible aún a costa de adelantarle la muerte y dejar de aplicar al enfermo un tratamiento de un esfuerzo terapéutico artificial e innecesario, que podría conducir al encarnizamiento. **Eutanasia** "Sólo existe un tipo de eutanasia y que consiste en una intervención activa y directa para provocar a un enfermo, generalmente con grandes sufrimientos y en fase terminal, la muerte que pide, libre, reiterada y razonadamente". En el Código de ética y deontología médica de la organización médica colegial se recogen también principios éticos relacionados con el respeto a la libertad (art. 8.4) y a la autonomía del paciente y sus obligaciones en los últimos momentos de la vida (art. 27.2)

³³ Una de I.U.sobre despenalización de la eutanasia, otra del G. M. sobre disponibilidad de la propia vida ambas de 30.11.2000, BOCG, C.de los D., serie B, núm. 95-1, de 11 de diciembre (rechazas en la sesión del 20 de marzo) y una tercera de Convergencia i Unió y Entesa Catalana del Progrés sobre derechos de información del paciente y la Documentación clínica de 30 de enero de 2001. Sobre eutanasia Vid. AA.VV. coordinado por DIEZ RIPOLLÉS, J.L.y MUÑOZ SÁNCHEZ, J. "El tratamiento jurídico de la eutanasia. Una perspectiva comparada", Tirant lo blanch, Valencia 1996 TOMÁS Y VALIENTE, C. *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho penal*, BOE y Centro de Estudios políticos y Constitucionales, Madrid, 1999

³⁴ LEY 21/2000, de 29 de diciembre. Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña DOGC núm. 3303 - 11/01/2001 **Art. 9:** *Serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad*

Nos referimos a las directrices anticipadas³⁵, mal llamadas "directivas anticipadas"³⁶ o "testamentos vitales" (Living Will)³⁷. En el marco autonómico, contamos con la regulación de las voluntades anticipadas en ley catalana sobre los derechos de información concernientes a la salud y autonomía del paciente y documentación clínica de 2000 ³⁸.

Desde la perspectiva de la práctica jurídica se nos plantean, entre otras, las siguientes preguntas: ¿Qué valor tienen las directrices anticipadas fuera del territorio catalán? ¿Puede cualquier ciudadano español o extranjero redactar ante notario en España pero fuera de Cataluña un documento de voluntades anticipadas?

³⁵ Recogidas también la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en su Recomendación 1418 (1999).

³⁶ Término incorrecto en la lengua castellana

³⁷ Cuya terminología no es acorde con el ordenamiento jurídico español, pues dichas directrices no se ejecutan después de la muerte como ocurre en las voluntades testamentarias sino en vida. Vid. La crítica a los testamentos vitales en MARTÍNEZ DIE, R. *El llamado testamento vital: Su crítica*, Editorial AEDOS, Barcelona (en prensa). ID. "La formulación notarial del derecho y la protección de los discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales" en Varios *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*. Civitas, Madrid, 2000, p. 30.; TOMÁS Y VALIENTE, C. *La disponibilidad...* cit. *supra*. Vid. el pronunciamiento de la Conferencia Episcopal sobre los conceptos de Eutanasia y actividades médicas así como los modelos de testamentos vitales en la web <http://www.conferenciaepiscopal.es>

³⁸ **Art. 8: 1.** *El documento de voluntades anticipadas es el documento, dirigido al médico responsable, en el que una persona mayor de edad, con capacidad suficiente y de manera libre, expresa las instrucciones a tener en cuenta cuando se encuentre en una situación en que las circunstancias concurrentes no le permitan expresar personalmente su voluntad. En este documento, la persona puede también designar un representante, que será el interlocutor válido y necesario para el médico o el equipo sanitario, para que le sustituya en el caso de que no pueda expresar su voluntad por sí misma.* **2.** *Ha de haber constancia fehaciente de que el documento se otorgó en las condiciones citadas en el apartado 1. A estos efectos, la declaración de voluntades anticipadas se ha de formalizar mediante uno de los procedimientos siguientes: Ante notario. En este supuesto no cabe la presencia de testigos.*

Ante tres testigos mayores de edad y con plena capacidad de obrar, de los cuales dos, como mínimo, no han de tener relación de parentesco hasta el segundo grado con el otorgante ni estar vinculados con él por relación patrimonial.

3. *No se podrán tener en cuenta las voluntades anticipadas que incorporen previsiones contrarias al ordenamiento jurídico o a la buena práctica clínica, o que no se correspondan exactamente con el supuesto de hecho que el sujeto haya previsto a la hora de emitirlos. En estos casos se ha de hacer la correspondiente anotación razonada en la historia clínica del paciente.* **4.** *Si hay voluntades anticipadas, la persona que las haya otorgado, sus familiares o su representante ha de entregar el documento que las contiene al centro sanitario en que el paciente es atendido. Esta documentación de voluntades anticipadas se incorporará a la historia clínica del paciente.*

¿Qué valor tiene un documento de voluntades anticipadas redactado ante autoridades extranjeras?. Contestar con rigor jurídico nos requeriría un amplio espacio del que no disponemos, pero vamos a tratar de sintetizar.

Nos hallamos ante un documento que afecta a unos derechos relacionados con la personalidad del individuo, sobre los que no caben particularismos jurídicos en razón de la nacionalidad, la vecindad civil o el domicilio. Son principios y derechos fundamentales consagrados en la Constitución Española de 1978 y que se refieren a la libertad del art.1, a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad del art. 10, a los derechos a la vida y a la integridad física y moral y a no sufrir torturas ni penas inhumanas o degradantes del art. 15, a la libertad ideológica, religiosa o de culto del art. 16 y a la intimidad personal del art. 18. Según prescribe el art. 10.2 de la C.E., todos estos derechos se interpretarán de conformidad con la D.H.D.H. y los acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Y es aquí donde insertamos el Convenio del Consejo de Europa de 2000 en cuyo art. 7 se reconoce el valor jurídico de las voluntades anticipadas. La ley catalana y las leyes extranjeras que las prevean, lo único que añaden son garantías formales para una correcta práctica médica en los casos en los que exista un documento en el que conste la voluntad del paciente respecto a la aplicación de medidas de soporte vital en circunstancias irreversibles.

De aquí podemos extraer una conclusión. El valor jurídico para el médico de la voluntad del paciente ante medidas de soporte vital, entre otros textos, está reconocido internacionalmente mediante el Convenio del Consejo de Europa de 2000 ratificado por España, a nivel nacional mediante la ley 14/1986 de sanidad y a nivel autonómico mediante la ley catalana 1/2000.

Dicha voluntad deberá ser interpretada a la luz de los principios de la ética médica internacionalmente consagrados y del ordenamiento jurídico español donde incluimos las normas de regulación y de funcionamiento de Dºinternacional privado y del derecho interregional para los supuestos de tráfico pluriconectados con diferentes ordenamientos, que le obligará al médico a tener en cuenta también en su decisión la ley (en el sentido más amplio del término) más conectada a la persona en cuestión.

Cuando dicha voluntad se manifestó documentalmente, la tarea decisoria del médico se verá algo aliviada. La validez formal del documento de voluntades anticipadas, podrá derivar de la ley del lugar donde se otorgó (Cataluña, resto de España o país extranjero) o de la ley nacional o de la vecindad civil del otorgante, todo ello en virtud del art. 11 en relación con el art.13 y el art.16 del C.C. y 323.3 de la LEC. Si el documento no reúne los requisitos de forma en virtud de alguna de estas leyes, será nulo y el médico deberá indagar la voluntad presunta del paciente tal y como le obliga su código deontológico y la normativa anteriormente mencionada.

Tras serios y conflictivos debates, se consiguió incluir en el ámbito de aplicación del Convenio de la Conferencia de la Haya de 2000 las materias médicas o relacionadas con la salud, a lo que se oponían las delegaciones nórdicas, reconociéndose la competencia excepcional del foro donde se encuentre el individuo para adoptar cualquier tipo de medidas relacionadas con la persona del adulto con carácter transitorio y sin gozar del derecho de reconocimiento en los demás países contratantes del convenio y siempre que sean compatibles con las medidas adoptadas por las demás autoridades competentes según el convenio y después de

haberles prevenido de su intervención. Con esta solución de compromiso se consiguió equilibrar las diferencias culturales y jurídicas de los diferentes ordenamientos jurídicos respecto a las actuaciones en el terreno de la medicina y de la salud³⁹.

Por otro lado, el ya derogado art. 211 del CC40 fue denunciado en su día por el D. del P. como lesivo para el colectivo de Mayores proponiendo incluir una previsión jurídica específica respecto a los internamientos en centros residenciales de Mayores en supuestos de carencia de declaración de voluntad por la gravedad de la casuística y por las lesiones jurídicas en su persona y en sus bienes que se pueden causar, así como la definición de las situaciones de urgencia en las que se exige la intervención previa de la autoridad judicial. Sin embargo la nueva ley 1/2000 de enjuiciamiento civil no parece que se halla hecho eco de estos problemas en su nueva redacción del internamiento en el art. 76341 aunque amplía las garantías del derogado art. 211del C.C..

Finalmente, se ha reclamado también, la necesidad de una consideración especial del colectivo de personas Mayores, como grupo vulnerable, objeto directo de muchas acciones punibles y con menos recursos de todo tipo para instrumentar su propia y adecuada defensa. Se propone considerar asimismo como circunstancia agravante de la responsabilidad penal, el hecho circunstancial de la vejez cuando ésta se dé en el sujeto pasivo del presunto delito o falta, y un tratamiento específico del maltrato y del abandono de los ancianos.

³⁹ PEREZ VERA, E. y BORRÁS A. "Conferencia de La Haya..."cit. *supra* p. 804

⁴⁰ Derogado por la Disposición derogatoria 2º.1 de la ley 1/2000 de enjuiciamiento civil.

⁴¹ MAGRO SERVET, V. "La modificación legislativa de las medidas de internamiento no voluntario de personas por razones psíquicas en la nueva ley de enjuiciamiento civil". 5060, *La Ley*, de 24.05.2000.

3.4. Derechos socio-sanitarios, estatuto patrimonial de los Mayores y sistema de pensiones.

Otra polémica jurídica a debate, es el aumento de la demanda socio-sanitaria y la desigualdad de su cobertura dentro del territorio español, fruto de los diferentes sistemas de reparto de competencias en el mundo sanitario, de cierta homogeneidad mediante la ley 14/86 de sanidad y el texto refundido de la ley de seguridad social y en el de los servicios sociales regulados -como dice el D. del P.- por una amalgama de disposiciones que emanan del Estado, CCAA, y Administración Local.

De aquí que se reclame una ley de protección social de las situaciones de dependencia de la que existe en la actualidad un borrador, en la que se consagre el sistema de protección dentro del ámbito de la seguridad social (como lo han hecho Alemania, Austria o Luxemburgo) y con garantía de derecho subjetivo, como parece reconocer la Carta Europea de Derechos fundamentales de 2000, con independencia de la vía financiación. Dicha ley deberá consagrar la igualdad de todas las personas sin discriminación por razón de edad ni lugar de residencia en el acceso a la utilización de determinadas tecnologías, en el respeto al principio de autonomía del paciente, en el ingreso y la permanencia en unidades especiales de vigilancia intensiva, en el acceso a la recepción de órganos para trasplante, en la práctica de todas las cirugías que mejoren la calidad de vida del Mayor etc. Aquí volvería a saltar la polémica sobre la prohibición de discriminación en razón de la nacionalidad. Dicha ley deberá potenciar la integración social, la participación en la política sanitaria y en el control de ejecución a servicios comunitarios con especial énfasis en los servicios y atención domiciliaria mediante programas de adaptación de

viviendas y supresión de barreras arquitectónicas⁴² para personas dependientes, mejora de la red de residencias⁴³ y servicios intermedios como centros de día, programas de apoyo familiar de incidencia no solo asistencial sino también laboral previéndose permisos sin sueldo, flexibilidad de horarios, excedencias para periodos intensivos de cuidado, garantizando las cotizaciones sociales etc. Las aseguradoras ya se han hecho eco del problema y en la actualidad estudian nuevos productos que garanticen las situaciones de dependencia del individuo, aunque reclaman la suscripción obligatoria ante la presión aseguradora que ya sufre la población.

Finalmente, en cuanto al estatuto patrimonial de los Mayores, la reforma llevada a cabo en 1999 sobre el régimen fiscal ha tenido en cuenta determinadas situaciones de desventaja de este colectivo, tanto de la persona individualmente Mayor como de sus familiares⁴⁴, sin embargo, sigue abierto el debate sobre el régimen de pensiones y su financiación pendiente de decisión por los partidos firmantes del pacto de Toledo destinado a garantizar la viabilidad económica del sistema de Seguridad Social que deberá marcar la pauta para atajar las consecuencias de la dependencia⁴⁵.

⁴² GÓMEZ JIMÉNEZ, L "La supresión de barreras arquitectónicas y los desarrollos normativos de protección a la tercera edad. Especial referencia a la normativa andaluza" vol.2, núm. 2, *geriatrianet.com*. (en línea), 2000, <http://www.geriatrianet.com/numero3/privado3/barreras/cronicas.html> (consultado 26.03.01)

⁴³ GATSMAN A. "Fórmulas de acogida para Mayores: Apertura de Centros Residenciales en Andalucía" vol. 2, núm.2, *geriatrianet.com* (en línea), <http://www.geriatrianet.com/numero3/privado3/residencias/cronicas.html> (consultado 26.03.01)

⁴⁴ GARCÍA CALVENTE, Y. "Los mayores de sesenta y cinco años y la nueva Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas". vol.2, núm.1, *geriatrianet.com* (en línea). <http://www.geriatrianet.com/numero2/privado2/fiscal/cronicas.html>, (consulta 26.04.01)

Vid.el Informe del Defensor del Pueblo de mayo de 2000 *Presente y Futuro de la Fiscalidad del Discapacitado*.

⁴⁵ Es interesante leer el artículo de SÁNCHEZ, J.L.Y DÍAZ CHAVERO, P. sobre "La viabilidad del sistema público de pensiones" en *El País* del 20 de febrero de 2001 en el que los autores analizan dos estudios sobre la materia.

Acabamos de cumplir con el espacio asignado para esta publicación y lo hacemos sin agotar el tema, pero seguro que obtendremos la benevolencia de los coordinadores de esta publicación para invadir unas líneas más que acojan un pensamiento de la Pfra. Pérez Vera con el que pretendemos que concluya la lectura de este trabajo y cubra sus ausencias y sus errores:

Para "añadir vida a los años que se han añadido a la vida" no bastan las medidas de asistencia social si no van acompañadas del respeto a los derechos de los mayores como personas. Derechos universales pero que, proyectados sobre el grupo particular de las personas de edad, han de interpretarse a la luz de los principios complementarios de independencia, participación, cuidados, autorrealización y dignidad 46.

⁴⁶ PÉREZ VERA,E. "La protección de los mayores de edad ..." p. 15.