

PERSONAS MAYORES Y VULNERABILIDAD DE SUS DERECHOS. MECANISMOS DE PROTECCIÓN Y CRITERIOS INTERPRETATIVOS

*ELDERLY AND VULNERABILITY OF YOUR RIGHTS.
MECHANISMS OF PROTECTION REQUIREMENTS AND
INTERPRETATION*

Javier García Medina¹

Abstracto

Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto SEJ2005-07085 JURI, "Crisis matrimoniales: aspectos civiles y penales", dirigido por Vicente Guilarde Gutiérrez y financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia y dentro del Proyecto DER2012-31549 "Estatuto procesal de la víctima de hechos delictivos" dirigido por Montserrat de Hoyos Sancho y financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

Palabras-clave: Personas mayores. Vulnerabilidad. Mecanismos de Protección.

Abstract

This work has been performed under the Project JURI SEJ2005-07085, "Marriage Crisis: civil and criminal aspects," directed by Vicente Gutiérrez Guilarde and funded by the Ministry of Education and Science and within the Project DER2012-31549 "procedural Statute the victim of criminal acts "directed by Montserrat Hoyos Sancho and funded by the Ministry of Economy and Competitiveness.

Keywords: Seniors. Vulnerability. Protective Mechanisms.

1. INTRODUCCIÓN: LA VEJEZ, SUS INTERROGANTES Y RIESGOS

¹ Vice-decano e profesor da Faculdade de Direito da Universidade de Valladolid.

El proceso de envejecimiento de la población española, y también europea, junto a la situación de crisis económica, coloca en numerosas ocasiones a las personas mayores² en circunstancias cuyos derechos y expectativas pueden verse amenazados. El envejecimiento se desarrolla a través de diferentes etapas que difieren mucho de unas personas a otras y dado que abarca un período temporal muy amplio, desde los 65 años hasta los 84,9, en que está fijada la esperanza de vida para las mujeres en nuestro país, se pueden dar circunstancias diversas que de un modo u otro interrogan los derechos humanos de las personas mayores.

Por tanto la visión de la vejez como un fenómeno homogéneo dista mucho de ser correcta y supone a su vez la generación de preguntas no sólo sobre la situación de los ancianos sino sobre la estructura política y económica más adecuada para dar respuesta a una franja de población cada vez más numerosa. Téngase en cuenta también que la senectud es un proceso en el que las capacidades físicas y mentales van mermando progresivamente y que la longevidad alcanzada en los tiempos actuales provoca la aparición de enfermedades degenerativas especialmente invalidantes que exigen cuidados muy especializados. De forma que el terreno hacia las situaciones de discapacidad se convierte en una zona fronteriza en la que se van a presentar muchas dificultades de interpretación.

La condición de la vejez sitúa a los individuos en situaciones de ver disminuidas sus capacidades físicas y mentales, piénsese en las diferentes enfermedades vinculadas a la demencia senil, o en la pérdida de la conciencia de la realidad que provocan muchas dolencias degenerativas que van progresivamente deteriorando especialmente la autonomía e independencia de los

² Se utilizará la denominación “personas mayores” por ser la que concita mayor acuerdo, sin que ello supone negar legitimidad a otras terminologías como “tercera edad”, “ancianidad” o “personas de edad”. Tercera edad, por ejemplo, se emplea en el Informe 2012 de la Oficina del Defensor del Pueblo.

ancianos. En estos casos, la respuesta jurídica suele tender a sustituir la voluntad del anciano por la de otro individuo que actúa en su lugar y en su interés. Es evidente que las situaciones que se plantean en cada caso son diferentes porque, por ejemplo, las enfermedades tienen diversos estadios en cada uno de los cuales las condiciones físicas y psíquicas del anciano son diferentes de modo que lo que debemos preguntarnos es si las soluciones dadas por el Derecho Civil en este sentido son las más idóneas para proteger al anciano en las diferentes etapas de su vejez, o si por el contrario son demasiado estáticas y encorsetadas y más que proteger empeoran la situación del anciano provocando más indefensión de que la que se trata de evitar. Asimismo, habrá que investigar qué derechos fundamentales se hallan implicados en esta situación y cómo habría que actualizar la regulación de la situación de los ancianos y de las instituciones que los amparan desde una óptica de derechos humanos/fundamentales³.

En este contexto son muchos los condicionantes que surgen para el disfrute y para las garantías de los derechos humanos al afectar a la autonomía e independencia personal⁴.

³ La importancia de la reflexión sobre la autonomía y sus efectos sobre los derechos de los ancianos se aprecia al atender a la Exposición de Motivos de la LEY 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia en la que se señala “1. La atención a las personas en situación de dependencia y la promoción de su autonomía personal constituye uno de los principales retos de la política social de los países desarrollados. El reto no es otro que atender las necesidades de aquellas personas que, por encontrarse en situación de especial vulnerabilidad, requieren apoyos para desarrollar las actividades esenciales de la vida diaria, alcanzar una mayor autonomía personal y poder ejercer plenamente sus derechos de ciudadanía”

⁴ Piénsese en los denominados derechos individuales e incluso en los derechos económicos y sociales. Si bien es cierto que jerarquizarlos es muy problemático, lo que es indiscutible es que el disfrute de todos ellos de una u otra manera conforman la idea de la dignidad de cualquier sujeto.

Siendo la invisibilidad de esas situaciones un riesgo añadido para percibir los efectos sobre el anciano pero también para su entorno familiar. Además muchas personas mayores se ven especialmente expuestas a situaciones de abusos, malos tratos, abandono, pobreza, exclusión social e incluso acoso o mobbing inmobiliario. Afrontar estas circunstancias requiere dotarse de los instrumentos, medidas e ideas que pueden manejarse en el campo social, político, jurídico o económico, y que hay que considerar tanto en el terreno internacional de Naciones Unidas como en el regional europeo.

2. LAS PERSONAS MAYORES EN EL MARCO DE NACIONES UNIDAS

El envejecimiento de la población mundial se viene produciendo desde hace tiempo y se va a ir incrementando en los años futuros⁵, hecho que supone que por parte de Naciones Unidas se vaya fijando el foco de atención en este grupo de población y comience a buscar estándares adecuados con los que proceder a ajustar los mecanismos de protección y a determinar aquellos vacíos en los diferentes programas y políticas. El papel de las personas mayores en las distintas sociedades varía mucho, dependiendo en gran parte de los servicios y coberturas sociales que facilitan llevar una vida más integrada y participativa, de forma que cuando no existen tales medios, la vida es más aislada e invisible y procurar los debidos cuidados se hace más complicado.

⁵ TOMO I INFORME 2010, Las Personas Mayores en España, Primera edición, 2012, Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO), p.32; “Entre el año 2010 y el 2050 se estima que la población mundial de 65 años y más se multiplicará por tres, pasando de 523 millones a 1.486 millones. De acuerdo con las proyecciones de población de Naciones Unidas, en el año 2050 el 26,2% de la población de los países desarrollados superará los 65 años y el 14,6% en los países en vías de desarrollo”.

Los distintos documentos de Naciones Unidas que hacen alusión a diversos aspectos relacionados con las personas mayores (discriminación por edad, por sexo, prestaciones sociales, etc..) constituyen el marco de estándares internacionales⁶ a considerar en el tratamiento de las personas mayores⁷. Sin embargo será en 2002 cuando por vez primera el Secretario General presentará un informe⁸ a la Asamblea General en el que determine los principales retos que hay que abordar cuando se trata de los derechos humanos de las personas mayores (discriminación, pobreza, abusos, violencia y prestación de medios y servicios), es el denominado Informe de la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento (Madrid, 8 a 12 de abril de 2002), en que se establece la *Declaración Política y Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento, 2002.*

Las direcciones prioritarias de dicho Plan serían: las personas de edad y el desarrollo; la promoción de la salud y el bienestar en la vejez, y el logro de entornos emancipadores y propicios, buscando que las personas mayores mantengan sus capacidades de participar en todos los aspectos de la vida, y siendo las metas, objetivos y compromisos de este Plan, junto a una serie de medidas concretas y un proceso de seguimiento, los siguientes:

- a) La plena realización de todos los derechos humanos y libertades fundamentales;

⁶<http://www.ohchr.org/EN/Issues/OlderPersons/Pages/InternationalStandards.aspx>.

⁷ También se pueden consultar los datos del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de Naciones Unidas (UNDESA) <http://www.un.org/en/development/desa/population/theme/ageing/index.shtml> y al Instituto Internacional sobre el Envejecimiento <http://www.inia.org.mt/board.html>.

⁸ Informe Secretario General: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/428/86/PDF/N1142886.pdf?OpenElement>.

- b) El envejecimiento en condiciones de seguridad, lo que entraña reafirmar el objetivo de la eliminación de la pobreza en la vejez sobre la base de los Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de edad;
- c) La habilitación de las personas de edad para que participen plena y eficazmente en la vida económica, política y social de sus sociedades, incluso mediante trabajo remunerado o voluntario;
- d) Las oportunidades de desarrollo, realización personal y bienestar del individuo en todo el curso de su vida, incluso a una edad avanzada, por ejemplo, mediante la posibilidad de acceso al aprendizaje durante toda la vida y la participación en la comunidad, al tiempo que se reconoce que las personas de edad no constituyen un grupo homogéneo;
- e) La garantía de los derechos económicos, sociales y culturales de las personas de edad, así como de sus derechos civiles y políticos, y la eliminación de todas las formas de violencia y discriminación contra las personas de edad;
- f) El compromiso de reafirmar la igualdad de los sexos en las personas de edad, entre otras cosas, mediante la eliminación de la discriminación por motivos de sexo;
- g) El reconocimiento de la importancia decisiva que tienen para el desarrollo social las familias y la interdependencia, la solidaridad y la reciprocidad entre las generaciones;
- h) La atención de la salud, el apoyo y la protección social de las personas de edad, incluidos los cuidados de la salud preventivos y de rehabilitación;
- i) La promoción de una asociación entre el gobierno, a todos sus niveles, la sociedad civil, el sector privado y

- las propias personas de edad en el proceso de transformar el Plan de Acción en medidas prácticas;
- j) La utilización de las investigaciones y los conocimientos científicos y el aprovechamiento del potencial de la tecnología para considerar, entre otras cosas, las consecuencias individuales, sociales y sanitarias del envejecimiento, en particular en los países en desarrollo;
 - k) El reconocimiento de la situación de las personas de edad pertenecientes a poblaciones indígenas, sus circunstancias singulares y la necesidad de encontrar medios de que tengan una voz eficaz en las decisiones que les afectan directamente.

La Asamblea de Naciones Unidas el 21 de diciembre de 2010, mediante la resolución 65/182 de Seguimiento de la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, establece “un Grupo de Trabajo de composición abierta (Open-ended working group), en el que puedan participar todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas, con el propósito de aumentar la protección de los derechos humanos de las personas de edad examinando el marco internacional vigente en materia de derechos humanos de las personas de edad y determinando sus posibles deficiencias y la mejor forma de subsanarlas, incluso mediante el estudio, cuando corresponda, de la viabilidad de nuevos instrumentos y medidas, y solicita al Secretario General que preste a ese grupo de trabajo todo el apoyo necesario, dentro de los límites de los recursos existentes, mientras dure su mandato”.

Ha de considerarse especialmente la Recomendación general N° 27 sobre las mujeres de edad de 16 de diciembre de 2010, del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y la

protección de sus derechos humanos (CEDAW/C/GC/27)⁹. En la cual se realizan una serie de *consideraciones* entre las que se pueden destacar:

- La feminización del envejecimiento.
- Las formas concretas de discriminación contra las mujeres de edad pueden diferir mucho según las diversas circunstancias socioeconómicas y los diferentes entornos socioculturales, dependiendo del grado de igualdad de oportunidades y opciones con respecto a la educación, el empleo, la salud, la familia y la vida privada. La discriminación que sufren las mujeres de edad con frecuencia es de carácter multidimensional.

En consecuencia se *recomienda* a los Estados parte: luchar contra los estereotipos femeninos negativos; tomar medidas contra la violencia doméstica y de género; facilitar a las mujeres el acceso a la participación en la vida pública; acceso a la educación de adultos y al aprendizaje a lo largo de toda la vida; prestar especial atención a atender los problemas que puedan afectar a las mujeres de edad en su vida laboral y que no se las obligue a jubilarse anticipadamente o a aceptar soluciones similares; vigilar las repercusiones que tienen para las mujeres de edad las diferencias de salario por motivos de género; destinar ayudas cuando se

⁹Recomendación general N° 27 sobre las mujeres de edad <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/472/56/PDF/G1047256.pdf?OpenElement>: La feminización del envejecimiento revela que la mujer tiende a ser más longeva que el hombre y que el número de mujeres de edad que viven solas supera al de hombres en la misma situación. Si bien hay 83 hombres por cada 100 mujeres mayores de 60 años, entre los mayores de 80 años solo hay 59 hombres por cada 100 mujeres de más de 80 años. Además, las estadísticas del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales indican que el 80% de los hombres de más de 60 años están casados, frente a solo el 48% de las mujeres de edad.

dedican a cuidar a niños, padres o parientes mayores; atención geriátrica especializada y bajo el consentimiento informado; facilitar el acceso a la vivienda, la tierra y la propiedad; tomar medidas contra los desalojos forzosos y la falta de hogar; eliminar las desigualdades dentro del matrimonio, como la imposibilidad de suceder o hacerlo con restricciones discriminatorias.

El Plan implicaba la realización de *informes de seguimiento*¹⁰, siendo *el último 67/143. Seguimiento de la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento*, de 20 de diciembre de 2012, y en el cual se expresa:

1. Reafirmar la Declaración Política y el Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento, de 2002, como el marco de referencia necesario y todavía por realizar.
2. Se subraya la especial atención a cuestiones como: pobreza entre las personas mayores; capacitación del personal de geriatría, solidaridad intergeneracional; determinar indicadores para evaluar correctamente la aplicación del Plan; empoderamiento de las personas mayores; designación de coordinadores encargados del seguimiento de los planes nacionales de acción sobre el envejecimiento; eficacia en la reunión de datos, estadísticas e información cualitativa; incentivar servicios comunitarios para las personas de edad; acceso a la información; consultar a las

¹⁰ Informes: 60/135, de 16 de diciembre de 2005, 61/142, de 19 de diciembre de 2006, 62/130, de 18 de diciembre de 2007, 63/151, de 18 de diciembre de 2008, 64/132, de 18 de diciembre de 2009, 65/182, de 21 de diciembre de 2010, 66/173 de 22 de julio de 2011 y 66/127, de 19 de diciembre de 2011. El último y al que se hace referencia es:

<http://gerontologia.org/portal/archivosUpload/uploadManual/N1248721.pdf>

organizaciones de personas mayores; incorporación de las perspectivas de género y discapacidad; atención al abandono, maltrato y violencia; garantía de no discriminación por razón de edad,

Para finalizar este apartado ha de hacerse una mención específica al Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (E/2012/51), de 20 de abril de 2012, que analiza la situación de los derechos culturales, económicos, políticos y sociales de las personas mayores y que realiza una serie de consideraciones importantes para valorar la insuficiente y débil protección que reciben las personas mayores derivadas de la propia condición del Plan de Madrid como de las condiciones fácticas en las que se encuentran las personas mayores. Todo ello extrapolable a la situación española:

- El Plan de Acción de Madrid da prioridad al sector social, en particular el de la salud, así como a un entorno propicio y de apoyo para las personas de edad.
- Aunque es innegable el impacto positivo del Plan de Madrid durante este decenio, este instrumento no ofrece un marco global para los derechos humanos de las personas de edad. Por ejemplo, no se abordan cuestiones importantes de derechos humanos, como la igualdad ante la ley y la no discriminación, el acceso a recursos efectivos y el derecho a no ser sometido a torturas u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.
- La aplicación del Plan de Acción no considera sistemáticamente los vínculos con las obligaciones de los Estados partes de conformidad con los instrumentos internacionales de derechos humanos.

- Además, este instrumento tampoco prevé mecanismos independientes de supervisión y exigencia de responsabilidades para evaluar plenamente los progresos por lo que respecta a su aplicación.
- No existe ningún instrumento internacional de derechos humanos de carácter vinculante centrado en las personas de edad.
- Las referencias explícitas a la edad como motivo de discriminación son poco frecuentes en los tratados existentes.
- Las personas de edad plantean sus demandas de acuerdo con los principios de igualdad, respeto, autonomía y dignidad. Lamentablemente, la evidencia apunta en sentido contrario: abandono de las personas mayores, creciente falta de atención a las cuestiones de derechos humanos por parte de los órganos nacionales e internacionales y falta de una atención centrada específicamente en las personas de edad.
- *Las disposiciones actuales a nivel nacional e internacional para proteger los derechos humanos de las personas de edad son inadecuadas*

El informe alude a cuestiones concretas:

A. Discriminación por razón de la edad: en relación con la contratación o a la capacidad jurídica para el ejercicio de los derechos. La edad está en la base del aislamiento y la exclusión por considerar a las personas mayores improductivas y, por tanto, irrelevantes. Está también relacionado íntimamente con la violencia y los abusos en la vida pública y privada. El género, la discapacidad, la salud o la situación socioeconómica, el lugar de residencia, el estado civil y el origen étnico o religioso, por indicar

solo algunos factores, se combinan con frecuencia en detrimento de las personas de edad. La discriminación por razón de la edad no se ha definido explícitamente en los tratados de derechos humanos.

B. Capacidad jurídica e igual reconocimiento como persona ante la ley: el nuevo enfoque paradigmático en favor del apoyo a la toma de decisiones, adoptado en el artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, coloca la autonomía y la independencia de la persona en el centro de este concepto; los testimonios de muchas personas de edad muestran reiteradamente que son tratadas como incompetentes, y sin consideración a sus muchos años de trabajo independiente, vidas productivas y autonomía. Deben ofrecerse garantías a las personas mayores para que se tengan en cuenta sus preferencias y sus intereses superiores en todas las cuestiones relevantes para su vida, como el trato que reciben, su residencia, sus activos, sus relaciones, su autonomía, el apoyo al término de su vida o cualquier otra situación.

C. Prestación de cuidados a largo plazo: problemas particulares de las personas de edad para la realización del derecho a la libertad y la seguridad de la persona, el derecho a la intimidad, a la libertad de circulación, la libertad de expresión, el derecho a no ser objeto de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, el derecho a la integridad personal, el derecho a un nivel de vida adecuado y el derecho al más alto nivel posible de salud física y mental, entre otros, son problemas comunes que, sin embargo, con frecuencia no se han regulado adecuadamente. Dependen en gran medida de voluntarios o familiares, o de respuestas menos responsables de organizaciones caritativas y del sector privado. Las responsabilidades se diluyen a veces entre los sectores públicos a nivel nacional y local, ya que la prestación de cuidados a largo plazo con frecuencia está descentralizada; Acogimiento en instituciones; Prestación de cuidados en el hogar.

D. Violencia y abusos: El abuso de las personas mayores puede ser físico, psicológico, sexual o emocional. Al igual que en el caso de la discriminación, el abuso de las personas de edad es con frecuencia un fenómeno oculto. Además, la insuficiencia general de estadísticas e información fiables complica la tarea de evaluar el alcance del problema y ofrecer soluciones eficaces; explotación financiera, una modalidad de abuso que puede revestir diversas formas como amenazas contra sus propiedades, ingresos o bienes incluido el fraude, la privación arbitraria de su propiedad, el robo, la expropiación de tierras, propiedades o bienes y la pérdida fraudulenta del disfrute y ejercicio de su capacidad jurídica con el fin de asumir el control de sus asuntos financieros.

E. Acceso a los recursos productivos, al trabajo, a la alimentación y a la vivienda en la vejez: muchas sociedades desestiman a los trabajadores de más edad por considerarlos improductivos, lentos, propensos a enfermedades, incapaces de aprender y una carga en el entorno de trabajo de alta tecnología. El acceso a los préstamos, a los seguros, a la tierra o al alquiler puede negárseles por motivos de edad, u ofrecerse en condiciones inasequibles o injustas en comparación con otros grupos de población, lo que reduce las oportunidades de iniciar o proseguir actividades productivas. En consecuencia, las personas mayores a menudo se enfrentan a la pobreza, incluso a la pobreza extrema. En los procesos de contratación, a veces se disuade a las personas que han cumplido 40 o 50 años de solicitar la participación en programas de formación o de readiestramiento, o de que cambien de carrera. Las personas de edad pueden correr un riesgo mayor de perder el acceso a los recursos, por ejemplo, como consecuencia de la discriminación o si las políticas o las prácticas en vigor ponen límites de edad por lo que respecta al trabajo, la propiedad, los alquileres o la tenencia de tierras. Cuando los alimentos son escasos, las personas de edad tienden a comprometer su propio acceso a los alimentos en favor de otros miembros de la familia; El

impacto físico y psicológico del desalojo forzado sobre las personas de edad es enorme.

F. Protección social y derecho a la seguridad social: la no cobertura afecta especialmente a las personas que viven en extrema pobreza, un grupo en el que las personas de edad están representadas en una proporción excesivamente elevada. Además, el sistema contributivo de seguridad social acentúa las desigualdades de género, ya que es probable que las mujeres de edad reciban pensiones y otras prestaciones contributivas inferiores.

G. Derecho a la salud y prestación de cuidados al final de la vida: Algunos medicamentos, exámenes y tratamientos se ofrecen o deniegan exclusivamente en función de la edad del paciente. La falta de personal capacitado, el hacinamiento, los servicios y tratamientos inasequibles, la falta de atención o de prioridad prestada a las enfermedades crónicas y la escasez de medicamentos son solo algunos de los factores estructurales que disuaden a las personas mayores de acudir a los centros de salud oportunamente. Estos factores, solos o combinados, hacen que las personas; de edad acudan a recibir atención de salud cuando la enfermedad ha alcanzado una fase avanzada, o que no acudan en absoluto; la orientación para aliviar o prevenir el dolor excesivo (como las llagas producidas por la postración en cama) y la prestación de apoyo emocional a aquellos en fase terminal o a sus familiares y seres queridos es esencial; a las personas mayores con frecuencia se les niega una información suficiente, así como el tiempo y la oportunidad para prestar su consentimiento libre, previo y con conocimiento de causa en la elección del tratamiento, los servicios y la atención. Aunque hayan dado instrucciones concretas con respecto al tratamiento y la atención al final de su vida, incluso años antes y por escrito, a veces no se tienen en cuenta.

H. La vejez y la discapacidad: La vejez y la discapacidad son factores que, por separado o combinados, pueden hacer que una

persona sea vulnerable a una serie de violaciones de los derechos humanos, desde la violación de su derecho a la libertad de circulación, debido a los obstáculos físicos, hasta la administración de un tratamiento médico sin un consentimiento libre y con conocimiento de causa del interesado.

I. Las personas mayores en prisión y el acceso a la justicia: Otras cuestiones dignas de ser examinadas son si la permanencia en prisión de las personas de edad constituye un castigo desproporcionadamente grave y si las consideraciones humanitarias deben aplicarse a los reclusos de cierta edad

Todas son cuestiones que si bien pueden no darse de forma plena en el caso de España, si pueden acontecer de una forma u otra y más en una situación de crisis, que obliga a estar vigilante sobre deslizamientos hacia lo que aquí se dice.

3. MARCO EUROPEO SOBRE ENVEJECIMIENTO

La *Resolución del Parlamento Europeo 6 de febrero de 2013, sobre la cooperación de innovación europea sobre el envejecimiento activo y saludable (2012/2258(INI))*¹¹ permite encuadrar el conjunto de actuaciones

¹¹ Los informes, recomendaciones y resoluciones previas que constituyen los antecedentes de esta Resolución se citan al inicio de la misma: Comunicación de la Comisión, de 29 de febrero de 2012, «Llevar adelante el Plan Estratégico de Aplicación de la cooperación de innovación europea sobre el envejecimiento activo y saludable» (COM(2012)0083); Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento, adoptado en abril de 2002; Decisión nº 940/2011/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2011, sobre el Año Europeo del Envejecimiento Activo y de la Solidaridad Intergeneracional; Plan Estratégico de Aplicación de la cooperación de innovación europea sobre el envejecimiento activo y saludable de 17 de noviembre de 2011; Dictamen del Comité de las Regiones sobre «Envejecimiento activo: innovación –salud inteligente – mejores vidas» de mayo de 2012; Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Horizonte 2020: Hojas de ruta para el envejecimiento»,

que podrían ser objeto de especial atención en el II Plan Nacional de Derechos Humanos junto a un Plan Nacional sobre Envejecimiento tal y como marca el Plan de Madrid 2002.

Resolución que asienta los parámetros de actuación de una futura cooperación para un envejecimiento activo, y que ha de orientar la acción de la Comisión y de los Estados¹². En este sentido el punto 25, que reproducimos por su importancia, es una llamada de atención a considerar:

- ***25. Recuerda a la Comisión que las restricciones y limitaciones en relación con la atención sanitaria, los servicios de asistencia, la protección y la seguridad sociales, aprobadas y aplicadas por la Comisión y/o los Estados miembros con objeto de cumplir con los ahorros financieros y presupuestarios y los recortes en el gasto (sanitario y social) fijados a raíz de la actual crisis económica y financiera no deben interferir en modo alguno con la dignidad y las necesidades humanas básicas, ni afectarlas negativamente; recalca que dichos ahorros y recortes, a no ser que vayan acompañados de reformas meticulosamente preparadas y orientadas a los pacientes, pueden agravar las desigualdades en el ámbito de la salud, las desigualdades sociales y abocar a la exclusión social;***

de mayo de 2012; Informe de la Comisión de Medio Ambiente, Salud Pública y Seguridad Alimentaria y la opinión de la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales (A7-0029/2013),

http://www.imserso.es/InterPresent1/groups/imserso/documents/binario/ue_ea_saludable.pdf

¹² No puede olvidarse el *Informe sobre envejecimiento 2012. Proyecciones económicas y presupuestarias para los 27 Estados miembro de la UE (2010-2060)*,

<http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/ue-2012ageingreport-01.pdf>

hace hincapié en que dichos ahorros y recortes agravarán la salud global de las personas, las desigualdades en el ámbito de la salud, las desigualdades sociales y la exclusión social, poniendo en peligro la solidaridad intergeneracional e intrageneracional; solicita, por ello, a los Estados miembros que desarrollen un Pacto entre Generaciones que incluya una estrategia clara e inequívoca para salvaguardar la cohesión social, mejorar la salud global de las personas y abordar las desigualdades en las condiciones de salud; destaca que esta estrategia debe aspirar a una asequibilidad, una disponibilidad y una accesibilidad óptimas de los regímenes de asistencia sanitaria y social.

La Resolución fija tres pilares de actuación por parte de la Comisión y Estados miembros:

Pilar 1: Prevención, detección y diagnóstico temprano

- abordarán los problemas estructurales, incluida la desinformación en materia de salud
- lucharán contra las desigualdades socioeconómicas (que se traducen en desigualdades en las condiciones de salud);
- reconocen, promueven y financian todas las formas de prevención
- formación permanente.
- promover la salud mediante programas integrados
- aumento de los niveles de actividad física de la población para mejorar el envejecimiento activo y saludable
- impulsar el Plan Estratégico de Aplicación de la cooperación de innovación europea sobre el envejecimiento activo y saludable, en especial su enfoque centrado en la cooperación entre la Comisión Europea, los Estados miembros, la industria y las empresas, los agentes públicos y privados, el personal especializado del sector sanitario y de asistencia y las organizaciones que representan a las personas mayores y a los pacientes, en el

intercambio y la transferencia de buenas ideas y mejores prácticas.

Pilar 2: Atención y tratamiento

- desarrollen sistemas de atención y tratamiento que incorporen un enfoque holístico e integrado de la gestión de enfermedades relacionadas con la edad
- implantar planes de asistencia y sistemas de gestión a nivel individual
- salud en línea.
- hacer más rentables los sistemas de atención y tratamiento
- reformas de los sistemas de pensiones para que resulten adecuados, sostenibles y seguros
- análisis global del potencial europeo de la atención sanitaria
- igualdad de oportunidades para todos los ciudadanos europeos en materia de asistencia sanitaria
- políticas dirigidas a conciliar la vida familiar y la vida laboral.

Pilar 3: Envejecimiento activo y vida autónoma

- animar a las personas mayores a vivir independientemente en sus propias casas el mayor tiempo posible si así lo desean, a fin de reducir las perturbaciones en su día a día, desde el punto de vista físico y mental
- luchar contra el aislamiento informativo de las generaciones de mayor edad y facilitar el acceso a las nuevas tecnologías
- adaptación de las viviendas de las personas de edad y velar por que las personas mayores puedan acceder a financiación para la renovación de sus viviendas
- supresión de las barreras arquitectónicas para las personas con discapacidad

4. LAS PERSONAS MAYORES EN ESPAÑA

El contexto internacional y regional que se ha presentado tenía por objeto determinar los focos de interés en esta cuestión, fijar criterios de evaluación y procurar líneas de actuación en materia de derechos humanos y personas mayores. Naciones Unidas ha concretado los estándares con los que abordar las condiciones de las personas mayores y que en su debida adecuación se emplearán para analizar la situación de los mayores en España. A estos efectos se analizará lo establecido en el I Plan de Derechos Humanos, el informe de la Oficina del Defensor del Pueblo y otros informes relevantes a fin de detectar la situación que los mayores viven ahora en España.

La gestión de servicios para las personas mayores viene canalizada por el *Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO)*¹³, el cual viene recogiendo las directrices y actuaciones que desde diferentes instancias nacionales e internacionales se promueven en relación con las personas mayores, especialmente todo lo relativo a la celebración de “2012 Año europeo del envejecimiento activo y de la solidaridad intergeneracional”¹⁴, a instancias de la Unión Europea. En el marco del cual se han ido tratando temas como la discriminación por edad, actividades culturales, soledad, aislamiento, exclusión social, medio rural. *El Consejo Estatal de Personas Mayores* órgano colegiado interministerial, de carácter asesor y consultivo de la Administración General del Estado, adscrito al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, permite institucionalizar la colaboración y participación de las

¹³V. IMSERSO, http://www.imserso.es/imserso_01/el_imserso/index.htm para consultar documentación y programas de actuación, así como normativa relevante. También http://www.imserso.es/imserso_01/documentacion/normativas/personas_mayores/index.htm

¹⁴ Son numerosos también los programas que desde las Comunidades Autónomas se ha realizado en ese sentido.

personas mayores en la definición, aplicación y seguimiento de las políticas de atención, inserción social y calidad de vida de las personas mayores. Del repaso de las actividades y actuaciones de ambas entidades, se deduce que se están abordando muchas de las cuestiones que desde instancias internacionales han de ser prioritarias a la hora de evaluar el bienestar de las personas mayores. Se percibe la ausencia, tal y como también señalan las orientaciones internacionales señaladas, de un Plan Nacional sobre Envejecimiento activo, que a tenor por lo ya realizado, no debería ser muy complicado.

Un anticipo de lo que podría ser dicho Plan lo constituiría el denominado *“Libro blanco sobre el Envejecimiento Activo”*¹⁵ de 2011, cuyos contenidos aluden, en síntesis a:

FORMAS DE VIDA Y CONVIVENCIA: incrementar la convivencia intergeneracional, el acceso a las redes sociales y a las nuevas tecnologías.

PARTICIPACIÓN SOCIAL, promoción de políticas de participación activa de los mayores en todos los ámbitos

EDUCACIÓN, promover la educación a lo largo de toda la vida, sin limitación de edades,

SALUD, facilitar el acceso de las personas mayores al ejercicio físico y a estilos de vida saludables,

SERVICIOS PÚBLICOS, avanzar en la coordinación socio-sanitaria, para optimizar los servicios sanitarios y los recursos sociales.

Señalar también el reciente *Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo*¹⁶, el cual

¹⁵ Libro blanco sobre el Envejecimiento Activo:
http://www.imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/8088_8089libroblancoenv.pdf

¹⁶ R.D. Envejecimiento activo:
<http://www.boe.es/boe/dias/2013/03/16/pdfs/BOE-A-2013-2874.pdf>

debería articular mecanismos para facilitar la continuidad de la vida activa, compaginándola con el relevo generacional y no quedarse, si así fuese, en una mera ampliación de la edad de jubilación. Recoge en su CAPÍTULO IV Medidas para evitar la discriminación de los trabajadores de más edad en los despidos colectivos.

A) La atención a las personas mayores en el I Plan de Derechos Humanos.

En el I Plan de Derechos Humanos cuando se alude al primero de los ejes del Plan 1. Igualdad, no discriminación e integración, no se alude de forma expresa a la edad, cosa que sí se hace con las otras formas de discriminación. Dato a considerar si se tiene en cuenta que en ninguna de las Medidas se alude a las personas mayores, más allá de la medida 42, “Se propondrá al Parlamento una Ley Integral de Igualdad de Trato y No Discriminación”. La cual según el informe de evaluación de octubre de 2012, aún está en desarrollo. Puede pensarse que algunas de las medidas que se dedican a discapacidad alcanzan a personas mayores, pero eso sí a las personas mayores con discapacidad pero no al resto, que quedarían al margen de los contenidos del Plan propiamente dicho.

B) Las personas mayores en el Informe de la Defensora del Pueblo 2012.

Las cuestiones que en el Informe de la Defensora del Pueblo de 2012, se refieren a la “tercera edad” están recogidas en el punto 8.4 y se ocupan de sujeciones físicas y del internamiento forzoso, como constitutivas de una privación del derecho fundamental de cualquier persona a la libertad física, a su libertad de movimientos y de deambular e implica un plus de restricción sobre el ingreso forzoso, pues requiere de consentimiento judicial cuando no se puede otorgar consentimiento por parte de la

persona mayor. El informe propone la “regulación por ley orgánica del contenido del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para establecer un nuevo estatuto legal de garantías para regular la aplicación de medidas coercitivas en enfermos mentales, ancianos o adolescentes que puedan resultar imprescindibles”.

Algunas de las consideraciones hechas en el punto 8.5 del informe y referidas a situaciones de dependencia, podrían tenerse en cuenta al afectar en un alto grado a las personas mayores y son los problemas de demoras en la valoración y reconocimiento del grado de dependencia, así como en la determinación y asignación de las prestaciones o servicios a través del correspondiente programa individual de atención. Percepción también de que la reforma de la atención a la dependencia efectuada a través del Real Decreto-ley 20/2012, implica vulnerar “derechos y, en particular, que lo previsto en el artículo 22 del mismo, minora, restringe sustancialmente e incluso suprime prestaciones y derechos reconocidos en la Ley 39/2006”. Del mismo modo se subraya que con esa reforma se vulneran los derechos de los cuidadores no profesionales de dependientes al no tenerse en cuenta la situación específica de aquellos a la hora de su cotización en el Sistema de la Seguridad Social.

C) Las personas mayores en España desde los estándares de las Naciones Unidas¹⁷.

Naciones Unidas ha fijado un conjunto de estándares¹⁸ básicos con los que poder analizar la situación de las personas

¹⁷ Las reflexiones aquí vertidas se basan esencialmente en los datos del Informe del Observatorio de Personas Mayores de 2010, Volúmenes I y II.

¹⁸ Estándares de Naciones Unidas: Human rights of older persons: International human rights principles and standards, BACKGROUND PAPER-revised and updated Open-ended Working Group, GA resolution 65/182, New York, 18-21 April 2011:

mayores y sus derechos en una determinada comunidad. Subráyese desde el principio que los mecanismos internacionales se ocupan esencialmente de los derechos económicos y sociales y no tanto de los civiles y políticos cuando se trata de personas mayores:

- a) No discriminación: En el Informe 2010 sobre la situación de las Personas Mayores en España¹⁹, se indica que “en España declaran estar empleados únicamente dos de cada cien personas mayores de 65 años (el 3% de los varones y el 1% de las mujeres), lo que representa una tasa inferior al promedio de la Unión Europea”. El número de desempleados en España mayor de 45 años representa el 37,8% del total. El 90,6% de los encuestados asegura que la razón fundamental para no encontrar trabajo es la edad. Sólo un 9,4% lo achaca a la crisis²⁰. Lo cual casa mal con la orientación de envejecimiento activo que se promueve desde la Unión Europea,
- b) Mujeres Mayores: las mujeres mayores pueden sufrir una múltiple discriminación. Las dificultades que a lo largo de la vida han podido tener para acceder a un puesto de trabajo, derivado en muchas ocasiones de tener que atender a su familia, cuando no a padres o parientes enfermos, hace que las pensiones a las que pueden acceder sean más reducidas, hecho que las coloca en

[http://www.ohchr.org/Documents/Issues/OlderPersons/OHCHRBackgroud paper2011.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/OlderPersons/OHCHRBackgroud%20paper2011.pdf)

¹⁹ Observatorio de personas Mayores del Imsero:

http://www.imserso.es/imserso_01/documentacion/publicaciones/colecciones/coleccion_documentos/serie_documentos_estadisticos_nuevo/IM_070297.

Téngase en cuenta que es un informe bianual.

²⁰ 4º Informe Mayores de 45 años en el mundo laboral, Fundación ADECCO: <http://www.fundacionadecco.es/data/SalaPrensa/Estudios/pdf/277.pdf>

una posible situación de dependencia económica con relación a su pareja e incluso a umbrales de exclusión social, condición a la que se ven abocadas muchas viudas. Ello implica también una dificultad para acceder a una educación permanente de adultos, a la información, a los recursos tecnológicos y a los medios de comunicación, suponiendo, por tanto, una menor presencia en la vida pública. Circunstancias que se acentúan cuando se habla de la mujer en el medio rural.

- c) Mayores en situación de vulnerabilidad: se viene señalando que envejecer es un proceso en que se recorren diferentes etapas que varían de unas personas a otras. Lo que si es cierto es que ese proceso va exponiendo a la persona mayor a situaciones de vulnerabilidad que llevan a su extremo en las condiciones de discapacidad física y mental. Lo que implica programas de prevención tanto en el terreno alimentario como en ámbitos de abusos, violencia y malos tratos contra las personas mayores²¹.
- d) Medidas especiales para grupos específicos: las personas mayores se van viendo cada vez más como un grupo diferenciado que requiere una atención especial y muy especializada. La prevención de enfermedades, la rehabilitación, los tratamientos paliativos, son actuaciones que deben ir acompañadas de toda una infraestructura de servicios como asistencia a domicilio, centros de día, residencias asistidas, que hasta al menos 2010 habían mantenido sus servicios tanto las dependientes de la Administración central como de la autonómica. Los denominados recortes están

²¹ Javato Martín, A y Hoyos Sancho, Montserrat de, (directores), *Violencia, abuso y maltrato de personas mayores*, Valencia: Tirant, monografías, 2010.

alarmando en este punto sobre un posible descenso en la calidad de estos servicios derivado de la crisis económica que obliga a muchos familiares a traer a casa o a mantener en casa a la persona mayor con cuidados no especializados, lo que provoca un descenso en la ocupación de plazas en residencias que conlleva el despido de trabajadores especializados. Y lo que es peor, un descenso drástico en la asistencia a la persona mayor, y más acuciante en casos de enfermedades terminales.

- e) Seguridad social y protección social: De acuerdo con el informe el gasto en protección social alcanzaba el 22,7% del PIB, algo por debajo del promedio de la UE en 27, lo mismo ocurre en el caso de las pensiones. En relación a las pensiones comprobar que “Los hombres muestran un mayor grado de cobertura (94%) respecto a las mujeres (79%), aunque la estructura interna difiere considerablemente: los hombres tienen mayoritariamente pensiones de jubilación (sólo un 3% de viudedad), en tanto que la mitad de las pensiones que reciben las mujeres son de viudedad y la otra mitad de jubilación”. Lo que revela una feminización de la vejez y de las situaciones que pueden precarizarse. Todo ello requiere no reducir el nivel de poder adquisitivo mediante una revalorización de las pensiones.
- f) Diseño universal y accesibilidad: curiosamente la vejez hace que hombres y mujeres compartan tareas domésticas que quizás hasta ese momento no habían sido de ambos, sino de la mujer, pero en cualquier caso el enfrentamiento a la vida cotidiana enfrenta a los mayores a situaciones que se podrían solventar si se diseñaran electrodomésticos, utensilios, instrucciones

(lectura fácil), muebles, etc.. de tal forma que pudiesen ser fácilmente utilizados por las personas mayores (discapacitados o no) y no solo mayores con mayor comprensión y menor riesgo. En este punto los contratos con entidades bancarias o con cualquier otra entidad o institución debería hacerse por medios comprensibles y seguros. La accesibilidad sigue siendo una tarea pendiente en el diseño de edificios, al igual que la eliminación de barreras, si bien se ha avanzado mucho en este sentido.

- g) *Derecho a la salud y a una vivienda adecuada*: el estado de salud, y por tanto la garantía del derecho a la salud, está estrechamente relacionado con la forma de vida que la persona mayor va a desarrollar. El mantenimiento de una vida independiente y autónoma requerirá de una vivienda en mayor o menor grado adaptada a las necesidades de salud del mayor. La vivienda, el hogar se convierte en un punto de referencia pues configura el universo de relaciones del mayor cuyo mundo se va progresivamente reduciendo, de manera que la vivienda es un refugio físico y emocional. En la actualidad se están presenciando situaciones, como los desahucios, que si bien pueden ser legales entran en conflicto con este bien.

5. CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN

Para el ordenamiento jurídico civil la persona lo es desde su nacimiento hasta el momento de la muerte, de manera que toda persona por el mero hecho de nacer tiene capacidad jurídica, entendida como aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, y así hasta el momento de su muerte (artículo 29 y 32 del Código civil). La capacidad jurídica es atributo o cualidad esencial de la

persona, un reflejo de su dignidad²². Un hecho natural determina la personalidad (nacimiento) y sólo un hecho natural (la muerte) provoca su extinción; así todas las personas tienen la misma capacidad jurídica pero no la misma capacidad de obrar, entendida como aptitud para ejercitar válida y eficazmente los derechos.

Esta desigualdad de trato encuentra su justificación en la falta de capacidad natural de conocer y querer, capacidad natural que se alcanza de forma gradual a lo largo de los primeros años de vida en los que se conforman la inteligencia y la voluntad y que se presume adquirida al llegar a la mayor edad, criterio objetivo que elige el legislador para fijar el momento a partir del cual la persona es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales en este Código (artículo 322 Cc). La edad, por tanto, es una circunstancia que afecta a la capacidad de obrar de la persona y permite distinguir dos situaciones: la mayor edad y la menor edad; junto a aquella, aparece otra circunstancia que, basada asimismo en la falta de capacidad natural y en la protección de quien la padece, afecta a la capacidad: la existencia de enfermedad o deficiencia física o psíquica de carácter persistente que impide a la persona gobernarse por sí misma (artículo 200 Cc). Así pues, el ordenamiento jurídico civil reconoce la existencia de dos circunstancias que limitan la capacidad de obrar de las personas: la edad y la enfermedad que afecta al autogobierno de forma persistente. En ambos casos, la tuición de las personas que se encuentran en tales situaciones se canaliza a través de instituciones de guarda y protección que presentan importantes paralelismos y que incluso pueden ser coincidentes (patria potestad normal, prorrogada o rehabilitada, tutela y curatela).

Parece, pues, evidente que si se traslada este esquema general a la situación de las personas de edad avanzada, debe

²² Diez, L. y Gullón A., *Sistema de Derecho civil*, I, Madrid, Tecnos, 2005, pg.214.

concluirse que, alcanzada la mayor edad, rige para ellos, como para todos, la presunción de plena capacidad que se corresponde con el principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad y que sólo podrá dejarse sin efecto en virtud de sentencia judicial (artículo 199 Cc). Cuestión distinta sería plantear la necesidad o la conveniencia de introducir en el Ordenamiento Jurídico algún tipo de prevención o cautela que atienda a la edad de las personas como indicador de una posible merma de la capacidad de entender y querer y, por ende, de la capacidad de obrar.

El ejercicio de la libertad en términos de autonomía significa que el ser humano actúa guiado por su razón, por tanto, su razón debe ser capaz de elegir entre un bien inmediato y fugaz y un bien mediato y duradero. Para elegir entre esos diferentes tipos de bienes, la razón debe poder conocerlos, los bienes inmediatos pueden ser percibidos por los sentidos, los bienes mediatos por la capacidad de la razón para establecer conexiones entre medios y fines de forma general. Cuando un individuo toma una decisión suele moverse atendiendo a las alternativas existentes, a su sistema de preferencias y a los motivos para su decisión. Parece lógico pensar que una buena decisión es aquella mutua y recíprocamente desinteresada, lo más racional posible y adaptada a las preferencias que permiten elegir la alternativa más convincente por motivos que incumben a cada sujeto (J.Rawls 1971). Vistas así las cosas y aunque lo inmediatamente planteado pueda generar una adhesión racional instantánea, sin embargo, en general, y en el caso concreto de las personas mayores las decisiones poseen un alto componente emotivo, en ellas las alternativas existentes por muy racionales que parezcan chocan con muchos frenos emocionales e incluso pueden ir en contra del propio bienestar del anciano.

Por tanto al término autonomía hay que darle un sentido más amplio que el kantiano, que consideraba que la ley moral sólo puede ser fundada autónomamente y entender la autonomía como una facultad o condición sustantiva de la realidad humana o más

simplemente, como un acto, el acto de elección autónoma. La pregunta ahora se traslada a cuándo una acción es autónoma, y en este sentido se puede asumir que lo será si posee²³:

1.-Intencionalidad: Cuando algo es querido de acuerdo con un plan. Es probable que lo directamente querido sea el plan y no la acción, pero aún en este caso tendremos que considerarla como indirectamente querida. No admite grados, pero sí niveles (deseado, querido, hecho intencionalmente)

2.-Conocimiento: Si el agente no entiende la acción, ésta no puede ser autónoma. Aquí surge la duda de qué información se necesita para que sea autónoma y, por tanto, puede decirse que se comprende una acción cuando se es capaz de entender su naturaleza y prever sus consecuencias.

3.-Ausencia de control externo: pero el control puede tener grados

- Coerción: cuando alguien intencional y efectivamente influye en otra persona, amenazándola con daños indeseados y evitables tan severos, que la persona no puede resistir el no actuar a fin de evitarlos.
- Manipulación: influencia intencional y efectiva de una persona por medios no coercitivos, alterando las elecciones reales al alcance de otra persona, o alterando por medios no persuasivos la percepción de esas elecciones por la persona.
- Persuasión: influencia intencional y lograda de inducir a una persona, mediante procedimientos racionales, a aceptar libremente las creencias, actitudes, valores,

²³ Gracia, D. *Fundamentos de Bioética*, Madrid: Triacastella, (2ªed.), 2007, pp. 183-187.

intenciones o acciones defendidas por el persuasor.

- Podría añadirse la autenticidad entendida de forma que se puede afirmar que un acto es auténtico cuando es coherente con el sistema de valores y las actitudes generales ante la vida que una persona ha asumido reflexiva y conscientemente. Si se incluye la autenticidad como nota característica de la acción autónoma entonces es muy posible que se deba reducir el número de acciones autónomas, pues considérese aquí la situación de ancianos con demencia senil, por ejemplo. En tales casos se propone introducir ajustes de interpretación, considerando que frente a “decisiones positivamente auténticas” se habla de “decisiones negativamente auténticas” en el sentido de que no esté en contradicción o no esté rechazada por el sistema de valores, aunque no concuerde “positivamente” con él, ahora bien, se trataría de un principio de “falsación” y no de “verificación”.

Pero la autonomía, puede tener otros límites, como la beneficencia y la justicia. A veces el bien común exige poner límite a las acciones libres individuales, lo razonable se situaría al lado de la beneficencia y no de la autonomía y en otras ocasiones a mitad de camino entre ambas. Parece que se puede concluir que sólo el principio de autonomía no puede construir una ética coherente para dar una explicación completa del tema que nos ocupa.

A partir de lo expuesto se puede hacer una valoración según la cual si se entiende que los derechos fundamentales como la positivización de los derechos humanos, se nutren de la idea de

derecho subjetivo y éste esencialmente a su vez de la autonomía del sujeto parece bastante probable que en las diversas situaciones en las que los ancianos se pueden encontrar puede que tenga disminuidas las capacidades para ejercer sus derechos con las debidas garantías. Pero así planteado las zonas de penumbra aparecen rápidamente ya que decidir en qué momento alguien carece de la capacidad de obrar por haber perdido su facultades para regirse con autonomía es un reto para el terreno del derecho civil pero también para el de los derechos fundamentales, porque una mala definición de tal situación supondría una desprotección de los ancianos y en último término la vulneración de sus derechos.

Si aplicamos las antiguas tesis²⁴ en la concepción del derecho subjetivo, veremos que con ellas no se pueden responder

²⁴ La teoría de la voluntad resalta el poder o discreción que tiene el sujeto del derecho. En consecuencia, un derecho subjetivo equivale al poder que la voluntad de una persona ejerce sobre otra. Centrar el núcleo del concepto de “derecho” en la voluntad y en la protección de la elección plantea el problema de que hay derechos que son esencialmente obligatorios (derecho a la educación de los menores) y a cuya renuncia no se puede acudir sin renunciar a la propia protección. La teoría de la voluntad tiene dificultades para dar cuenta de derechos que se presentan como inmunidades frente a los demás, esto es, derechos que se corresponden con la falta de poder de los demás. La teoría de la voluntad en su versión hartiana sólo asumiría las inmunidades que pueden renunciarse. Pero hay inmunidades irrenunciables, como los derechos fundamentales constitucionales, no susceptibles de negociación en el juego legislativo.

Por su parte la teoría del *interés o del beneficiario* señala que un sujeto tiene derecho cuando disfruta de ciertas ventajas y beneficios. Lo relevante en las teorías del interés es apuntar la importancia que en el concepto de derecho tiene la idea de bien, aún cuando pueda resultar difícil en ocasiones fijar su contenido. La versión *eclectica* de las dos anteriores y señalará que un derecho subjetivo consiste en “un interés tutelado por la ley mediante el reconocimiento de la voluntad individual”. Versión bien acogida durante un tiempo pero susceptible de las críticas que se vertieron sobre las teorías que pretendía superar

con solvencia y eficacia las necesidades que requieren los ancianos. La persistencia de las dificultades teóricas y terminológicas, llevaron a Hohfeld a intentar relacionar concepciones de derecho y de deber con el fin de abarcar las diferentes posiciones jurídicas²⁵ en las que se pueden encontrar los individuos en sus relaciones. De acuerdo con esa formulación las posiciones activas vinculadas al concepto de derecho serían: titular de un derecho, de una libertad, de una potestad o de una inmunidad. La perspectiva pasiva se manifiesta con la idea de “deber” y aludiría a: deber, no-derecho, sujeción e incompetencia. Sin que necesariamente haya de haber exclusión entre sí entre estas modalidades.

Hohfeld²⁶ busca determinar las relaciones entre conceptos a partir de los usos que de tales posiciones se hace en las resoluciones judiciales; posiciones jurídicas que fijan una situación tanto dada por el ordenamiento jurídico como por los contratos en los que se participe. Simplifica las relaciones en dos tipos: de correlación y de oposición. Desde la perspectiva de la correlación pueden identificarse una serie de posiciones jurídicas atendiendo a un modo activo o pasivo, es decir, de un sujeto en relación a otro; o de un sujeto frente a otro. De este modo pueden diferenciarse dentro de las relaciones de **correlación**:

1. derecho-deber: a un “derecho”, modo activo, le corresponde un “deber”, modalidad pasiva. Si un sujeto puede imponer a otro una obligación se dice que tiene un derecho. El vendedor tiene derecho a recibir el precio y el comprador a recibir la cosa vendida, a su vez, el vendedor tiene la obligación, deber, de entregar la cosa y el comprador el deber de pagar el precio.

²⁵ Moreso, J. J. y. Vilajosana J. M., *Introducción a la teoría del derecho*, Barcelona, Marcial Pons. 2004, pp.139 y ss

²⁶ Hohfeld, W. N., *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, Méjico: Fontamara, (trad. Genaro G.Carrió), 1991.

2. libertad- no derecho: un sujeto tiene la libertad de realizar un acto, únicamente si otro sujeto no tiene derecho (tiene el no-derecho) a exigir que el primero no realice el acto en cuestión. Se puede hacer algo si otro no tiene derecho a impedir que se haga.
3. potestad-sujeción: se dice que un sujeto está en la modalidad activa de potestad si puede realizar determinados efectos jurídicos sobre otro, únicamente si a través del acto x, el segundo individuo está sujeto al primero. El término sujeción implica tanto un sentido negativo como positivo (herencias) cuando se habla en términos de derecho privado. En el sentido del derecho público, los funcionarios de las diversas Administraciones poseen potestades que al ser ejercitadas pueden afectar a la posición jurídica de quienes están sujetos a las mismas, ya con efectos positivos o negativos.
4. inmunidad-incompetencia: un sujeto tiene frente a otro una posición de inmunidad, sólo si éste otro carece de competencia para modificar a través de un acto su posición jurídica (inmunidad de ciertos cargos públicos en relación a determinados actos).

Cada uno de los binomios señalados vendría a determinar las posibles relaciones jurídicas entre sujetos, abarcando una o más de estas modalidades. Por ejemplo, el derecho de propiedad abarca diversas posiciones jurídicas que determinan la relación entre el propietario y diversos sujetos.

Las relaciones de **oposición** se producen cuando una modalidad activa es negada por una modalidad pasiva. Lo opuesto a tener un derecho, es tener un no-derecho; lo opuesto de disfrutar

de una libertad es tener un deber; potestad se opone a incompetencia; ser inmune es opuesto a estado de sujeción. Así:

1. derecho-no derecho: si un sujeto tiene el derecho de que otro haga algo, no se puede decir que el primero no tenga el derecho (tenga el “no-derecho”) de que el segundo lo haga.
2. libertad-deber: si un sujeto tiene frente a otro la libertad de realizar un acto, no se puede decir que el primero tenga el deber de hacer ese acto frente al segundo.
3. potestad-incompetencia: en la medida en que un sujeto puede producir efectos jurídicos sobre otro a través de un acto concreto, no puede afirmarse que ese sujeto sea incompetente (“tenga incompetencia”) para modificar mediante ese acto la situación jurídica del segundo.
4. inmunidad-sujeción: cuando un sujeto tiene una inmunidad frente a los efectos jurídicos del posible acto x de otro, habrá que excluir que el primero se encuentre sujeto frente al segundo por el acto x y sus efectos jurídicos.

Esta diferenciación de Hohfeld de las diversas relaciones y tipos permite clarificación y evitar confusiones (aunque plantee algunas dificultades²⁷, sobre las que aquí no se puede entrar).

²⁷ Si bien pretende ser una clasificación exhaustiva, suficiente e irreducible, esto es, que agote todas las posiciones jurídicas posibles, que no se requieran más posiciones para expresar todas las posibles situaciones jurídicas, y que, por último, esas posiciones establecen el mínimo común denominador del Derecho. Tales posiciones y características son muy eficaces para describir con mayor precisión situaciones jurídicas que se afirman como complejas y explicables más allá de la relación “derecho-deber”. Ahora bien considerar que la categorización de Hohfeld agota todas las posiciones y situaciones jurídicas sería excesivo, pues

Si llevamos a cabo un análisis de los derechos fundamentales de los ancianos desde las relaciones de correlación podemos ver las cosas del siguiente modo:

1.-Derecho-deber: la cuestión aquí por tanto es determinar a qué tienen derecho los ancianos, en otro sentido a quién le corresponde el deber; es evidente que a lo largo de la vejez sea cual sea el estado de salud, los derechos fundamentales se mantienen incólumes y esencialmente se puede decir que implícitamente los derechos de los ancianos se vinculan al reconocimiento del derecho a la igualdad²⁸ y el derecho a la seguridad social; de manera explícita los derechos de los ancianos se reconocen, por ejemplo, en:

existen situaciones en Derecho que se afirman como derechos generales que se refieren no a personas sino a cosas (derechos in rem) o que carecen de deberes correlativos. Otra crítica es si Hohfeld utiliza en un sentido ambiguo el término “opuesto”. De igual manera se ha señalado que la categorización de Hohfeld puede ser reducida a los operadores deónticos (prohibido, obligatorio y facultativo).

²⁸ Son innumerables los lugares en los que podemos encontrar esta afirmación, basten como ejemplos: la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, en el Considerando 1 del Preámbulo: “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”; especial atención merece el artículo 25.1 “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene, asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.”por su parte la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, sostiene en el Artículo 21; No discriminación:1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

-Artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (Toda persona tiene derecho... a los seguros en caso de...vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad);

-Artículo 16 de la Declaración Americana de Derechos Humanos (Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias...de la vejez...que...le imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia.);

-El artículo 11 apartado a) de la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2542 (XXIV), de 11 de Diciembre de 1969, reconoce solemnemente que: El progreso y el desarrollo en lo social deben encaminarse igualmente al logro de los objetivos principales siguientes: Artículo 11 (a) La provisión de sistemas amplios de seguridad social y los servicios de asistencia social y el establecimiento y la mejora de sistemas de servicios y seguros sociales para todas aquellas personas que por...vejez no puedan ganarse la vida, temporal o permanentemente, teniendo en cuenta la necesidad de garantizar el debido nivel de vida a estas personas, a sus familias y a quienes están a su cargo);

-Artículo 24 de la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, de 8 de Diciembre de 1989 (Todo trabajador de la Comunidad Europea debe poder beneficiarse en el momento de la jubilación de los recursos que le permitan mantener un nivel de vida decente);

-Artículo 25 de la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, de 8 de Diciembre de 1989 (Cualquier persona que, habiendo alcanzado la edad de jubilación, se viera excluida de su derecho a una pensión y que no tuviese otros medios de subsistencia, debe poder beneficiarse de recursos suficientes y de una asistencia social y médica adaptadas a sus necesidades específicas);

-La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, sostiene en el Artículo 25, bajo la rúbrica “Derechos de las personas mayores”: La Unión 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.

De lo expuesto se deduce la necesidad de contemplar un sistema de provisión social público que permita prestaciones con las que poder afrontar una vejez con las mayores condiciones de dignidad posibles. Exigencia clara a los Estados para articular estos sistemas de protección lo más alta posible y ajustada a las variaciones de la vida social. Uno de los fenómenos más inquietantes que se vienen produciendo en los últimos tiempos es el empobrecimiento de los ancianos especialmente de las ancianas, derivado de su condición de viudedad.

2.-Libertad- no derecho: de acuerdo con esta correlación las personas mayores tienen evidentemente el derecho a actuar con autonomía. En este punto nos encontramos con un terreno más propicio a introducir cuestiones de derecho civil y especialmente la situación de los descendientes con relación a determinadas decisiones de disposición patrimonial que puedan realizar los ascendientes. Se observa en muchas ocasiones que los descendientes por medios diversos pueden “presionar” a los ancianos para que tomen las decisiones que más “beneficien” los “intereses” de los mayores. En tal caso la decisión no es plenamente autónoma y por tanto se vulnera el pleno ejercicio de un derecho. Pero la solución no parece tan fácil como aparenta porque cabe la posibilidad de que la decisión tomada por la persona mayor sea contraria a sus intereses y propio beneficio, de modo que entren a actuar las distintas instituciones del derecho civil (incapacitación, curatela, tutela) con el fin de limitar o encauzar la actividad de la persona mayor. La decisión se traslada no ya a discutir sobre la autonomía de actuación del mayor sino a la aclaración de dos conceptos jurídicos indeterminados como son

el “beneficio” e “interés” y aquí surge un problema diferente a cuándo se habla del interés y beneficio del menor, que si bien también podemos reconducirlo a la zona de sombra que suponen los conceptos jurídicos indeterminados, al menos, existe una legislación articulada que pretende ofrecer las máximas garantías en ese sentido²⁹. Pero no por ello deja de merecer una breve consideración. La primacía absoluta del principio de autonomía puede jugar muy en contra de las personas mayores por tanto la mejor protección viene dada por un justo equilibrio entre autonomía-beneficio-justicia. Si en verdad esto razonablemente nadie lo discute, la consecución de este equilibrio se complica cuando se introduce la idea de qué sea lo más beneficioso³⁰ para el interés del mayor, en este caso.

Es evidente que no basta con decir que el mayor tiene autonomía, sino que debe mostrar una capacidad de comprender, entender y querer razonadamente con el fin de manifestarse adecuadamente respecto a sus intereses. El suficiente juicio, además, no parece un valor absoluto sino “en situación”, es decir, admitir que un mayor tiene suficiente juicio y plena capacidad de obrar no supone que lo tenga para todos aquellos extremos que se solventan en el proceso correspondiente. La introducción de un criterio subjetivo y no objetivo como las condiciones físicas y mentales puede tener efectos ambivalentes: puede generar cierto grado de inseguridad pero al tiempo amplía la posibilidad de considerar cualquier situación personal. Pero permanece pendiente, aunque se trate de una valoración de carácter subjetivo, bajo qué presupuestos considera el juez que un mayor posee o no

²⁹ Esencialmente se puede considerar la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.

³⁰ En general, la idea de “más beneficioso” tiene esencialmente que ver con decisiones patrimoniales racionales que no supongan un menoscabo de los bienes del mayor, pero lo beneficioso puede tener un componente sentimental que puede chocar con la decisión que se puede considerar más beneficiosa.

juicio suficiente. Término éste último al que el legislador recurre con frecuencia pero que plantea problemas, porque la cuestión ahora es determinar en qué consiste tener “suficiente juicio” ya que los jueces y tribunales deben ir más allá de expresar un puro parecer y argumentar sus valoraciones. Se está en presencia de lo que se denomina un concepto jurídico indeterminado³¹.

Aparte de las dificultades teóricas y técnicas que se plantean, se aprecia un conjunto de problemas prácticos que deben ser resueltos con el fin de hacer efectivo esta protección del anciano. “Suficiente juicio” es un concepto que refiere más al propio estado mental y psíquico que a la propia edad. Si se considera que la psique se encuentra en constante formación, evolución y dinamismo habrá que atender a la confluencia de diversas variantes ya intelectivas, volitivas, axiológicas o de sentido crítico de cada sujeto en cuestión. Pero el suficiente juicio se aprecia mejor si se atiende a la realidad social en la que el mayor se desenvuelve, al permitir apreciar si las decisiones, opciones y opiniones del mayor son racionales y coherentes con el mismo, esto es, si sus fines y sus metas se plantean como posibles en el marco vital en el que transcurre su vida, haciéndose consciente y responsable de su propia realidad, a pesar de las interferencias que los procesos físicos y psíquicos pueden causar. Pero esta madurez o juicio suficiente de carácter racional puede que no sea definitivo cuando se trata de solventar situaciones (enfermedades, pérdidas de seres queridos, decidir lugar de residencia,...) en las que la dimensión afectiva tiene un valor relevante. Ha de considerarse, además, que quien valora el suficiente juicio y madurez es un juez cargado de experiencias y convicciones que pueden condicionar su percepción, aún cuando cuente con el apoyo y asesoramiento de un cuerpo de especialistas. En resumen, en la determinación del

³¹ Valen aquí las consideraciones teóricas realizadas sobre los conceptos jurídicos indeterminados hechas anteriormente.

suficiente juicio, se ha de ser consciente de las dificultades con las que se cuenta: unas de carácter teórico, y referidas a la adecuada interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados; y otras en relación a la difícil averiguación de si el mayor tiene o no las suficientes y adecuadas capacidades.

3.-Potestad-sujeción: en conexión a lo dicho en último término, dado que los ancianos se presume poseen plenas capacidades, es evidente que tienen potestad para producir efectos jurídicos en otro, pues pueden disponer de sus bienes a través de la institución de la herencia, y es en la gestión de ésta donde pueden darse posibles conflictos entre mayores y descendientes y herederos, ya que éstos pueden ser real o virtualmente afectados por las decisiones de los mayores. En directa relación a lo escrito anteriormente, el hecho de tener una potestad no quiere decir que se ejerza adecuadamente pudiendo la omisión de acción provocar una desnaturalización de la potestad misma.

4.-Inmunidad-incompetencia: en este punto puede quebrar la idea de que un mayor tenga un derecho si se entienden las cosas en atención a este binomio porque en ocasiones la inmunidad del anciano se ve muy alterada ya que sus posibilidades de no ver modificada su posición jurídica van disminuyendo a medida que avanza la edad y, en su caso, las posibles enfermedades hacen mella en la intensidad con que se viven los derechos

5. CONCLUSIONES

- Aprobar de forma definitiva una Ley de Igualdad de Trato y no Discriminación, con una conceptualización y definición lo más clara posible de qué sea y en qué consista la discriminación por edad, que como se ha visto no es un concepto claro en las disposiciones internacionales.

- Analizar cómo un incremento en los tiempos de espera en la prestación sanitaria puede repercutir en la salud.
- Profundizar en el estudio de las mejores condiciones para dar un consentimiento informado
- Especial desarrollo de la vigilancia e indicadores que eviten maltrato, violencia y abuso sobre las personas mayores.
- Desarrollo de protocolos para evitar abusos del sistema financiero.
- Desarrollo de protocolos sobre la compraventa on-line y la agresividad sobre las personas mayores.

Sería oportuno recordar en este punto algunas de las CONCLUSIONES III CONGRESO DEL CONSEJO ESTATAL DE LAS PERSONAS MAYORES. Celebrado en el palacio de Congresos de Madrid, durante los días 18, 19 y 20 de mayo de 2009³²:

-Considerar la valiosa aportación de las personas mayores y por tanto posibilitar los medios para participar de la vida política, sobre todo en aquello que les afecte.

-Abrir cauces para la participación pública y privada.

-Presencia en instituciones y entidades: Pacto de Toledo, en el Consejo Económico y Social y en los Consejos de Administración de las Cajas de Ahorros.

-Establecer en la enseñanza infantil, primaria y secundaria programas educativos que enaltezcan los valores intrínsecos de la vejez y su rol en la sociedad.

-Las personas mayores realizan una labor de estabilidad y sostenimiento de muchas familias.

32

<http://www.imsero.es/InterPresent2/groups/imsero/documents/binario/conclusionesiiiiceppmm.pdf>.

-Las Administraciones Públicas deben seguir fomentando el asociacionismo de los mayores.

-Agilizar las medidas de tutela, curatela y autotutela.

-Registro eficaz del documento de voluntades anticipadas o testamento vital.

-Derecho a una muerte digna en plena libertad.

BIBLIOGRAFÍA

DIEZ, L. y Gullón A., *Sistema de Derecho civil, I*, Madrid, Tecnos, 2005, pg.214.

GRACIA, D. *Fundamentos de Bioética*, Madrid: Triacastella, (2ªed.), 2007, pp. 183-187.

HOHFELD, W. N., *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, Méjico:

Fontamara, (trad. Genaro G.Carrió), 1991.

JAVATO MARTÍN, A y Hoyos Sancho, Montserrat de, (directores), *Violencia, abuso y maltrato de personas mayores*, Valencia: Tirant, monografías, 2010.

MORESO, J. J. y Vilajosana J. M., *Introducción a la teoría del derecho*, Barcelona, Marcial Pons. 2004, pp.139 y ss

Observatorio de personas Mayores del

Imsero:http://www.imsero.es/imsero_01/documentacion/publicaciones/colecciones/coleccion_documentos/serie_documentos_estadisticos_nuevo/IM_070297

4º Informe Mayores de 45 años en el mundo laboral, Fundación ADECCO:

<http://www.fundacionadecco.es/data/SalaPrensa/Estudios/pdf/277.pdf>

Datos del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de Naciones Unidas (UNDESA)

<http://www.un.org/en/development/desa/population/theme/ageing/index.shtml> y al Instituto Internacional sobre el

Envejecimiento <http://www.inia.org.mt/board.html>.

Estándares de Naciones Unidas: Human rights of older persons:

International human rights principles and standards,

BACKGROUND PAPER-revised and updated Open-ended

Working Group, GA resolution 65/182, New York, 18-21 April 2011:

http://www.ohchr.org/Documents/Issues/OlderPersons/OHC_HRBackgroudpaper2011.pdf

IMERSO, http://www.imerso.es/imerso_01/el_imerso/index.htm para consultar documentación y programas de actuación, así como normativa relevante. También

http://www.imerso.es/imerso_01/documentacion/normativas/personas_mayores/index.htm

Informe 2012 de la Oficina del Defensor del Pueblo.

Informe Secretario General Naciones Unidas: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/428/86/PDF/N1142886.pdf?OpenElement>.

Informe sobre envejecimiento 2012. Proyecciones económicas y presupuestarias para los 27 Estados miembro de la UE (2010-2060)

<http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/ue-2012ageingreport-01.pdf>

Informes: 60/135, de 16 de diciembre de 2005, 61/142, de 19 de diciembre de 2006, 62/130, de 18 de diciembre de 2007, 63/151, de 18 de diciembre de 2008, 64/132, de 18 de diciembre de 2009, 65/182, de 21 de diciembre de 2010, 66/173 de 22 de julio de 2011 y 66/127, de 19 de diciembre de 2011. El último y al que se hace referencia es:

<http://gerontologia.org/portal/archivosUpload/uploadManual/N1248721.pdf>

Libro blanco sobre el Envejecimiento Activo:

http://www.imerso.es/InterPresent2/groups/imerso/documentos/binario/8088_8089libroblancoenv.pdf

R.D. Envejecimiento activo:

<http://www.boe.es/boe/dias/2013/03/16/pdfs/BOE-A-2013-2874.pdf>

Recomendación general N° 27 sobre las mujeres de edad

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/472/56/PDF/G1047256.pdf?OpenElement>.

TOMO I INFORME 2010, Las Personas Mayores en España, Primera edición, 2012, Instituto de Mayores y Servicios Sociales

(IMSERSO),

<http://www.ohchr.org/EN/Issues/OlderPersons/Pages/InternationalStandards.aspx>.