

Tratado de Derecho y Envejecimiento

La adaptación del Derecho a la nueva longevidad



Carlos María Romeo Casabona (Coordinador)
Escuela de Pensamiento, Fundación Mutualidad Abogacía

Tratado de Derecho y Envejecimiento

La adaptación del Derecho
a la nueva longevidad

Carlos María Romeo Casabona (Coordinador)
Escuela de Pensamiento, Fundación Mutuality Abogacía



fundación
MUTUALIDAD
ABOGACÍA

escuela
de pensamiento



Wolters Kluwer

© **Fundación Mutualidad Abogacía**, 2021

Carlos María Romeo Casabona (Coordinador)

Presidente de la Escuela de Pensamiento Fundación Mutualidad Abogacía

Presidente del grupo Bioactuarial de Investigación de AGERS

1.ª Edición: Septiembre 2021

Depósito Legal: M-27252-2021

ISBN versión impresa: 978-84-123699-1-5

ISBN versión electrónica: 978-84-123699-2-2

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.

Printed in Spain

Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, **Fundación Mutualidad Abogacía**, se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **CEDRO** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

Tanto la Fundación Mutualidad Abogacía, como Agers (Asociación Española de Gerencia de Riesgos y Seguros), no se hacen responsables de la veracidad de los datos expuestos por los autores. Así mismo, las opiniones de los autores no representan la visión de Agers ni de la Fundación Mutualidad Abogacía.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Carlos María Romeo Casabona
Coordinador

Enrique Sanz Fernández-Lomana

*Presidente de la Mutualidad de la Abogacía
y de la Fundación Mutualidad Abogacía*

Victoria Ortega Benito

*Presidenta del Consejo General de la Abogacía Española
Escuela de Pensamiento, Fundación Mutualidad Abogacía*

Coordinador:

Carlos María Romeo Casbona

*Catedrático de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco/EHU
Escuela de Pensamiento, Fundación Mutualidad Abogacía*

Autores:

Fernando Abellán-García Sánchez

*Director de la firma Derecho Sanitario
Asesores y Abogado especialista
en Derecho Sanitario*

Maialen Aizpurua Esnaola

Abogada, Fundación Hurkoa

Concepción Aldama Baquedano

*Magistrada Especialista
en la Jurisdicción de Menores
en Zaragoza*

Itziar Alkorta Idiakez

*Profesora Titular
de Derecho Civil de la Universidad
del País Vasco/EHU*

Fernando Ariza Rodríguez

*Director General Adjunto
de la Mutualidad de la Abogacía*

Luis Azúa Romeo

*Abogado,
ALAE ABOGADOS*

Félix Benito Osma

*Profesor Asociado
de Derecho Mercantil de la Universidad
Carlos III de Madrid*

Miguel Ángel Boldova Pasamar

*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad de Zaragoza*

María Isolina Dabove

*Doctora en Derechos humanos
Universidad Carlos III de Madrid
Investigadora Principal del CONICET,
Universidad de Buenos Aires*

Laura Pilar Duque Santamaría

*Directora de Cumplimiento
y Control Interno de la Mutualidad
General de la Abogacía*

M.^a Eugènia Gay Rosell

*Decana del Ilustre Colegio de la Abogacía
de Barcelona (ICAB) y Vicepresidenta
del Consejo General de la Abogacía
Española (CGAE)*

Alberto Godino de Frutos

*Abogado especializado
en Derecho Laboral y de Seguridad Social,
Sagardoy Abogados*

Ana Goerlich León

*Abogada especializada en Derecho Laboral
y de Seguridad Social, Sagardoy Abogados*

M.^a Rosario Hildegart Sánchez Morales

*Catedrática de Sociología
de la UNED*

Rafael Illescas Ortiz

*Catedrático de Derecho Mercantil
de la Universidad Carlos III de Madrid
y Presidente de la Sección Española
de la Asociación Internacional de Derecho
de Seguros (SEIDA)*

Luis Manuel Jara Rolle

Abogado, Director ALAE ABOGADOS

Guillermo Lazcoz Moratinos

*Investigador de la Universidad
del País Vasco/EHU*

Arantza Líbano Beristain

*Profesora Agregada
de Derecho Procesal de la Universidad
Autónoma de Barcelona*

Pilar Llop Cuenca

Ministra de Justicia

Borja Mapelli Caffarena

*Catedrático de Derecho Penal,
Universidad de Sevilla*

Luis Carlos Medina Modroño

*Abogado del Ilustre Colegio
de la Abogacía de Barcelona*

Javier Muñoz Cuesta

Fiscal, Tribunal Supremo

M.^a Concepción Nicolás García

*Licenciada en Derecho. Fiscal adscrita
a la Fiscalía Especial contra la Corrupción
y la Criminalidad Organizada*

Victoria Ortega Benito

*Presidenta del Consejo General
de la Abogacía Española
Escuela de Pensamiento,
Fundación Mutualidad Abogacía*

Ekain Payán Ellacuría

*Investigador FPI de la Universidad
del País Vasco/EHU*

Carlos Pérez Ramos

Notario de Madrid

José Miguel Rodríguez-Pardo del Castillo

*Presidente de la Escuela de Pensamiento,
Fundación Mutualidad Abogacía*

Carlos María Romeo Casbona

*Catedrático de Derecho Penal de la
Universidad del País Vasco/EHU
Escuela de Pensamiento, Fundación
Mutualidad Abogacía*

M.^a Ángeles Rueda Martín

*Catedrática de Derecho Penal,
Universidad de Zaragoza*

Javier Sánchez Caro

*Director Científico y Abogado
especialista en Derecho Sanitario
en Derecho Sanitario Asesores*

Enrique Sanz Fernández-Lomana

*Presidente de la Mutualidad de la Abogacía
y de la Fundación Mutualidad Abogacía*

Francisco Sola Fernández

*Inspector Jefe, Área de Normativa
Comunitaria en la Dirección General
de Seguros y Fondos de Pensiones*

Esteban Sola Reche

*Catedrático de Derecho Penal,
Universidad de La Laguna*

Asier Urruela Mora

*Profesor Titular (Catedrático acred.)
de Derecho Penal,
Universidad de Zaragoza*

Elena Zarraluqui Navarro

Abogada, Zarraluqui Abogados

ÍNDICE GENERAL

PRÓLOGO , PILAR LLOP CUENCA	XXXV
PRESENTACIÓN. CIUDADANOS SIN LIMITACIONES , ENRIQUE SANZ FERNÁNDEZ-LOMANA y VICTORIA ORTEGA BENITO	XXXIX
ABREVIATURAS	XLI
INTRODUCCIÓN. LA ADAPTACIÓN DEL DERECHO A LA NUEVA LONGEVIDAD , JOSÉ MIGUEL RODRÍGUEZ-PARDO DEL CASTILLO y CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA.....	1

CAPÍTULO 1

TENDENCIAS DE ENVEJECIMIENTO EN ESPAÑA EN EL CONTEXTO EUROPEO E IMPACTOS SOCIALES , M. ^a ROSARIO HILDEGART SÁNCHEZ MORALES	5
I. INTRODUCCIÓN.....	7
II. PRINCIPALES PAUTAS DEMOGRÁFICAS EN ESPAÑA Y LA UNIÓN EUROPEA.....	8
2.1. La esperanza media de vida	9
2.2. Las tasas de fecundidad	15
2.3. Disminución del tamaño medio de los hogares	18
III. ALGUNOS IMPACTOS SOCIALES DEL ENVEJECIMIENTO DE LA POBLACIÓN	20
3.1. Impactos económicos.....	21
3.2. La soledad como problema social	23
IV. BIBLIOGRAFÍA CITADA	26
	IX

CAPÍTULO 2

EL DERECHO DE LA VEJEZ Y LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, MARÍA ISOLINA DABOVE.....		29
I.	EL DERECHO DE LA VEJEZ.....	31
1.1.	Concepto.....	31
1.2.	Alcance transversal.....	33
1.3.	Contenidos.....	34
II.	«GERONTOGLOBALIZACIÓN»: SU FUENTE MATERIAL.....	38
III.	LA FORMALIZACIÓN DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES: EL PROCESO DE ESPECIFICACIÓN.....	42
3.1.	El reconocimiento de la vejez en Naciones Unidas.....	45
3.2.	El logro de la Organización de Estados Americanos.....	48
IV.	RECEPCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MAYORES.....	53
4.1.	El punto de partida del artículo 50.....	55
4.2.	¿Son solo derechos sociales?.....	58
4.3.	Su carácter operativo.....	61
V.	IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN: EL PORVENIR DEL DERECHO DE LA VEJEZ ESPAÑOL.....	63
VI.	BIBLIOGRAFÍA CITADA.....	64

CAPÍTULO 3

DISCRIMINACIÓN Y ESTIGMATIZACIÓN, MIGUEL ÁNGEL BOLDOVA PASAMAR.....		71
I.	DISCRIMINACIÓN Y ESTIGMATIZACIÓN DE LAS PERSONAS MAYORES.....	73
1.1.	Discriminación en el ámbito de la política.....	77
1.2.	Discriminación en el ámbito sanitario.....	77
1.3.	Discriminación en el ámbito laboral.....	80
1.4.	Discriminación en el ámbito económico.....	81
1.5.	Discriminación en el ámbito social, educativo y cultural.....	81
II.	LA RESPUESTA DEL DERECHO ANTE LA DISCRIMINACIÓN Y ESTIGMATIZACIÓN DE LAS PERSONAS MAYORES.....	82
2.1.	Normas y declaraciones internacionales emanadas de NN. UU. o de sus organismos y organizaciones.....	82

A)	Declaración Universal de los Derechos Humanos (Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1948).....	83
B)	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966].....	83
C)	I Asamblea mundial sobre el envejecimiento, Viena 1982.....	84
D)	Resoluciones de NN. UU. sobre Ejecución del Plan de Acción Internacional sobre el envejecimiento y actividades conexas. Principios de las NN. UU. a favor de las personas de edad.....	85
E)	II Asamblea mundial sobre el envejecimiento, Madrid 2002.....	85
F)	Convenciones de NN. UU. y de los organismos u organizaciones que forman parte.....	88
G)	Necesidad de una convención internacional para la protección de las personas mayores.....	89
2.2.	Legislación interamericana.....	91
2.3.	Normas y declaraciones europeas.....	92
A)	Consejo de Europa.....	92
B)	Unión Europea.....	93
a)	Tratado de Ámsterdam.....	93
b)	Tratado de Lisboa.....	93
c)	Directivas.....	94
d)	Propuesta de Directiva.....	95
e)	Resolución del Parlamento Europeo de 9 de septiembre de 2015.....	96
2.4.	Legislación española.....	97
III.	PERSPECTIVAS JURÍDICAS DE LA DISCRIMINACIÓN Y ESTIGMATIZACIÓN DE LAS PERSONAS MAYORES.....	99
IV.	BIBLIOGRAFÍA CITADA.....	102

CAPÍTULO 4

LA JUBILACIÓN,	ANA GOERLICH LEÓN.....	107
I.	INTRODUCCIÓN.....	109

1.1.	La jubilación en el contrato de trabajo y en la Seguridad Social	109
1.2.	Los múltiples intereses en juego	109
II.	JUBILACIÓN Y CONTRATO DE TRABAJO	112
2.1.	Extinción del contrato de trabajo y mayor edad	113
2.2.	La jubilación como causa de extinción del contrato de trabajo.....	115
	A) Jubilación del trabajador y jubilación del empresario	115
	B) Voluntariedad y obligatoriedad de la jubilación de la persona trabajadora.....	116
2.3.	Jubilación y transformación del contrato de trabajo	118
III.	LA PROTECCIÓN POR VEJEZ EN LA SEGURIDAD SOCIAL.....	119
3.1.	La protección no contributiva	120
3.2.	La edad de jubilación	122
	A) El marco legal vigente.....	122
	B) El aumento de la edad de jubilación.....	123
	C) La anticipación de la edad de jubilación y la jubilación anticipada.....	125
3.3.	La pensión contributiva de jubilación	127
IV.	BIBLIOGRAFÍA CITADA	131

CAPÍTULO 5

	PROLONGACIÓN DE LAS ACTIVIDADES PROFESIONALES O LABORALES, ALBERTO GODINO DE FRUTOS.....	133
I.	HACIA UN SISTEMA DE PENSIONES (IN)SOSTENIBLE	135
II.	RETRASO EN LA EDAD DE JUBILACIÓN	139
	2.1. Edad legal de jubilación vs. Edad efectiva de jubilación .	140
	2.2. Dificultades en el acceso de los jóvenes al mercado de trabajo.....	140
III.	POSIBILIDAD DE COMPAGINAR LA JUBILACIÓN CON EL DESARROLLO DE ACTIVIDADES PROFESIONALES Y LABORALES.	141
	3.1. La jubilación parcial.....	142

A)	Jubilación parcial sin contrato de relevo	142
B)	Jubilación parcial con contrato de relevo.....	143
3.2.	La jubilación flexible	146
3.3.	La jubilación activa	148
3.4.	La jubilación compatible con el trabajo por cuenta propia con ingresos escasos.....	152
IV.	EFICACIA DE LOS SISTEMAS DE COMPATIBILIZACIÓN DE TRABAJO Y JUBILACIÓN	153
V.	BIBLIOGRAFÍA CITADA	155

CAPÍTULO 6

	SUPERVISIÓN Y TRANSPARENCIA DE LOS FONDOS DE PENSIONES EN TIEMPOS DE PANDEMIA, FÉLIX BENITO OSMA	157
I.	LOS FONDOS DE PENSIONES. NATURALEZA Y CLASES	159
1.1.	Concepto, finalidad y naturaleza	159
1.2.	Clases de Fondos de Pensiones.....	161
II.	RÉGIMEN DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LOS FONDOS DE PENSIONES.....	163
2.1.	La organización y funcionamiento del Fondo de Pensiones	163
2.2.	La Comisión de Control del Fondos de Pensiones.....	164
A.	Funciones, clases, composición y funcionamiento.	164
a)	Fondos de pensiones asociados.....	166
b)	Fondos de pensiones individuales.....	166
c)	Fondos de pensiones de empleo	166
B.	La Comisión de Control de Fondos de Pensiones abiertos.....	166
III.	RÉGIMEN FINANCIERO, DE INVERSIÓN Y DE LIQUIDEZ DE LOS FONDOS DE PENSIONES	167
3.1.	Los activos financieros de los Fondos de Pensiones	167
3.2.	Los Principios generales y restricciones de Inversión de los Fondos de Pensiones	168
3.3.	La Política de Inversión y Estrategia Inversora de los Fondos de Pensiones	171
3.4.	La liquidez y garantía de los Fondos de Pensiones.....	173

IV.	LA SUPERVISIÓN PRUDENCIAL DE LOS PLANES Y FONDOS DE PENSIONES.....	174
4.1.	Las competencias y facultades de ordenación y supervisión de planes y fondos de pensiones.....	174
4.2.	El Sistema de Gobierno en la gestión de los fondos de pensiones	177
4.3.	Las Funciones Clave: clases, modo ejercicio, aptitud y honorabilidad.....	179
	A. La Función de Gestión de Riesgos y su evaluación interna	180
	B. La Función de Auditoría Interna.....	182
	C. La Función Actuarial.....	182
4.4.	La Externalización de funciones y actividades	184
V.	LA PROTECCIÓN E INFORMACIÓN DE LOS PARTÍCIPES Y BENEFICIARIOS.....	184
VI.	BIBLIOGRAFÍA CITADA	187

CAPÍTULO 7

	VIVIENDA Y RESIDENCIAS ESPECIALIZADAS. OTRAS FÓRMULAS DE COHABITACIÓN EN DESARROLLO, LUIS MANUEL JARA ROLLE.....	191
I.	INTRODUCCIÓN	193
II.	ALOJAMIENTOS ALTERNATIVOS	194
2.1.	Acogimiento familiar	194
	A) Cataluña	195
	B) Principado de Asturias	196
	C) Comunidad de Madrid.....	196
	D) Comunidad Foral de Navarra	197
	E) Galicia.....	198
2.2.	Viviendas Tuteladas	199
	A) Andalucía	200
	B) Castilla-La Mancha	201
	C) Castilla y León	202
	D) País Vasco	203
	E) Canarias	205
III.	HOGARES ASISTIDOS.....	206
XIV		

3.1.	Iniciativa privada sin ánimo de lucro	207
3.2.	Iniciativa privada con ánimo de lucro.....	209
IV.	FINANCIACIÓN DE LAS NUEVAS NECESIDADES HABITACIONALES.....	210
4.1.	Contrato de alimentos	211
4.2.	Hipoteca inversa.....	212
4.3.	Renta vitalicia.....	214
V.	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	218
VI.	BIBLIOGRAFÍA CITADA	219

CAPÍTULO 8

RELACIONES FAMILIARES. LAS NUEVAS RELACIONES DE LAS PERSONAS MAYORES EN EL ÁMBITO FAMILIAR, ITZIAR ALKORTA IDIAKEZ y MAIALEN AIZPURUA ESNAOLA		221
I.	INTRODUCCIÓN	223
II.	LAS PERSONAS MAYORES COMO PERSONAS CUIDADORAS	224
2.1.	La patria potestad prorrogada y rehabilitada.....	224
2.2.	El cuidado de los nietos.....	228
III.	LAS PERSONAS MAYORES COMO PERSONAS CUIDADAS	232
3.1.	Obligación de los hijos de cuidar a sus padres	232
3.2.	El internamiento en una residencia para mayores	235
3.3.	La asistencia emocional como parte del deber de alimentos.....	236
IV.	LAS PERSONAS MAYORES EN SITUACIÓN DE FRAGILIDAD: AUSENCIA DE RELACIONES FAMILIARES.....	239
4.1.	Un concepto emergente	239
4.2.	Las personas mayores solas: la asistencia por parte de entidades especializadas	241
4.3.	La situación en el derecho común, necesidad de una reforma.....	243
4.4.	Las soluciones que aporta el derecho comparado.....	244
4.5.	La regulación de la asistencia en los ordenamientos catalán y aragonés	245
4.6.	Autotutela, poderes preventivos y acuerdos de asistencia	248
4.7.	La guarda de hecho como solución alternativa	251
BIBLIOGRAFÍA CITADA.....		252

CAPÍTULO 9

CONFLICTOS EN LAS RELACIONES FAMILIARES, M.^a CONCEPCIÓN NICOLÁS GARCÍA 257

I. PRESENTACIÓN DE LA PROBLAMÁTICA FÁCTICA QUE SE EXPERIMENTA EN LA ACTUALIDAD 259

 1.1. La Familia: redes de apoyo espontáneas 259

 1.2. La regulación jurídica de la familia y las obligaciones familiares 262

 1.3. «El Derecho de Familia» 264

II. LA FAMILIA: FUENTE DE CONFLICTOS..... 266

 2.1. Origen y causas..... 266

 2.2. Ejemplos frecuentes de conflictos familiares 267

 A) Cuando los hijos y nietos cuidan de los padres mayores o dependientes: una fuente inagotable de desencuentros..... 267

 B) Otra fuente de conflictos: los mayores cuidan de hijos, nietos o hermanos 268

III. INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE RESPUESTA ANTE LOS CONFLICTOS FAMILIARES 269

 3.1. La familia en nuestra Constitución 270

 3.2. Respuestas del ordenamiento civil..... 270

 A) Entre las parejas..... 270

 a) Divorcio..... 271

 b) Nulidad 271

 c) Separación..... 271

 B) La Filiación: Posibilidad de cambiar los apellidos en caso de conflicto..... 272

 C) Obligaciones de los hijos hacia sus padres. Respuestas del ordenamiento jurídico frente a incumplimientos de obligaciones tanto personales como materiales 272

 3.3. «*Ultima ratio*»: el derecho penal..... 281

 3.4. Respuesta anterior y consensuada: «*la mediación familiar*». 283

 A) Origen 283

B)	¿Qué es la «mediación familiar»?	283
C)	Ventajas de la «mediación familiar»	284
D)	Valoración de la «mediación familiar».....	284
IV.	RECOMENDACIONES PARA LAS REFORMAS LEGALES.....	285
V.	BIBLIOGRAFÍA CITADA	285

CAPÍTULO 10

MATRIMONIO Y OTRAS RELACIONES DE CONVIVENCIA SEMEJANTES. SEPARACIÓN Y DIVORCIO,	ELENA ZARRALUQUI NAVARRO .	289
I.	INTRODUCCIÓN	291
II.	MATRIMONIO	294
III.	RELACIONES DE CONVIVENCIA SEMEJANTES AL MATRIMONIO. PAREJAS DE HECHO	300
IV.	SEPARACIÓN Y DIVORCIO	309
4.1.	Efectos derivados de la separación y el divorcio	311
A)	Vivienda familiar	312
B)	Pensión compensatoria	313
C)	La Compensación del artículo 1438 CC.....	317
V.	CONCLUSIONES.....	318
VI.	BIBLIOGRAFÍA CITADA	320

CAPÍTULO 11

ASPECTOS DE GÉNERO,	M. ^a EUGÈNIA GAY ROSELL	323
I.	INTRODUCCIÓN	325
II.	EL PAPEL DE LA MUJER EN LA SOCIEDAD Y EN EL DERECHO	326
2.1.	La subordinación de la mujer en la historia contemporánea	326
2.2.	La evolución del rol de la mujer en España	328
2.3.	La mujer en democracia	335
2.4.	La concurrencia de discriminaciones.....	337
A)	El carácter transversal del principio de igualdad	337
B)	Aspectos de género: trabajo y envejecimiento	339
C)	Los efectos de la corresponsabilidad en la vejez	342
D)	Otros aspectos de género que inciden en el proceso de envejecimiento.....	344

III.	ACCIONES DE FUTURO	345
3.1.	El impulso de los derechos de las personas mayores.....	346
3.2.	Análisis y recogida de datos	347
IV.	BIBLIOGRAFÍA CITADA	348

CAPÍTULO 12

ACTIVIDADES DE OCIO. TIEMPO LIBRE Y ASOCIACIONISMO, LUIS CARLOS MEDINA MODROÑO.....		349
I.	SITUACIÓN ACTUAL SOBRE EL OCIO, TIEMPO LIBRE Y ASOCIACIONISMO DE LAS PERSONAS MAYORES. CONCEPTOS, PARADIGMA SOCIAL Y NECESIDAD DEL ENVEJECIMIENTO ACTIVO	351
II.	SITUACIÓN JURÍDICA DEL ENVEJECIMIENTO ACTIVO. MARCO NORMATIVO Y REQUISITOS PERSONALES DE LAS ESPECIALIDADES DE LOS PROGRAMAS INSTITUCIONALES PÚBLICOS DE ENVEJECIMIENTO ACTIVO DE TERMALISMO Y TURISMO SOCIAL. ASOCIACIONISMO Y VOLUNTARIADO COMO FOMENTO DE LAS RELACIONES Y MEJORA EN EL PROCESO DE ENVEJECIMIENTO. NUEVAS —Y NO TAN NUEVAS— NECESIDADES E INSUFICIENCIA DE PREVISIONES LEGALES. IMPACTO DEL ENVEJECIMIENTO ACTIVO EN LA ECONOMÍA.....	362
III.	CONCLUSIONES.....	376
IV.	RECOMENDACIONES	376
V.	BIBLIOGRAFÍA CITADA	377

CAPÍTULO 13

LAS SOCIEDADES TONTINAS DE SEGUROS Y LA COBERTURA DE LOS RIESGOS DE LA VEJEZ: UNA LARGA HISTORIA UN TANTO TEMPESTUOSA Y... ¿UN FUTURO PROMETEDOR?, RAFAEL ILLESCAS ORTIZ		379
I.	INTRODUCCIÓN	381
II.	DATOS HISTÓRICOS	382
III.	EL CONCEPTO LEGAL.....	389
IV.	PRINCIPALES (CASI CONTEMPORÁNEAS) REGLAS.....	391
V.	ALGUNAS CONCLUSIONES... O INTERROGANTES.....	396
VI.	BIBLIOGRAFÍA CITADA	397

CAPÍTULO 14

ASISTENCIA SANITARIA. EL ENFERMO CRÓNICO. ENFERMEDADES EN LA VEJEZ, ASIER URRUELA MORA.....	399
I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS.....	401
II. ASISTENCIA SANITARIA. ESPECIFICIDADES EN EL ÁMBITO DE LAS PERSONAS MAYORES.....	403
2.1. Previsiones normativas.....	403
2.2. Excurso: la asistencia sanitaria a personas mayores en el contexto de la pandemia <i>COVID-19</i>	406
III. EL ENFERMO CRÓNICO. ESTRATEGIAS DE ABORDAJE DE LA CRONICIDAD.....	408
3.1. Consideraciones generales sobre el enfermo crónico. Particular referencia a las personas mayores.....	408
3.2. La coordinación sociosanitaria como clave para asegurar la continuidad asistencial.....	411
A) Documentos de referencia en la integración socio-sanitaria.....	413
IV. CONSIDERACIONES FINALES.....	422
V. BIBLIOGRAFÍA CITADA.....	423

CAPÍTULO 15

TRATAMIENTO DEL ANCIANO CON ENFERMEDAD TERMINAL. LOS CUIDADOS PALIATIVOS, ESTEBAN SOLA RECHE.....	427
I. LA PERSONA PACIENTE DE ENFERMEDAD TERMINAL.....	429
II. EL FACTOR EDAD AVANZADA EN EL PACIENTE DE ENFERMEDAD TERMINAL.....	435
III. ENFERMEDAD TERMINAL Y CUIDADOS PALIATIVOS.....	438
3.1. Precisiones sobre el concepto cuidados paliativos.....	438
3.2. Sobre las complicaciones jurídicas de los cuidados paliativos.....	440
A) Asistencia sanitaria rechazada por el paciente.....	444
B) Asistencia sanitaria no rechazada por el paciente..	445
IV. RECOMENDACIONES PARA LAS REFORMAS LEGALES.....	448
V. BIBLIOGRAFÍA CITADA.....	450
VI. TABLA DE JURISPRUDENCIA CITADA.....	452

CAPÍTULO 16

DECISIONES AL FINAL DE LA VIDA, CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA ..	453
I. CONSIDERACIONES CONSTITUCIONALES Y POLÍTICO-CRIMINALES SOBRE EL DERECHO A LA VIDA Y LA DISPONIBILIDAD DE LA PROPIA VIDA	455
1.1. El marco constitucional sobre la disponibilidad de la propia vida	455
II. LAS DECISIONES AL FINAL DE LA VIDA: LA INTERRUPCIÓN Y LA FINALIZACIÓN DEL TRATAMIENTO MÉDICO	457
2.1. Los presupuestos fácticos: su relevancia jurídica.....	457
2.2. El principio de autonomía y el consentimiento del paciente al final de la vida	460
2.3. La intervención de terceros en el paciente sin expectativas de recuperación	461
A) Aspectos previos generales: ostentación de la representación y límites de la misma	461
B) Límites jurídicos del deber de asistencia	463
2.4. El paciente moribundo	465
2.5. Limitación del esfuerzo terapéutico	467
A) Decisiones de suspender o mantener intervenciones que son médicamente ineficaces o fútiles.....	467
B) Órdenes de no reanimar	469
C) Los estados vegetativos persistentes	469
2.6. Determinación y comprobación de la muerte.....	470
A) La muerte clínica: fundamentación de la muerte cerebral	470
B) Criterios para la comprobación del momento de la muerte cerebral	471
2.7. Decisiones <i>post mortem</i> . Indicaciones funerarias y criogenización.....	474
A) Indicaciones funerarias y otras similares	474
B) Criogenización y «resucitación»	475
III. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	477
3.1. Conclusiones.....	477

3.2. Recomendaciones	479
IV. BIBLIOGRAFÍA CITADA	479

CAPÍTULO 17

SUICIDIO Y EUTANASIA, CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA	483
I. EL SUICIDIO. SU TRATAMIENTO JURÍDICO-PENAL	485
1.1. Concepto de suicidio. Su incidencia en las personas mayores	485
1.2. Consideraciones político-criminales	487
1.3. Aspectos comunes de las modalidades comisivas punibles.	489
A) El bien jurídico protegido	489
B) El sujeto pasivo	489
C) Irrelevancia penal de las conductas omisivas	490
D) Exclusión de la comisión por imprudencia	491
E) El resultado de muerte	491
1.4. Las formas de participación en el suicidio punibles en el Código Penal	491
A) La inducción al suicidio.....	491
B) Cooperación necesaria en el suicidio	492
C) Cooperación ejecutiva al suicidio	493
II. LA EUTANASIA.....	496
2.1. A vueltas con la eutanasia	496
2.2. La eutanasia. Un concepto en evolución	497
2.3. El debate sobre la despenalización de la eutanasia.....	499
A) Eutanasia por afecto o afectiva.....	501
B) Eutanasia médica o medicalizada	502
2.4. Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia	504
A) Tramitación y enfoque de la regulación de la eutanasia.....	504
B) Aspectos generales del nuevo régimen de la eutanasia.....	508
C) Actos eutanásicos permitidos.....	512
D) El régimen de prestación de la eutanasia: petición, tramitación y ejecución	512

a)	Requisitos para ejercitar el derecho a solicitar la prestación de ayuda para morir	513
b)	Procedimiento	517
c)	Ejecución de la prestación a morir	518
d)	Observaciones sobre el conjunto del procedimiento	519
E)	Garantías. Las Comisiones de Garantía y Evaluación.	519
a)	Garantías diversas	520
b)	Las Comisiones de Garantía y Evaluación	521
2.5.	La nueva regulación del Código Penal	522
A)	Elementos del tipo	526
III.	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	534
3.1.	Conclusiones.....	534
3.2.	Recomendaciones	535
IV.	BIBLIOGRAFÍA CITADA	536

CAPÍTULO 18

	ASISTENCIA SOCIOSANITARIA , JAVIER SÁNCHEZ CARO y FERNANDO ABELLÁN-GARCÍA SÁNCHEZ	541
I.	LA ASISTENCIA SOCIOSANITARIA Y SUS CARACTERÍSTICAS PARTICULARES.....	543
II.	LA RELACIÓN SOCIOSANITARIA EN CONTRASTE CON LA RELACIÓN CLÍNICA	544
III.	DERECHOS DE LAS PERSONAS ATENDIDAS EN EL CAMPO SOCIOSANITARIO	548
3.1.	Información adecuada sobre los recursos y prestaciones sociales disponibles.....	549
A)	Normativa estatal.....	549
B)	Normativa de las CCAA	551
3.2.	Acceso a los centros y servicios sin discriminación por razón de sexo, edad, raza, religión, ideología, orientación sexual, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal, así como su derecho a participar en las activi-	

	dades que se promuevan, y a formular las quejas, reclamaciones y sugerencias que considere oportunas.....	553
3.3.	Derecho a un plan de atención sociosanitaria individualizado e integral dirigido a promover la autonomía de la persona	557
3.4.	Derecho a la permanencia y cese de la utilización del servicio o centro por voluntad propia, y a consentir los tratamientos.....	558
	A) Internamientos voluntarios e involuntarios.....	558
	B) Las contenciones terapéuticas.....	560
3.5.	Derechos relacionados con las prestaciones y ayudas públicas: discapacidad y dependencia	563
	A) Valoración, reconocimiento del grado de discapacidad y beneficios.....	563
	B) Valoración, reconocimiento del grado de dependencia y beneficios.....	565
IV.	DEBERES DE LAS PERSONAS ATENDIDAS EN LOS CENTROS SOCIOSANITARIOS.....	566
V.	CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.....	569
VI.	BIBLIOGRAFÍA CITADA	569

CAPÍTULO 19

DEPENDENCIAS. DISCAPACIDADES Y CAPACIDADES ESPECIALES,

	M. ^a ÁNGELES RUEDA MARTÍN	571
I.	INTRODUCCIÓN	573
II.	DEPENDENCIA, DISCAPACIDAD Y CAPACIDADES ESPECIALES EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO: CONCEPTOS Y REGULACIÓN EN RELACIÓN CON LAS PERSONAS MAYORES	575
2.1.	La persona anciana dependiente en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.....	575
2.2.	La persona anciana discapacitada en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con Discapacidad y de su inclusión social.....	577
2.3.	La persona anciana, discapacitada o con capacidades especiales en el Código Civil	578

A)	Medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica.....	580
B)	Medidas a adoptar en caso de personas con discapacidad respecto a aspectos patrimoniales	582
C)	La capacidad de obrar de las personas mayores en el Código Civil: consideraciones adicionales	583
2.4.	La persona anciana discapacitada en el Código Penal	584
A)	La persona mayor discapacitada como sujeto activo del delito	584
B)	La persona mayor discapacitada como sujeto pasivo del delito	584
III.	PROPUESTAS <i>DE LEGE FERENDA</i> EN RELACIÓN CON LOS CONCEPTOS DE DEPENDENCIA, DISCAPACIDAD Y CAPACIDADES ESPECIALES EN LAS PERSONAS MAYORES EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO	600
IV.	BIBLIOGRAFÍA CITADA	601

CAPÍTULO 20

	MEDIDAS DE APOYO PARA EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA, M.^a CONCEPCIÓN NICOLÁS GARCÍA y LUIS AZÚA ROMEO	607
I.	INTRODUCCIÓN	609
II.	CUESTIONES GENERALES.....	612
2.1.	Principio de presunción de capacidad y medidas de apoyo	612
2.2.	Medidas de apoyo: medidas voluntarias, guarda de hecho, curatela, autcuratela y el defensor judicial.....	614
	Medidas Voluntarias	614
	La Guarda de hecho.....	615
	La Curatela.....	616
	La Autcuratela	620
	El Defensor Judicial	621
III.	PROCEDIMIENTO DE CONSTITUCIÓN DE MEDIDAS DE APOYO	622
3.1.	El procedimiento en la Jurisdicción Voluntaria.....	622
3.2.	El procedimiento en la Jurisdicción Ordinaria	623
	A) Competencia del juez (arts. 52.1.5º y 756 LEC)	623
	B) Legitimación para promover el procedimiento de adopción de medidas de apoyo (art. 757 LEC).....	623

C)	Personación de la persona discapacitada (art. 758 LEC)	624
D)	Práctica de pruebas y audiencias preceptivas (art. 759 LEC).....	624
E)	Sentencia dictada en la adopción de medidas de apoyo (art. 760 LEC)	625
F)	Revisión de las medidas de apoyo adoptadas judicialmente (art. 761 LEC).....	625
G)	Establecimiento de medidas cautelares (art. 762 LEC)	626
H)	Internamiento (art. 763 LEC)	626
IV.	INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL.....	627
4.1.	Creación de Fiscalías Especializadas	627
4.2.	La intervención del Ministerio Fiscal en los Procesos de Adopción de Medidas de Apoyo.....	628
4.3.	Internamientos.....	631
4.4.	Supervisión y vigilancia de los centros	634
V.	CONSECUENCIAS DE LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE APOYO	636
5.1.	Alcance de las medidas de apoyo.....	636
5.2.	Extensión y límites de las medidas de apoyo.....	637
5.3.	Consecuencias civiles.....	637
A)	De la publicidad registral.....	638
B)	De los actos con trascendencia jurídica.....	638
C)	Responsabilidad civil extracontractual	639
5.4.	Consecuencias en el ámbito penal	640
A)	Los mayores y el Derecho Penal	640
B)	Responsabilidad penal de personas discapacitadas .	642
C)	Responsabilidad civil derivada del delito	645
VI.	RECOMENDACIONES	646
VII.	BIBLIOGRAFÍA CITADA	647

CAPÍTULO 21

EL DERECHO A LA INFORMACIÓN FINANCIERA A LAS PUERTAS DE LA JUBILACIÓN, LAURA PILAR DUQUE SANTAMARÍA	651
I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: FACTORES QUE HACEN QUE LAS PERSONAS DE EDAD AVANZADA PUEDAN SER VULNERABLES AL CONSUMIR PRODUCTOS Y SERVICIOS FINANCIEROS	653

II.	ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA DESCRITA.....	655
2.1.	Alcance subjetivo	655
2.2.	Problemática asociada al medio a través del que llega la información al consumidor.....	659
	A) Comercialización presencial.....	659
	B) Comercialización a distancia.....	662
2.3.	Problemática asociada a la comercialización de contratos de larga duración	666
	A) La concesión de préstamos responsables	666
	B) Las advertencias en la información precontractual de inversión.....	667
	a) En la venta asesorada en IDD y MIFID II.....	667
	b) En la información precontractual de ciertos productos de inversión.....	671
	C) La identificación de la necesidad de inversión a largo plazo: el sobre naranja.....	672
2.4.	La gobernanza de productos como solución a algunos problemas	673
III.	RECOMENDACIONES DE REFORMA.....	675
3.1.	Definición del concepto «consumidores de avanzada edad»	675
3.2.	Conocimientos y competencias de los distribuidores de productos financieros	676
3.3.	El tamaño de la letra en la información en papel.....	677
3.4.	Medidas protectoras en la comercialización a distancia .	677
3.5.	Medidas protectoras en la comercialización de productos PRIIPS	677
3.6.	Desarrollo reglamentario del sobre naranja	678
3.7.	Incorporación de previsiones en materia de gobernanza de productos	679
IV.	BIBLIOGRAFÍA CITADA	679

CAPÍTULO 22

EL ENVEJECIMIENTO COMO FACTOR DE EVALUACIÓN EN LA TRANSPARENCIA FINANCIERA, FRANCISCO SOLA FERNÁNDEZ.....	681
I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	683

II.	TRATAMIENTO DEL CONSUMIDOR EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.....	684
III.	LA DEFENSA DEL CONSUMIDOR FINANCIERO EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.....	685
	3.1. Normativa precrisis.....	685
	3.2. Normativa poscrisis	686
	3.3. Últimas iniciativas en materia de servicios financieros destinados a los consumidores	688
	3.4. El refuerzo institucional de la protección de los consumidores de servicios financieros	689
	3.5. Conclusiones.....	689
IV.	EL DERECHO DE TRANSPARENCIA EN EL ÁMBITO FINANCIERO Y EL FACTOR ENVEJECIMIENTO.....	690
	4.1. Notas características.....	690
	4.2. Breve acotación del concepto de consumidor	693
	4.3. Instrumentos normativos para la transparencia financiera: de la ruptura de asimetría informativa a la atención de la vulnerabilidad	694
	A) Ruptura de la asimetría informativa.....	694
	B) Hacia la comprensión del producto por el sujeto destinatario.....	696
	C) La adecuación del producto en su ciclo de vida	697
	D) La gestión de la vulnerabilidad y las etapas del producto	700
	E) Fuentes de la vulnerabilidad en cada etapa del ciclo del producto o servicio financiero.....	703
	a) Etapa de búsqueda del producto o servicio	703
	b) Etapa de la contratación.....	703
	c) Etapa del mantenimiento del producto.....	705
	d) Etapa de la finalización o liquidación del contrato	707
V.	EL COMPORTAMIENTO FINANCIERO DEL CLIENTE DE EDAD AVANZADA: POSIBLES SESGOS EN SU PROCESO DE TOMA DE DECISIONES	707
VI.	INICIATIVAS LLEVADAS A CABO POR SUPERVISORES Y REGULADORES	712
	6.1. Francia: Trabajos de la ACPR junto con la AMF.....	712

6.2.	Reino Unido: actuaciones de la Autoridad de Conducta Financiera (FCA) en el marco del proyecto sobre envejecimiento de la población.....	715
6.3.	Estados Unidos: adaptación de las figuras de asesoramiento y educación financiera	717
6.4.	IOSCO: la vulnerabilidad del inversor mayor.....	718
6.5.	OCDE: mediación de seguros para personas mayores y otros colectivos de población vulnerables	719
VII.	CONCLUSIONES.....	719
VIII.	BIBLIOGRAFÍA CITADA	720

CAPÍTULO 23

ANCIANIDAD Y SISTEMA PENITENCIARIO, BORJA MAPELLI CAFFARENA	723	
I.	INTRODUCCIÓN	725
II.	EL INTERÉS POR LOS RECLUSOS DE EDAD AVANZADA A TRAVÉS DE LA HISTORIA.....	727
III.	POLÍTICA PENITENCIARIA EN RELACIÓN CON LAS PERSONAS MAYORES.....	733
IV.	LAS PERSONAS DE EDAD AVANZADA EN EL SISTEMA PENAL VIGENTE.....	740
4.1.	Suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad cuando debido a un trastorno mental sobrevenido no se puede conocer el sentido de la pena	741
4.2.	La libertad condicional para personas mayores de setenta años	746
V.	EPÍLOGO.....	748
VI.	BIBLIOGRAFÍA CITADA	750

CAPÍTULO 24

MALTRATO A LAS PERSONAS MAYORES Y VÍCTIMAS VULNERABLES: DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL. ABANDONO, JAVIER MUÑOZ CUESTA.....	753	
I.	INTRODUCCIÓN	755
II.	MALTRATO A LAS PERSONAS MAYORES Y VÍCTIMAS VULNERABLES.....	760
2.1.	Situaciones en las que se causa el maltrato al mayor vulnerable	761

2.2.	Protección penal ante el maltrato de personas mayores vulnerables.....	765
	A) Maltrato a personas mayores en sentido estricto	765
	B) Lesiones a personas mayores	768
III.	DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL.....	770
	3.1. Trato degradante.....	771
	3.2. Acoso inmobiliario.....	773
	3.3. Maltrato habitual	774
	3.4. Delito leve de injurias o vejaciones injustas.....	775
IV.	ABANDONO.....	776
V.	BIBLIOGRAFÍA CITADA	781

CAPÍTULO 25

	LA ATENCIÓN A LAS NECESIDADES DE LOS MAYORES EN SUS RELACIONES CON LA JUSTICIA, CONCEPCIÓN ALDAMA BAQUEDANO.....	785
I.	INTRODUCCIÓN	787
II.	DIVERSIDAD DE ÁMBITOS DE ACTUACIÓN	789
III.	EN EL ÁMBITO DE LA JUSTICIA	790
IV.	ASPECTOS A MEJORAR DEL SISTEMA DE JUSTICIA EN ATENCIÓN A LAS PERSONAS DE AVANZADA EDAD.....	794
	4.1. En su acceso a la justicia	795
	A) Accesibilidad física.....	795
	B) Accesibilidad a la información y comprensión de las actuaciones judiciales	797
	4.2. En la asistencia y asesoramiento profesional en la toma de decisiones.....	799
	4.3. En la intervención inexcusable en el procedimiento	799
	4.4. En los actos de comunicación, citaciones y notificaciones del procedimiento	800
V.	LÍNEAS DE MEJORA DEL SERVICIO DE JUSTICIA EN SU REGULACIÓN, ESTRUCTURA Y ACTUACIONES SUSTANTIVAS	801
	5.1. Desde el plano normativo.....	801
	5.2. Desde el plano estructural	802
	5.3. Desde el plano funcional.....	802

VI. CONCLUSIONES FINALES	803
VII. RECOMENDACIONES	804
VIII. BIBLIOGRAFÍA CITADA	804

CAPÍTULO 26

DEFUNCIÓN, DERECHOS SUCESORIOS Y DECISIONES <i>POSTMORTEM</i>, CARLOS PÉREZ RAMOS	807
I. DEFUNCIÓN	809
1.1. Introducción.....	809
1.2. ¿Qué bienes y derechos componen la herencia?.....	810
1.3. El problema de la herencia digital	813
A) Defensa de la personalidad pretérita.....	813
B) Patrimonio digital transmisible.....	814
1.4. ¿Qué trámites hay que realizar tras el fallecimiento de una persona?	815
A) Sucesión testada	815
B) Sucesión intestada	816
II. DERECHOS SUCESORIOS	820
2.1. Las legítimas.....	820
A) Los herederos forzosos o legitimarios.....	820
B) ¿Qué derechos tiene el legitimario por el mero hecho de serlo?	821
C) La legítima del cónyuge viudo.....	823
D) Las legítimas como límite a la libertad de testar. Una propuesta de reforma	824
2.2. Las reservas	824
A) La reserva viudal. Problemas prácticos.....	825
B) La reserva lineal. Problemas prácticos.....	827
2.3. El derecho de reversión. Problemas prácticos	829
III. DECISIONES <i>POSTMORTEM</i>	831
3.1. Diseño de la sucesión intentando favorecer al cónyuge viudo.....	831
A) El usufructo universal y la cautela socini.....	831

B)	El malogrado art. 831 CC. Crítica al Tribunal Supremo	835
C)	Otros instrumentos para proteger al viudo cuya inclusión en el testamento es aconsejable.....	836
D)	El riesgo de la ruptura del matrimonio	837
3.2.	Diseño de la sucesión con hijos problemáticos	838
A)	El pago en metálico de la legítima	838
B)	El contador-partidor testamentario	839
C)	La desheredación.....	839
3.3.	Diseño de la sucesión intentando favorecer al hijo discapacitado	841
3.4.	Diseño de la sucesión del testador empresario	842
3.5.	Diseño de la sucesión del testador endeudado: la aceptación a beneficio de inventario y los riesgos de repudiar la herencia	843
3.6.	El diseño de la sucesión del causante que ha contraído nuevo matrimonio o vive en pareja de hecho	847
3.7.	El diseño de la sucesión del matrimonio o la pareja sin hijos	847
3.8.	La falta del diseño de la sucesión. El contador-partidor dativo	848
IV.	BIBLIOGRAFÍA CITADA	849

CAPÍTULO 27

LA ERA DIGITAL,	ARANTZA LÍBANO BERISTAIN	853
I.	INTRODUCCIÓN	855
II.	ENVEJECIMIENTO Y TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN	855
2.1.	Dimensiones clave de la competencia digital	855
2.2.	Mayores y brecha digital.....	858
2.3.	El papel de las TIC en la consecución del envejecimiento activo	860
2.4.	Alfabetización digital en personas mayores. Criterios para su implementación	862
III.	ENVEJECIMIENTO, SALUD Y TIC	865
IV.	CIUDADANÍA DIGITAL, TIC Y PERSONAS MAYORES	867
4.1.	Esfera de la Organización de las Naciones Unidas	869

4.2.	Consejo de Europa	871
4.3.	Unión Europea	873
V.	CONCLUSIONES.....	874
VI.	BIBLIOGRAFÍA CITADA	876

CAPÍTULO 28

INMORTALIDAD Y TRANSHUMANISMO, EKAIN PAYÁN ELLACURIA y CARLOS M. ROMEO CASABONA		879
I.	INTRODUCCIÓN	881
II.	TRANSHUMANISMO	885
2.1.	Concepto.....	885
2.2.	Argumentos	887
A)	A favor.....	888
B)	En contra	891
2.3.	Interés para las personas mayores	893
III.	APLICACIONES Y TÉCNICAS.....	898
3.1.	Edición de genes	898
3.2.	Cíborgs.....	900
3.3.	Mejora de capacidades intelectuales	902
3.4.	Robots	903
3.5.	Biología sintética	904
IV.	POSTHUMANISMO	905
V.	CONSIDERACIONES FINALES.....	906
VI.	BIBLIOGRAFÍA CITADA	908

POSFACIO

EL DERECHO AL SERVICIO DE LOS CIUDADANOS ANTE EL DESAFÍO DE LA VEJEZ Y EL ENVEJECIMIENTO, FERNANDO ARIZA RODRÍGUEZ.....		917
I.	INTRODUCCIÓN	919
II.	EL DERECHO Y LA PERSONA ANTE LA VEJEZ	920
2.1.	Edadismo.....	920
2.2.	Lucha contra la desigualdad	923
2.3.	Derechos Humanos	924

III.	EL DERECHO ANTE EL RETO DEMOGRÁFICO	925
	3.1. Natalidad	927
	3.2. Movimientos migratorios	927
	3.3. Despoblación	928
	3.4. Esperanza de vida.....	930
	3.5. Inmortalidad y transhumanismo	932
IV.	EL DERECHO ANTE LA TECNOLOGÍA Y LA DIGITALIZACIÓN DE LA SOCIEDAD	934
	4.1. La brecha digital	934
	4.2. La tecnología al servicio de las personas mayores.....	936
	4.3. Ética de la Inteligencia Artificial y de los procesos robotizados.....	938
V.	EL DERECHO ANTE LOS RETOS SANITARIOS Y ASISTENCIALES.	939
	5.1. Esperanza de vida sana.....	939
	5.2. Entorno residencial y asistencial	940
	5.3. Relaciones familiares.....	940
VI.	EL DERECHO ANTE LOS RETOS SOCIOECONÓMICOS DEL ENVEJECIMIENTO	942
	6.1. Aspectos sociales y de ocio	943
	6.2. Economía del envejecimiento.....	944
	6.3. Finanzas personales y consumo.....	945
	6.4. Jubilación	947
	6.5. Envejecimiento activo y talento senior.....	947
VII.	REFLEXIONES FINALES	949
VIII.	BIBLIOGRAFÍA CITADA	951
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES, CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA, EKAIN PAYÁN ELLACURIA Y GUILLERMO LAZCOZ MORATINOS		955
I.	CONCLUSIONES.....	959
	Generales.....	959
	Derecho Constitucional	959
	Economía y seguros	960
	Derecho Civil (familia y sucesiones).....	961
	Derecho Laboral	961
	Asistencial y social.....	962
	Derecho Penal	964

Otras (residencias, ocio, relaciones con la justicia, transhumanismo y nuevas tecnologías)	965
II. RECOMENDACIONES	967

ANEXO

DECÁLOGO DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MAYORES EN SITUACIONES DE PANDEMIA, ESCUELA DE PENSAMIENTO	975
LOS AUTORES DE LA OBRA Y SU CONTRIBUCIÓN	979
SUMARIO	985

PRÓLOGO

Pilar Llop Cuenca

Ministra de Justicia del Gobierno de España

El envejecimiento de la población mundial es una de las principales consecuencias de lo que Dirk van de Kaa y Ron Lesthaeghe denominaron la Segunda Transición Demográfica en los años 80 del siglo XX. Esta megatendencia demográfica está ocasionando, junto con el cambio climático y la revolución tecnológica, la mayor transformación social, política y económica de nuestras sociedades contemporáneas desde finales de la II Guerra Mundial.

El proceso de envejecimiento de la población que se está produciendo en los países más desarrollados representa un importante reto para los poderes públicos que deben abordar las consecuencias de una sociedad que se orienta cada vez más a la política y la economía de los cuidados. En este sentido, España es uno de los países más afectados por esta tendencia demográfica ya que en 2050, uno de cada tres españoles tendrá 65 años o más, y por cada persona en esta franja de edad habrá solo 1,7 personas entre los 16 y los 64 años. Esto supondrá un notable desafío para la sostenibilidad de nuestro estado de bienestar, inspirado en la universalidad de los servicios, y de nuestro sistema de pensiones basado en la solidaridad intergeneracional.

Por lo tanto, si queremos garantizar la cohesión social, territorial e intergeneracional los poderes públicos debemos abordar cuanto antes las posibles consecuencias del envejecimiento de la población y adaptar nuestro estado del bienestar y las políticas de los cuidados a una sociedad más longeva.

Para ello la Justicia y el Derecho juegan un papel fundamental para garantizar los derechos de las personas mayores. La actuación de los poderes públicos ante las nuevas realidades sociales derivadas del reto demográfico debe tener como ejes de actuación los principios de igualdad de oportunidades y de no discriminación. Para que nadie quede atrás y para que las personas mayores,

uno de los colectivos más vulnerables, puedan disponer de las herramientas que les faciliten una vida digna inspirada en el envejecimiento activo y la prestación de servicios públicos de calidad, especialmente: pensiones, sanidad y dependencia, removiendo todos los obstáculos que impidan o dificulten la plenitud de sus derechos y libertades, para que tomen sus propias decisiones sin que su voluntad tenga que verse automáticamente sustituida.

En los momentos de crisis son las personas mayores las que más dificultades tienen. Hay que diseñar instrumentos que eviten la exclusión y pensar el servicio público de Justicia desde el cuidado a la generación que más ha contribuido al desarrollo económico, democrático y social de España.

La propia transformación del país en los próximos años va ir conformando nuevas realidades y conflictos. Poder anticiparlos para abordarlos con celeridad contribuirá a la cohesión social. Es por ello que este Tratado de Derecho y Envejecimiento que edita la Escuela de Pensamiento de la Fundación Mutuality de la Abogacía no podría ser más oportuno, ya que es una herramienta indispensable de análisis prospectivo que facilita la conexión y el conocimiento necesarios para diseñar políticas públicas que acompañen la respuesta de las administraciones públicas con los grandes cambios sociales de nuestro tiempo.

La Fundación Mutuality Abogacía lleva años realizando una gran labor de servicio público a través de sus actividades y programas, pero especialmente desde la Escuela de Pensamiento y la Cátedra de Economía del Envejecimiento, llegando a convertirse en uno de los principales centros de referencia y de conocimiento sobre la cultura y la economía del envejecimiento.

Este estudio, sin duda, es uno de los más ambiciosos hasta ahora realizados por la Fundación, no solo por la excelente calidad de los trabajos publicados, así como el gran prestigio de sus autores, expertos y expertas reconocidos en sus respectivos ámbitos de especialización, que han aportado su conocimiento minucioso y su ánimo de ofrecer soluciones realistas desde una perspectiva multidisciplinar, de manera que se ha profundizado en todos los elementos que conforman la problemática del envejecimiento, sus causas, consecuencias y con propuestas de mejora que serán, sin duda, de vital importancia para las instituciones que tengan que tomar decisiones.

Desde el Ministerio de Justicia, como administración implicada y prestataria del Servicio Público de Justicia, también hemos tenido en cuenta las nuevas realidades sociales que afectan a las personas mayores y así lo hemos plasmado en el proyecto Justicia 2030, un proyecto de futuro cuyo objetivo es hacer una Justicia más accesible, eficiente y sostenible. Para ello es primordial que el Servicio Público de Justicia cumpla su función social y constitucional como pilar del Estado de Derecho en una sociedad que ha cambiado y se ha pluralizado. En un contexto social, económico, cultural y ambiental distinto. Y en este

nuevo contexto las personas mayores y los colectivos vulnerables conforman el eje central de este nuevo ecosistema de la Justicia.

Con este mismo ánimo renovador, no puedo más que celebrar y felicitar a las personas que han elaborado esta publicación, especialmente a su coordinador Carlos María Romeo, a su presidente, Enrique Sanz Fernández-Lomana y a la Presidenta del Consejo General de la Abogacía, Victoria Ortega Benito. Estoy seguro de que las recomendaciones y conclusiones de este tratado marcarán las pautas a seguir para los poderes públicos en los ámbitos que afectan a las personas mayores. También para el Ministerio de Justicia.

Porque hablar de las personas mayores, de sus derechos, de las brechas generacionales, del futuro de las pensiones, de la prolongación de la actividad profesional, de las soluciones habitacionales, de la soledad, de la salud y el envejecimiento activo, de las enfermedades crónicas, del derecho a una muerte digna, de la discapacidad y la dependencia, de las especificidades que afectan a las mujeres mayores, del sistema penitenciario y del transhumanismo es, en definitiva, hablar de la sociedad que queremos ser.

Y eso es lo que hace esta magnífica publicación que edita la Fundación Mutualidad Abogacía. Su lectura sosegada nos aportará muchas claves del futuro más inmediato en aras de conseguir una sociedad más justa, más cohesionada y más sostenible.

PRESENTACIÓN.

CIUDADANOS SIN LIMITACIONES

Enrique Sanz Fernández-Lomana
Presidente de la Mutualidad de la Abogacía

Victoria Ortega Benito
Presidenta del Consejo General de la Abogacía Española

Los avances médicos y tecnológicos han logrado que aumentar la esperanza de vida a un ritmo de cuatro años por década haya dejado de sonar a ciencia ficción. Esta es la realidad de España, donde la longevidad ha seguido aumentando desde el pasado siglo y el número de personas mayores de 65 años ya supone cerca del 20% de la población total. Sin embargo, pese a estos grandes avances, el concepto de envejecimiento continúa cargando sobre su espalda el lapidario peso de la discriminación y el estigma social.

Estas desigualdades se han visto aún más acentuadas desde que se desató la crisis del COVID-19. Durante el punto más álgido de la pandemia, fuimos testigos de cómo, durante un tiempo, el modelo ético tradicional de la medicina fue sustituido por una serie de criterios que establecían determinadas condiciones para que un paciente fuese atendido en la UCI. Además de sufrir las consecuencias de este triaje y de ser la población con niveles más altos de mortalidad, la pandemia ha tenido un impacto psicosocial especialmente pronunciado en las personas mayores. El aislamiento, por ejemplo, consecuencia ineludible de las restricciones de movilidad constantes, ha agudizado el endémico problema de la soledad de la tercera edad.

Evitar que se vuelvan a producir este tipo de situaciones es, por tanto, el gran reto de nuestros tiempos. Sin embargo, la actual normativa aborda estos

temas de manera dispersa y poco específica. Este Tratado de Derecho y Envejecimiento nace, precisamente, para responder de forma integral a este vacío jurídico de vital importancia. El objetivo es examinar los derechos y libertades de las personas mayores para ofrecer al mundo jurídico una visión de conjunto sobre sus necesidades normativas específicas. Solo a partir de acciones basadas en la evidencia podrán desarrollarse estrategias de intervención y políticas públicas que reviertan la discriminación frente a ellas y mejoren su calidad de vida. Por eso, para elaborar este Tratado, la Escuela de Pensamiento ha contado con la colaboración de un grupo interdisciplinar de juristas formado por abogados, magistrados, fiscales, profesores universitarios, notarios y funcionarios, pero también filósofos, economistas, sociólogos y médicos, para presentar una serie de conclusiones y propuestas que puedan beneficiar a nuestros mayores. Asimismo, existe también el propósito de identificar y de abrir nuevos nichos de negocio para los abogados en ejercicio relacionados con las personas mayores, sus familias y empresas y organizaciones del sector.

Es previsible que, a la luz de las tendencias poblacionales y al aumento de la esperanza de vida, cada vez sean más las personas que integren este segmento, lo que ahonda en la necesidad de su protección activa. El edadismo propio de la sociedad del siglo XX debe dejar paso a otra forma de entender el proceso de envejecimiento. Debemos desligar a la edad avanzada de connotaciones patológicas y partir, como norma general, de la autonomía y capacidad de obrar de toda persona.

El Tratado que hemos elaborado pretende revertir este panorama de olvido y desatención y, en su lugar, contribuir a modular una sociedad integradora de los mayores, en la que estos vuelvan a ser ciudadanos de sin limitaciones, abierta a la igualdad, a la solidaridad y a la promoción de sus derechos, velando por el amparo jurídico en situaciones de vulnerabilidad.

ABREVIATURAS

AAVV	Autores Varios
ACNUR	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
ACPR	<i>Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution</i>
ADN	Ácido desoxirribonucleico
AIReF	Autoridad independiente de Responsabilidad Fiscal española
AME	Asamblea Mundial sobre Envejecimiento
AMF	<i>Autorité des Marchés Financiers</i>
ANC	Autoridades Nacionales Competentes
AP, AAPP	Administración Pública, Administraciones Públicas
Apdo., apdos.	Apartado, apartados
APS	Atención Primaria de Salud
ARP	Aranzadi Penal
Art., arts.	Artículo, artículos
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BdE	Banco de España
BOE	Boletín Oficial del Estado
CA, CCAA	Comunidad Autónoma, Comunidades Autónomas
Cap., Caps.	Capítulo, capítulos
CAV	Comunidad Autónoma Vasca
CBE	Comité de Bioética de España
CC	Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se aprueba el Código Civil
CCCat	Código Civil de Cataluña
CCFP	Comisión de Control del Fondo de Pensiones
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 12 de diciembre de 2007
CDHB	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 (Convenio relativo a los Derechos

	Humanos y la Biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989
CDPD	Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006
CE	Constitución española de 1978
CEDH	Convenio Europeo para la protección de los derechos del hombre y las libertades fundamentales de 1950 (Consejo de Europa)
CEO	Director ejecutivo (<i>Chief Executive Officer</i>)
Cfr.	Compárese con
CGAE	Consejo General de la Abogacía Española
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CI	Consentimiento informado
CIS	Centro de Investigaciones Sociológicas
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
Comp.	Compilación
Coord., Coords.	Coordinador, Coordinadores
COVID-19	<i>Coronavirus Disease 2019</i>
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
CRISPR-Cas9	Repeticiones Palindrómicas Cortas Agrupadas y Regularmente Espaciadas (<i>Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeats</i>)
CSIC	Consejo Superior de Investigaciones Científicas
D	Decreto
DA	Disposición Adicional
DD	Disposición Derogatoria
DD. HH.	Derechos Humanos
DF	Disposición Final
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
DIGCOMP	Contexto para el Desarrollo y la Comprensión de la Competencia Digital en Europa
Dir., Dirs.	Director, Directores
DLeg	Decreto Legislativo
DMD	Asociación Derecho a Morir Dignamente (España)
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DP	Derecho Penal
DS	Derecho y Salud
DT	Disposición Transitoria

DUBDH	Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, de 19 de octubre de 2005
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948
DUGHDH	Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, de 11 de noviembre de 1997
EA	Envejecimiento Activo
EBA	<i>European Banking Authority</i>
ECLI	Identificador Europeo de Jurisprudencia (<i>European Case Law Identifier</i>)
Ed.	Edición, editor
EDFP	Entidad Depositaria del Fondo de Pensiones
EEMM	Estados Miembros
EE. UU.	Estados Unidos de América
EGFP	Entidad Gestora del Fondo de Pensiones
EIOPA	European Insurance and Occupational Pensions Authority
EM	Exposición de Motivos
EOMF	Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
ESMA	<i>European Securities and Markets Authority</i>
ET	Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
et. al.	Y otros
EUROSTAT	Oficina Estadística de la Unión Europea
EVP	Estado Vegetativo Persistente
FCA	<i>Financial Conducts Authority</i>
FD	Fundamento de Derecho
FGE	Fiscalía General del Estado
FIAPAM	Federación Iberoamericana de Asociaciones de Personas Adultas mayores
FJ	Fundamento Jurídico
FMI	Fondo Monetario Internacional
FP	Fondos de Pensiones
HC	Historia Clínica
IA	Inteligencia Artificial
Ibid.	En el mismo lugar
Id.	El mismo
IDD	Directiva 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de enero de 2016, sobre la distribución de seguros
IMSERSO	Instituto de mayores y Servicios Sociales
Inc.	Inciso

INE	Instituto Nacional de Estadística
<i>infra</i>	Más abajo
INJUVE	Instituto de la Juventud
INPEA	Red Internacional de Prevención del Abuso y Maltrato en la Vejez (<i>International Network for the Prevention of Elder Abuse</i>)
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social
IOSCO	<i>International Organization of Securities Commissions</i>
IoT	Internet de las Cosas (<i>Internet of Things</i>)
IPC	Índice de Precios de Consumo
IPID	<i>Insurance Product Information Document</i>
IRPF	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
JVP	Juez de Vigilancia Penitenciaria
KID	<i>Key Information Document</i>
L.	Libro
LAP	Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la Autonomía del Paciente
LAPAD	Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la Autonomía Personal y atención a las personas en situación de Dependencia
LCCSNS	Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LECrim.	Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal
LCS	Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro
LGD	Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con Discapacidad y de su inclusión social
LGS	Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad
LGSS	Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social
LH	Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria
LISOS	Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social
LJV	Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria
LO, LLOO	Ley Orgánica, Leyes Orgánicas
LOGP	Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria

LOMESP	Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en materia de Salud Pública
LOPD	Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales
LOPF	Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LOPJM	Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil
LOPPIA	Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la violencia
LORE	Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de Regulación de la Eutanasia
LORRPM	Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores
LOSSEAR	Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras
LOVG	Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género
LPPPD	Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad
LRC	Ley de 8 de junio de 1957, de Registro Civil
LRLCP	Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se Reforma la Legislación Civil y Procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica
MIFID I	Directiva 2004/39/CEE relativa a los mercados e instrumentos financieros
MIFID II	Directiva 2014/65/EU relativa a los mercados de instrumentos financieros
MF	Ministerio Fiscal
MSCBS	Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social
n.	Nota
NBIC	Nanotecnología, Biomedicina, Tecnologías de la Información y Ciencia Cognitiva
NN. UU.	Naciones Unidas
núm., núms.	Número, números
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
ODS	Objetivos de Desarrollo Sostenible

OEA	Organización de Estados Americanos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONG	Organización No Gubernamental
ONU	Organización de Naciones Unidas
op. cit.	Obra citada con anterioridad
OPS	Organización Panamericana de la Salud
p., pp.	Página, páginas
<i>Passim</i>	Por todas partes
PE	Parte Especial
PEF	Punto de Encuentro Familiar
P. ej.	Por ejemplo
pfo./pfos.	Párrafo, párrafos
PIB	Producto Interior Bruto
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966
PJ	Poder Judicial
PLORE	Proposición de Ley orgánica sobre la regulación de la eutanasia
PP	Plan de Pensiones
PRIIPS	Reglamento (UE) núm. 1286/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, sobre los documentos de datos fundamentales relativos a los productos de inversión minorista vinculados y los productos de inversión basados en seguros
PUM	Programas Universitarios para mayores
R	Recomendación
RAE	Real Academia Española
RC	Registro Civil
RCUD	Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina
RD	Real Decreto
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
RD-L	Real Decreto-Ley
RDLeg	Real Decreto Legislativo
Rec.	Recurso
Red./Reds.	Redactor, Redactores
RETA	Régimen Especial de Trabajadores Autónomos
RM	Registro Mercantil
RP	Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario

ROJ	Repositorio Oficial de Jurisprudencia
RRC	Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil
ROSSEAR	Real Decreto 1060/2015, de 20 de noviembre, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras
S, Ss.	Sentencia, Sentencias
s., ss.	Siguiente, siguientes
S. S.	Seguridad Social
SAAD	Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia
SAD	Servicio de Ayuda a Domicilio
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial
SARS-COV-2	<i>Severe Acute Respiratory Syndrome Coronavirus 2</i>
Sec.	Sección
SEGG	Sociedad Española de Geriatría y Gerontología
SJP	Sentencia Juzgado de lo Penal
SNS	Sistema Nacional de Salud
STC, SSTC	Sentencia del Tribunal Constitucional, Sentencias del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS, SSTS	Sentencia del Tribunal Supremo, Sentencias del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
supra	Más arriba
t.	Tomo
T.	Título
TC	Tribunal Constitucional español
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de 13 de diciembre de 2007
TIC	Tecnologías de la Información y la Comunicación
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
trad.	traductor
TRMLV	Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores
TS	Tribunal Supremo español
TSI	Tecnologías de la Sociedad de la Información
TUE	Tratado de la Unión Europea, de 7 de febrero de 1992
UCI	Unidad de Cuidados Intensivos

UE	Unión Europea
UNCAP	<i>Ubiquitous iNteroperable Care for Ageing People</i>
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
USB	Bus de Comunicaciones Universal (<i>Universal Serial Bus</i>)
v.	Versus
<i>Vid.</i>	Véase
VIH	Virus de Inmunodeficiencia Humana
vol.	Volumen

INTRODUCCIÓN. LA ADAPTACIÓN DEL DERECHO A LA NUEVA LONGEVIDAD

José Miguel Rodríguez-Pardo del Castillo

Presidente del Consejo Científico.

Escuela de Pensamiento. Fundación Mutualidad Abogacía

Carlos María Romeo Casabona

Coordinador del Tratado

Vocal del Consejo Científico

Escuela de Pensamiento. Fundación Mutualidad Abogacía

En las diversas culturas históricas y algunas actuales ha predominado la visión de la persona mayor como merecedora del máximo respeto y consideración, dado el reconocimiento a la sabiduría que ha ido adquiriendo con el transcurso de los años gracias a su experiencia vital y a los conocimientos de todo tipo que ha ido incrementando en su propio acervo personal. Los miembros de la comunidad les respetaban y esperaban expectantes sus criterios y consejos, teniéndolos siempre por certeros, prudentes y sabios.

Socialmente solían ostentar los puestos de mayor honor, como ocurría en sus orígenes con el Senado romano (*Senatus*, de *senex*, anciano) y otros órganos de naturaleza más bien consultiva en otras culturas. Precisamente, un miembro de aquel Senado, Cicerón, ha sido el jurista de la Antigüedad que con mayor interés se ha ocupado de la vejez en una de sus obras más conocidas, *De senectute* («Sobre la vejez»), elogiándola, frente a las torpezas de los jóvenes contemporáneos de la época. No significa con ello que el gran orador latino desprecie la juventud, «pues estoy alabando la vejez que descansa sobre los cimientos

de la juventud, de lo que se colige... que la vejez es desdichada si pretende defenderse con discursos. No pueden proporcionar inopinadamente de repente autoridad moral las canas ni las arrugas, sino que son los años de vida precedentes, vividos con honestidad, los que proporcionan los últimos beneficios de la autoridad moral» (*Sobre la vejez*, pfo. 63).

Acercándonos más a nuestros tiempos puede apreciarse una visión diferente de la vida prolongada, de la vejez y del proceso del envejecimiento. Frente al pesimismo con el que siente o vive la vejez el también jurista Norberto Bobbio («el tiempo de la vejez... es el tiempo del pasado»), la Premio Nobel Rita Levi-Montalcini (*El as en la manga: Los dones reservados a la vejez*) apuesta por saber programar bien lo que nos queda de vida, porque para ella «a los cien, mi mente es superior, gracias a la experiencia, que cuando tenía 20 años»; ese es el *as que tenemos guardado en la manga*.

Lo cierto es que aparte las vivencias individuales de ilustres personajes que pudieron disfrutar de una vida prolongada con un estado general de salud, emocional y cognitivo elevados, las personas mayores suelen sentirse en nuestros días minusvaloradas, infantilizadas, despreciadas, solas, aisladas, y con un profundo sentimiento de abandono y de soledad. En resumen, discriminados por el mero hecho de su edad, fenómeno social que se conoce como edadismo.

Los promotores de esta obra pensamos que el Derecho puede contribuir modesta pero eficazmente a corregir estas discriminaciones, ayudar a que las personas mayores se sientan y realmente estén integradas en el conjunto de la sociedad mediante el reconocimiento efectivo de sus derechos, de los que continúan siendo sus titulares irrenunciables.

También percibimos que las sociedades modernas necesitan un cambio de enfoque: eliminar los estereotipos, promover el respeto hacia el otro, fomentar el diálogo intergeneracional.

En sus múltiples actividades, la Escuela de Pensamiento, núcleo de reflexión creado e impulsado por la Fundación Mutualidad Abogacía, viene insistiendo en unos perfiles —no estereotipos— que comparten en general las personas mayores en la actualidad: aumento de las tasas de la población de más de 65 años y de la esperanza de vida, una mayor capacidad relacional y de actividad, titularidad de pensiones y de otros activos patrimoniales, entre otras. Al mismo tiempo, decíamos más arriba, se perciben también bolsas de discriminación y estigmatización, de vulnerabilidad por diversos motivos, de abusos y de soledad.

Un somero repaso a la normativa que de algún modo abarca las diversas situaciones en las que pueden encontrarse las personas mayores, nos indica que es dispersa y que apenas prevé los aspectos más específicos y diferenciales

relativos a las personas mayores, dejando así al margen asuntos que pueden ser de capital importancia para ellas y para la sociedad.

Tampoco encontramos monografías que estudien la vejez y el proceso del envejecimiento y que ofrezcan al mundo jurídico una visión de conjunto sobre sus necesidades normativas específicas, y al mismo tiempo de forma singularizada desde las diversas ramas del Derecho.

En un grupo de trabajo multidisciplinar, con unos cuantos juristas integrando su Consejo Científico, fue fácil a la Escuela de Pensamiento asumir un nuevo desafío: estudiar los asuntos jurídicos que pueden afectar con más frecuencia a las personas mayores y al envejecimiento. Y, como se sugería más arriba, tratándolo de manera monográfica, insistiendo, eso sí, en aquellos puntos más necesitados de análisis, por poder verse involucrados nuestros mayores.

Hemos seleccionado los temas que nos parecían más relevantes para este objetivo. Y hemos conseguido coordinar asimismo un grupo interdisciplinar de juristas muy cualificados en sus respectivas especialidades, caracterizados por la pluralidad de las profesiones que ejercen: abogados, magistrados, fiscales, profesores universitarios, notarios, funcionarios públicos, pero también filósofos, sociólogos, economistas y médicos.

No se pretende describir tan solo el marco normativo, con la ayuda de la jurisprudencia y de la doctrina, sino detectar al mismo tiempo carencias y construcciones que no responden a las necesidades jurídicas que hoy tienen nuestros mayores. Proponemos conclusiones y recomendaciones o propuestas, sean legislativas o reglamentarias, o de reorganización y ejecución que puedan beneficiar a los mayores.

Nos han interesado materias esenciales como la jubilación, en cuanto cese de la actividad laboral o profesional. En derecho comparado encontramos iniciativas que tratan de flexibilizar el final de la actividad productiva, admitiendo su prolongación, bien retrasando directamente la edad de jubilación (porque se entiende que al mejorar el estado de salud y las expectativas de vida, el sistema de pensiones no puede absorber la creciente población llamada pasiva si puede continuar con su trabajo), o bien estableciendo períodos de semijubilación evaluables según la capacidad y el estado de salud del interesado, o de forma voluntaria. Los fondos de pensiones privados, las oportunidades patrimoniales y financieras, los seguros de vida, salud y enfermedad y de accidentes, nos muestran en un entorno económico variado y diferente al de hace unos años.

Nos preocupa que se refuerce una adecuada reacción y prevención de los maltratos contra las personas mayores y del abandono de los deberes legales de sustento y otros semejantes para con ellas; garantizar un adecuado acceso a la Justicia y unas relaciones fluidas con las administraciones públicas, sobre todo a partir de su digitalización, que puede constituir un nuevo foco de marginación y

aislamiento sino se adoptan las medidas necesarias de adaptación e integración; evitar la repetición de situaciones como las padecidas durante los primeros meses de la pandemia del *COVID-19*, de confinamiento y aislamiento forzados en residencias públicas o privadas, de negación de tratamientos eficaces, despreciando y vulnerando en muchas ocasiones los derechos que les son inherentes, como ha puesto de manifiesto el Decálogo de los derechos de las personas mayores en situación de pandemia, elaborado por la Escuela de Pensamiento, que puede leerse en el anexo de esta obra.

El acceso en plano de igualdad a la actividad asistencial sanitaria es otro eje importante para el bienestar de las personas mayores. Se reconoce el derecho universal a la asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud. La cobertura de enfermedades degenerativas y los cuidados paliativos, el suicidio y el nuevo régimen de la eutanasia, las discapacidades y capacidades especiales de los mayores. Por otro lado, la asistencia social, la vivienda y el ocio, el tiempo libre y el asociacionismo, son materias que contribuyen a mejorar la calidad de vida de los ciudadanos. Las relaciones familiares, el matrimonio y otras relaciones semejantes, la separación y el divorcio, los derechos sucesorios, las cuestiones de género, el maltrato y el anciano en prisión, las nuevas (bio)tecnologías, la inmortalidad y el transhumanismo, han tenido también su presencia en esta monografía.

Esta es una obra que, si bien tiene como objeto básico identificar y conocer el marco jurídico en el que se pueden desenvolver las personas mayores en las diversas situaciones en las que pueden encontrarse, quiere ser también expresión y sentimiento de solidaridad, de identificación con las personas vulnerables por razón de su edad.

Confiamos en que será una obra de referencia ineludible para los profesionales del Derecho y para las propias personas mayores.

En Madrid y Bilbao, en el mes de abril de 2021.

CAPÍTULO 1

TENDENCIAS DE ENVEJECIMIENTO EN ESPAÑA EN EL CONTEXTO EUROPEO E IMPACTOS SOCIALES⁽¹⁾

M.^a Rosario Hildegart Sánchez Morales
Catedrática de Sociología de la UNED

(1) La pandemia mundial del *COVID-19* predeciblemente alterará datos y proyecciones que se presentan en este texto, haciéndose necesarias exploraciones adecuadas a las circunstancias emergentes.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las tendencias sociales de relevancia a nivel planetario es el envejecimiento de la población⁽²⁾, a la par que uno de los grandes logros de la humanidad. Es un hecho social multidimensional, que concita efectos biomédicos, sociales, económicos, psicológicos... La vejez es un período de la vida coligado a consecuencias poco deseables, incluida la enfermedad, la discapacidad, la soledad, y la muerte, si bien es, hoy por hoy, una oportunidad para los propios involucrados, sus familias y la sociedad, siempre y cuando les respete la salud.

Tener una buena o mala salud en la senectud depende, en buena medida, del azar genético, siendo de la máxima importancia el contexto social en el que nos desenvolvemos y los hábitos y estilos de vida que desdoblamos, no solo en esa fase sino desde la infancia. Las maneras de envejecer y la mayor o menor incidencia de lo patológico se atiende esencialmente a inequidades sanitarias, resultando imprescindible promover políticas de salud pública universales eficientes⁽³⁾.

La población mundial tiene una esperanza media de vida notablemente superior a los 60 años (*Vid.* gráfico 1) y, según la OMS, para el 2050 se espera que los que alcancen esta edad lleguen a los 2.000 millones (900 millones en la actualidad). Igualmente, hay 125 millones de longevos de más de 80 años y se anticipa que en 2050 llegaremos a los 434 millones (el 80% vivirá en países de ingresos bajos y medios). Tan sólo en China se calcula que habrá 330 millones de hombres y mujeres con más de 65 años y 100 millones superarán los 80 (un fenómeno que los demógrafos denominan en términos de «envejecimiento del envejecimiento»). Específicamente, se prevé que los españoles dispondremos, a mediados del siglo XXI, de la esperanza media de vida más alta del mundo (85,8) por delante de los japoneses (85,7).

Dentro de la demografía como disciplina científica, el análisis de la estructura por edades es una cuestión de primer grado. Y ello es así porque en función

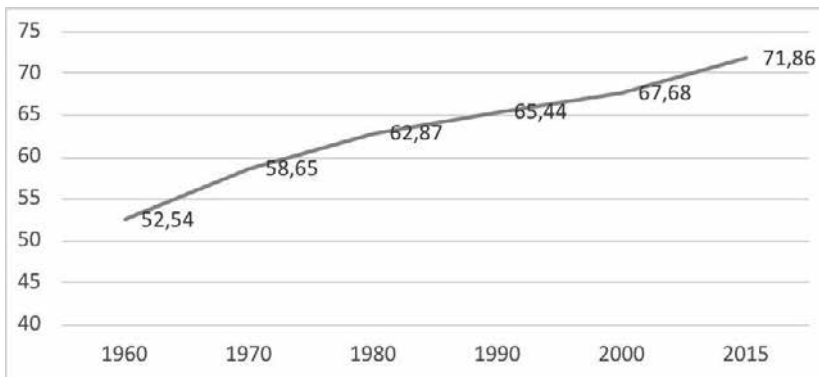
(2) Debe distinguirse entre longevidad y envejecimiento. Una sociedad en la que la longevidad no crece, pero disminuye la natalidad, se dirige hacia un envejecimiento de más alcance que una en la que, además, la longevidad aumenta. Se debe a la mejora de las condiciones de salud y de vida de los individuos a lo largo de su ciclo vital.

(3) Es un tema que a consecuencia del COVID-19 ha cobrado un señalado relieve.

del momento en el que nos encontramos varían las pautas demográficas (fecundidad, mortalidad, tamaño medio de los hogares...).

En los años sesenta y primeros setenta del siglo XX iniciamos el camino para convertirnos en una sociedad urbanizada, industrializada y tecnologizada. Fue el período de las grandes migraciones del campo hacia las zonas urbanas y de los desplazamientos laborales de muchos españoles hacia Europa. El alcance de las migraciones, junto con otros cambios sociales, condujeron a una cuasi desaparición de las estructuras familiares tradicionales vinculadas al mundo rural. Las familias comenzaron a experimentar una contracción en su tamaño, a resultas de la bajada de la tasa de fecundidad y la familia nuclear tomó el relevo a la extensa. Estas transformaciones involucraron, a su vez, los procederes de actuación intrafamiliares, surgiendo nuevos valores que impregnaron las relaciones familiares (en la senda de una igualdad entre géneros e intergeneracional), constituyendo ya en aquellos años, una de las propensiones más relevantes el envejecimiento poblacional. Una realidad a escala mundial, derivada de la disminución de la tasa de fertilidad y el ensanchamiento de la esperanza media de vida que, en todo el planeta, ha producido cambios morfológicos y relacionales en las familias. Ilustrativa es la progresión seguida en el mundo desde 1960 hasta el 2015 de la esperanza media de vida.

GRÁFICO 1. ESPERANZA MEDIA DE VIDA EN EL MUNDO, 1960-2015



Fuente: BANCO MUNDIAL, *Data Bank*. Elaboración propia.
(En línea) <https://datos.bancomundial.org/indicador/SP.DYN.LE00.IN>
Último acceso 6 de abril de 2020.

II. PRINCIPALES PAUTAS DEMOGRÁFICAS EN ESPAÑA Y LA UNIÓN EUROPEA

Tres son las principales pautas demográficas que conciernen a nuestro país: la elevación de la esperanza de vida; la disminución de la tasa de fecundidad

y del tamaño medio de los hogares⁽⁴⁾. El crecimiento de la esperanza de vida y la bajada continuada de las tasas de fecundidad han transfigurado la pirámide de población en España y en Europa y, previsiblemente, el cambio a futuro será la mutación hacia una estructura híper-envejecida. De tal suerte que, tanto porcentual como en números absolutos, las personas en edad laboral están reduciéndose, a diferencia de las jubiladas que se amplían año a año.

Coincidiendo con la jubilación de la generación del «baby boom» asistiremos a un incremento del porcentaje de longevos comparativamente respecto a la población total. Hará preciso elevar el gasto social para atender a tan voluminoso sector social. Sirva de ejemplo, que tan solo entre 2008 y 2018 en nuestra Nación los mayores de 65 años crecieron 2,8 puntos porcentuales⁽⁵⁾, en la UE de los veintiocho 2,6 puntos.

2.1. La esperanza media de vida

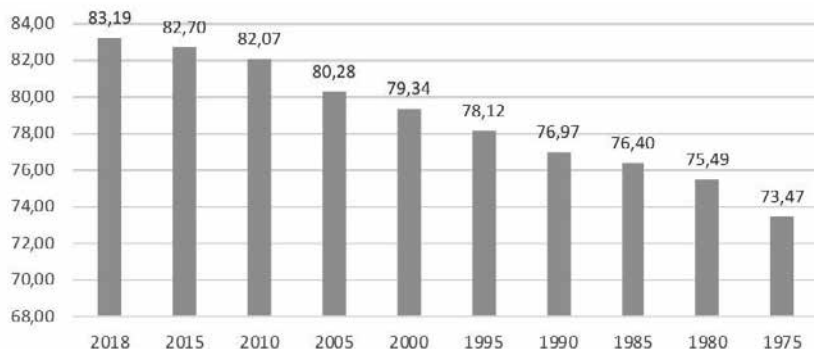
Si en 1975, según el INE, la esperanza media de vida en España era de 70,56 en los varones y de 76,30 en las mujeres, en 1990 ascendió a 73,45 y 80,49, respectivamente, en 2015 subió a 79,92 y 85,41 y en 2018 alcanzó, en su caso, los 80,46 y los 85,85 (*Vid.* gráfico 2 y gráfico 3). Se constata una feminización de la vejez, que se produce no sólo en cuanto a la superior presencia de mujeres, sino en cuanto a que son las propias mujeres las responsables de los cuidados de los ancianos en el entorno familiar («mujer cuidadora»)⁽⁶⁾.

(4) Junto a lo anterior bosquejar el vínculo entre los procesos migratorios y el envejecimiento poblacional. Los emigrantes que han llegado en los últimos veinte años han contribuido a la reproducción demográfica, aunque no ha sido la solución. Mano de obra extranjera que vino, tanto a cubrir los puestos de trabajo en el sector secundario no cubiertos por los nativos, como a dedicarse al sector de cuidados de las personas mayores y servicios del hogar. Nos ha enfrentado a una disquisición entre envejecimiento v. migración con impactos económicos, políticos y sociales. Para el INE en 2018 residían unos 4.562.962 extranjeros, una cifra que ha ido decreciendo a raíz de la crisis económica (5.751.478 personas en 2011).

(5) Por hacernos una idea de lo que hemos avanzado en España en el siglo XX y en lo que va de siglo XXI, la edad equivalente en 1900 a los 65 años de nuestros días se encontraba entre los 81 y 91 de antaño. Evidentemente una persona de esa edad, en estos momentos, está en mejores condiciones que una de hace medio siglo y, desde luego, de principios del XX.

(6) Para Inés Alberdi, hace ya veinte años, las ayudas familiares que recibían las asumían las mujeres de mediana edad, que veían cómo se reducían sus posibilidades de vida activa y de bienestar. La incorporación de las mujeres al mercado laboral extra-doméstico ha dificultado la continuidad de estos cuidados en el espacio privado del hogar. Y juzgaba indispensables transformaciones en las familias que conllevaran un reparto equitativo de las tareas dentro de las mismas, pero igualmente la potenciación de políticas que atendieran las demandas que fueran apareciendo, máxime en los casos de mayores dependientes. *Vid.*, ALBERDI, I., *La nueva familia española*, Taurus, 1999.

GRÁFICO 2. ESPERANZA MEDIA DE VIDA EN ESPAÑA, 1975-2018

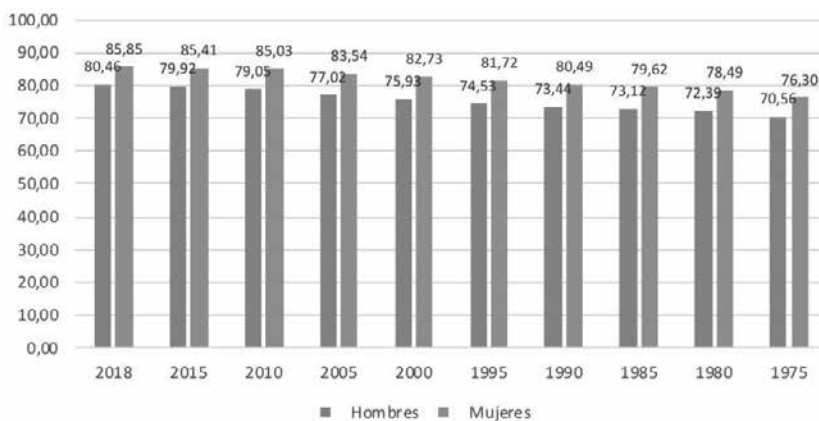


Fuente: INE, *Indicadores de mortalidad*. Elaboración propia.

(En línea) https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177004&menu=ultiDatos&idp=1254735573002

Último acceso 14 de abril de 2020.

GRÁFICO 3. ESPERANZA MEDIA VIDA EN ESPAÑA POR GÉNERO, 1975-2018



Fuente: INE, *Indicadores de mortalidad*. Elaboración propia.

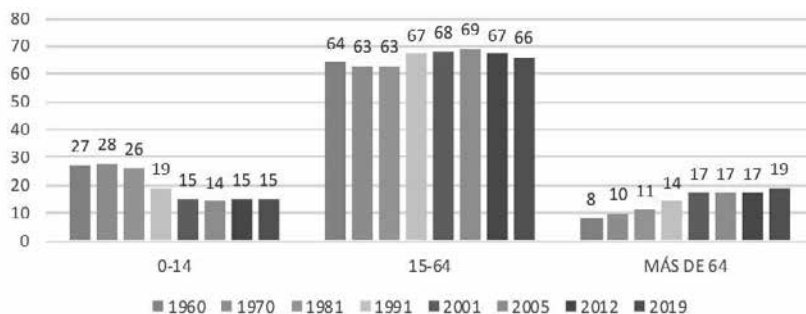
(En línea) <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=1414>.

Último acceso 14 de abril de 2020.

Se relaciona, básicamente, con la modernización de nuestra sociedad, con hábitos alimenticios y estilos de vida saludables y con avances médicos. El progreso científico y tecnológico es en toda sociedad desarrollada el factor no demográfico más apreciable que condiciona la esperanza media de vida. Se asocia a la introducción de tratamientos médicos novedosos, eficientes y económicos, evidenciándose que seguimos una graduación al alza, en las últimas décadas, del número de abuelos y abuelas y una disminución de los niños y jóvenes (*Vid.*

gráfico 4). Ha exigido potenciar el desarrollo de servicios especializados durante más tiempo, en función de las circunstancias de cada persona en concreto⁽⁷⁾.

GRÁFICO 4. EVOLUCIÓN DE LA DISTRIBUCIÓN EN GRUPOS DE EDAD DE LA POBLACIÓN ESPAÑOLA, 1990-2019
%

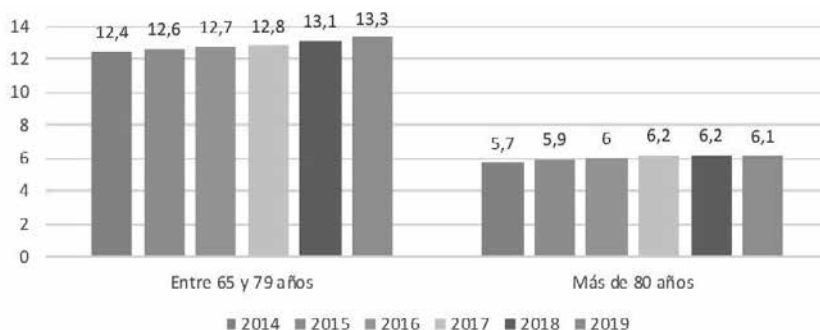


Fuente: INE, *Censos y estimaciones de población* (2005, 2012 y 2019).

Elaboración propia. (En línea) https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/categoria.htm?c=Estadistica_P&cid=1254735572981. Último acceso 14 de abril de 2020.

Una dimensión del envejecimiento es el propio envejecimiento, a tenor de la importancia relativa de las personas de edad muy avanzada, que tanto en España, como en el conjunto de la UE-28, son los que están creciendo a un ritmo más acompasado (*Vid.* gráfico 5 y 6).

GRÁFICO 5. EVOLUCIÓN DE LA POBLACIÓN ENTRE 65 Y 79 AÑOS Y MÁS DE 80 AÑOS EN ESPAÑA, 2014-2019 (%)

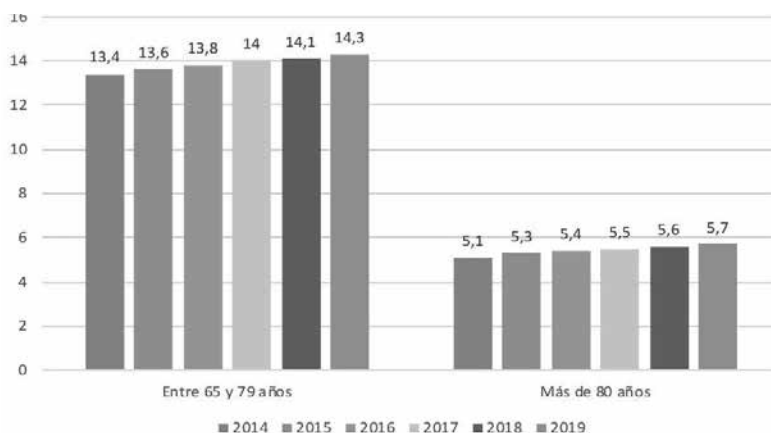


Fuente: INE, *Censos y estimaciones de población* (2005, 2012 y 2019) E laboración propia (En línea). https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/categoria.htm?c=Estadistica_P&cid=1254735572981. Último acceso 14 de abril de 2020.

(7) BREYER, F., COSTA-FONT, J. y FELDER, S., «Ageing, health, and health care», *Oxford Review Economic Policy*, núm. 26, 2010, págs. 679-690.

En la UE de los veintiocho se advierte asimismo esta progresión. Según EUROSTAT a enero de 2020, la población de la UE-28 ascendía a 513.471 millones, de los cuales el 15,5% se correspondía con el grupo de edad entre los 0 a 14 años, contrastando con el 43,9% en edad laboral (15 a 64). Se reafirma, conjuntamente, una notable incidencia de personas de más de 65 años, que supusieron para el 2019 el 20% del total de la población (1,5 puntos porcentuales más que en 2014).

GRÁFICO 6. EVOLUCIÓN DE LA POBLACIÓN ENTRE 65 Y 79 AÑOS Y MÁS DE 80 AÑOS EN LA UE-28, 2014-2019 (%)



Fuente: EUROSTAT, *Data base*. Elaboración propia. (En línea) <https://ec.europa.eu/eurostat/data/database> Último acceso 14 de abril de 2020

En orden a lo precedente, se advierte desde el 2010 que la mediana de edad de la población de la UE-28 y en España está acrecentándose. Esto significa que la mitad de la población de la UE-28 tiene más de 44 años. Como vemos nos posicionamos siete décimas por encima del conjunto de la UE-28 (*Vid.* gráfico 7). Los países más envejecidos son Italia (46,7 años) y Portugal (45,2). La población de la EU-28 aumentará hasta un máximo de 525,0 millones alrededor del 2040 y, a partir de esa fecha, descenderá previsiblemente hasta llegar a 492,9 millones en 2100⁽⁸⁾.

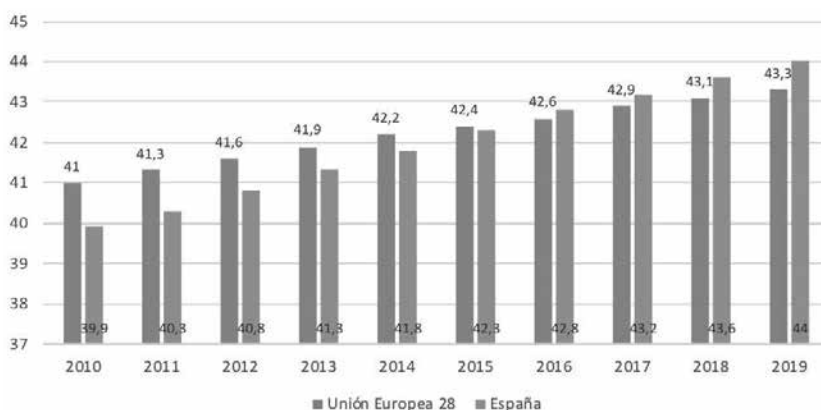
En este escenario, la tasa de dependencia (contabiliza la proporción existente entre la población dependiente y la activa) ha experimentado una sustancial elevación, tanto en la UE-28 como en nuestro caso, tal como puede comprobarse tomando como referencia a los años 2010-2019 (*Vid.* gráfico 8), lo cual hace ineludible, de cara a garantizar el bienestar de nuestros mayores, atender sus demandas⁽⁹⁾, las de sus fa-

(8) EUROSTAT, *Estructura demográfica y envejecimiento de la población*. (En línea) <https://appsso.eurostat.ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?oldid=510186>. Último acceso 1 de septiembre de 2021.

(9) Los que requieren más apoyos son los que viven solos en sus casas; los que son dados de alta tras hospitalizaciones y necesitan cuidados a largo plazo por padecer enfermedades

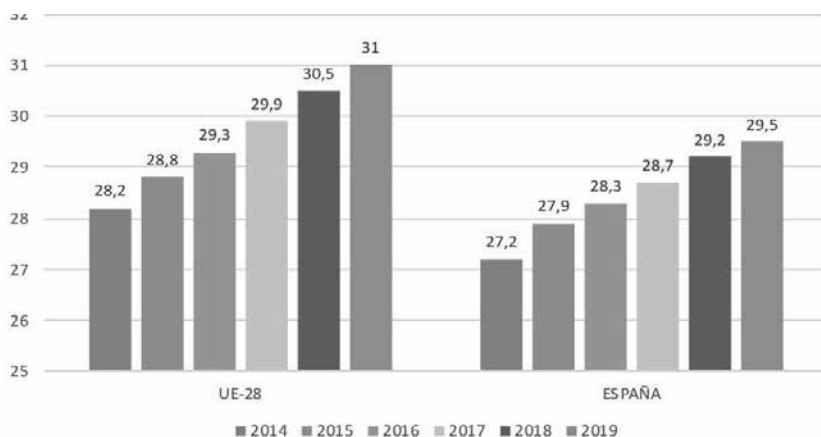
miliars y cuidadores. Cuatro son, esencialmente, los objetivos a satisfacer: gestionar adecuadamente las prestaciones que se les ofrezca mediante el desarrollo de sistemas eficientes de cuidados, procurarles cuidados paliativos de la más alta calidad y fomentar su integración social, evitando situaciones de incomunicación y aislamiento.

GRÁFICO 7. EVOLUCIÓN DE LA MEDIANA DE EDAD DE LA POBLACIÓN EN LA UE-28 Y ESPAÑA, 2010-2019



Fuente: EUROSTAT, *Data base*. Elaboración propia. (En línea) <https://ec.europa.eu/eurostat/data/database>. Último acceso 14 de abril de 2020.

GRÁFICO 8. EVOLUCIÓN DE LA TASA DE DEPENDENCIA EN LA UE-28 Y EN ESPAÑA, 2014-2019 (%)

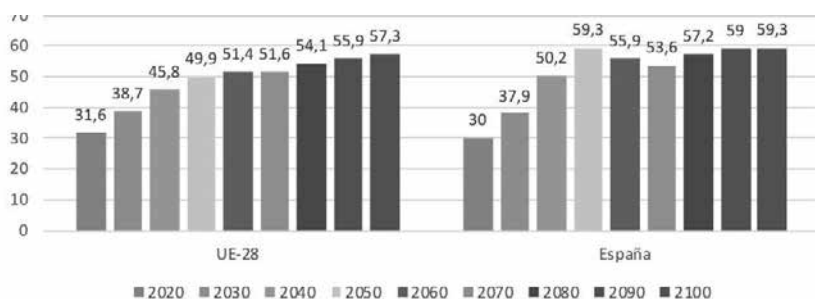


Fuente: EUROSTAT, *Data base*. Elaboración propia. (En línea) <https://ec.europa.eu/eurostat/data/database>. Último acceso 1 de septiembre de 2021.

geriátricas; y los que sufren enfermedades crónicas degenerativas, con el riesgo de perder su autonomía.

Para EUROSTAT, a medio y largo plazo, la tasa de dependencia se amplificará, tanto en la UE-28, como particularmente en España, que se emplazará, eventualmente, a la cabeza entre los países más envejecidos (*Vid.* gráfico 9). Exigirá ajustes presupuestarios a las necesidades que surjan, primordialmente, en pensiones, sanidad⁽¹⁰⁾ y gastos sociales coligados.

GRÁFICO 9. PROYECCIONES DE LA TASA DE DEPENDENCIA EN LA UE-28 Y EN ESPAÑA, 2014-2019 (%)

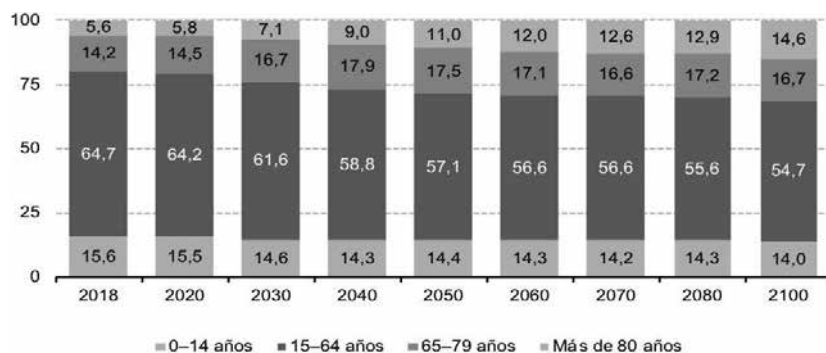


Fuente: EUROSTAT, *Data base*. Elaboración propia. (En línea)

<https://ec.europa.eu/eurostat/data/database> Último acceso 14 de abril de 2020.

Por último, consignar que EUROSTAT prevé para la UE-28 y el 2100 que el grupo de edad de 80 años en adelante pasará del 5,6% en 2018 al 14,6%, en un contexto de ascenso de su población hasta los 525 millones de personas hacia 2040, seguido de una bajada a 492,9 millones en 2100 (*Vid.* gráfico 10).

GRÁFICO 10. PROYECCIONES DE LOS GRUPOS DE EDAD EN LA UE-28, 2018-2100



Fuente: EUROSTAT, *Data base*. Elaboración propia. (En línea)

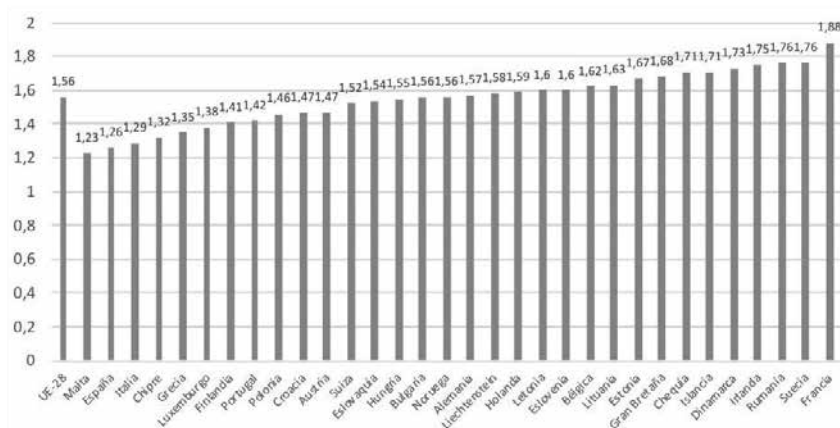
<https://ec.europa.eu/eurostat/data/database>. Último acceso 14 de abril de 2020.

(10) Según la Comisión Europea, el gasto vinculado a sanidad y cuidados de larga duración se elevará casi en 2 puntos del PIB hasta el 2050. *Vid.*, EUROPEAN COMMISSION, *The 2018 Ageing Report, Underlying Assumptions & Projection Methodologies, 2018*. (En línea). https://ec.europa.eu/info/publications/economy-finance/2018-ageing-report-underlying-assumptions-and-projection-methodologies_en. Último acceso 14 de abril de 2020.

2.2. Las tasas de fecundidad

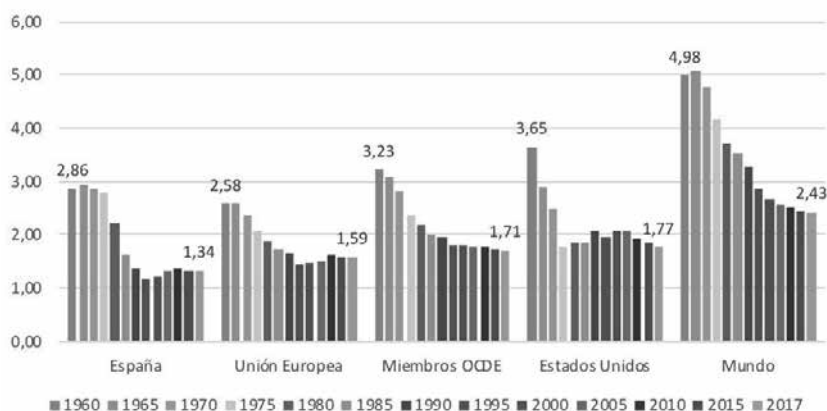
La segunda pauta demográfica que contribuye al envejecimiento de la población es la reducción del número de nacimientos. España es a día de hoy de los países que tienen menos hijos por mujer y que ha seguido un progreso a la baja más destacado (Vid. Gráfico 11). Como distinguimos en el gráfico 12 esta tendencia ha sido común en todo el mundo.

GRÁFICO 11. NÚMERO DE HIJOS POR MUJER EN EUROPA, (2018)



EUROSTAT, *Data base. Fertility indicators*. Elaboración propia. (En línea) <https://ec.europa.eu/eurostat/web/population-demography-migration-projections/data/database> Último acceso 14 de abril de 2020.

GRÁFICO 12. EVOLUCIÓN DE LA TASA DE FERTILIDAD, (1960-2017) ESPAÑA, UNIÓN EUROPEA, MIEMBROS OCDE, ESTADOS UNIDOS Y MUNDO

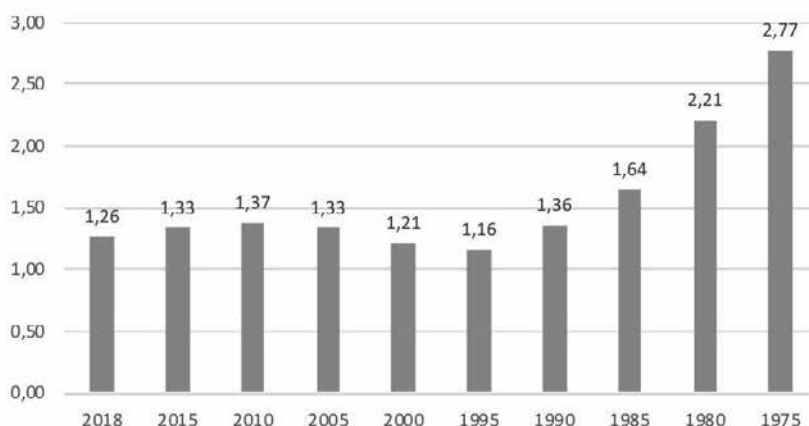


Fuente: BANCO MUNDIAL, *Tasa de fertilidad total*. Elaboración propia. (En línea) <https://datos.bancomundial.org/indicador/sp.dyn.tfrt.in> Último acceso 7 de abril de 2020.

La bajada de la tasa de fecundidad en nuestro país ha sido el resultado de la conjunción de cuatro variables: la evolución de las pautas reproductivas; la incorporación de las mujeres al ámbito laboral extradoméstico; la ampliación de los años de formación y la orientación que han seguido las políticas laborales. La caída de la nupcialidad⁽¹¹⁾; el aplazamiento de la edad de entrada al matrimonio⁽¹²⁾ y la elevación de la edad en la que las mujeres tienen sus hijos⁽¹³⁾ han sido los desencadenantes prioritarios que enmarcan este proceso. En su conjunto, las familias cada vez tienen menos hijos y hay más parejas que tienen uno sólo o que deciden no tenerlos.

En 1975 la tasa de fecundidad fue de 2,77 hijos por mujer, en 1980 de 2,21; en 1990 descendió a 1,36, y desde esas fechas no ha dejado de hacerlo, alcanzando el punto álgido en 2000 con 1,22. En 2018 nos posicionamos en 1,26 (Vid. gráfico 13).

GRÁFICO 13. EVOLUCIÓN DE LA TASA DE FECUNDIDAD EN ESPAÑA, 1975-2018 (%)



Fuente: INE, *Indicadores de fecundidad*. Elaboración propia. (En línea) <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=1409&L=0>. Último acceso 7 de abril de 2020.

- (11) En 1980 la tasa de nupcialidad era de 5,86 matrimonios por mil habitantes, en 1990 de 5,64, en 2000 siguió descendiendo hasta 5,29, con una caída en 2010 a 3,62, manteniéndose en 2018 en 3,54. INE, *Indicadores de Nupcialidad*, <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=1456&L=0>. (En línea). Último acceso 15 de abril de 2020.
- (12) En 1980 la edad de entrada al matrimonio ascendió a 25,08 años, en 1990 subió a 26,70, en 2000 alcanzó los 29,15, en 2010 los 32,07 y en 2018 los 34,46. INE, *Indicadores de Primo-Nupcialidad*, <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=1380#!tabs-tabla>. (En línea). Último acceso 13 de abril de 2020.
- (13) En 1980 la edad media a la maternidad fue de 25,06 años, en 1990 se elevó a 26,81, en 2000 siguió el ascenso hasta los 29,14, en 2010 llegó a 29,82 y en 2018 superó los 32. INE, *Edad media a la maternidad*. (En línea) <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=1579&L=0>. Último acceso 8 de abril de 2020.

Como novedad, el INE, en la *Encuesta de Fecundidad* del 2018, incorpora pormenores sobre los varones. Se aprecia que el 95,1% de los hombres menores de 30 años aún no han sido padres, emplazándose los de un solo hijo en el 20% en todos los grupos de edad. En la misma línea las mujeres, esencialmente las menores de 40 años, tienen un hijo o ninguno y las que tienen dos o más superan los 45 (54,3%).

Si profundizamos en lo anterior, advertimos que el 79,2% de las mujeres entre los 25 y 29 años no han tenido descendencia, el 52% entre los 30 y 43, reduciéndose al 27,8% entre las de 35 y 39 y al 19% entre aquellas con edades superiores a los 40. Las informaciones son claras, el 42% de las mujeres con edades comprendidas entre los 18 y 55 años manifiestan que han tenido su primer hijo con una edad superior a la que estimaban idónea (5,2 años de retraso) y son las de 44 en adelante las que lo expresan con mayor nitidez. Las razones laborales, junto con las de conciliación de la vida familiar y laboral y las económicas son las principales causas que alegan para retrasar su maternidad (el 30% del total). Se traza una conexión con los motivos que declaran por los que no tienen intención de tener hijos en un futuro a corto-medio plazo, destacando por delante de otros, de nuevo, razones económicas, laborales o de conciliación de la vida familiar y laboral, seguidas del no tener pareja o no desear ser madres.

Las que se incluyen entre los 45 y 49 años, con menores estudios, son las que tienen de media más hijos (1,63) comparativamente respecto a las que disponen de estudios de secundaria o superiores (1,58). Se confirma la relación entre el nivel educativo y el número de hijos, a pesar de la paulatina convergencia. Son las mujeres que desempeñan una actividad laboral, en todas las edades, las que tienen menos hijos que las inactivas laboralmente con edades entre los 40 y 44 años (1,8 hijos).

En paralelo, las mujeres de nacionalidad extranjera tienen más hijos que las españolas y estas últimas, asimismo, los tienen con más edad. Entre las mujeres autóctonas y no autóctonas entre los 30 y 34 años las extranjeras cuentan con una media de 1,2 hijos por mujer, distinguiéndose de las españolas que no llegan al promedio de 0,70. Llama la atención que entre las extranjeras con edades entre los 25 y 29, el 55,4% no dispongan de hijos (el 83,5% entre las autóctonas).

Confrontamos que el porcentaje de las que trabajan y no tienen hijos es superior al de las mujeres que han sido madres, a excepción de las menores de treinta. Lo más valorado de sus empleos es que estén bien remunerados y, particularmente, para las mujeres con hijos las medidas de conciliación familiar y los horarios.

Como comprobamos la mudanza a la baja que ha experimentado la fecundidad en las últimas décadas y la propensión que se perfila sobrelleva que cada vez se tengan menos hijos e incluso que las parejas decidan no tenerlos, lo cual y desde el 2015 ha hecho que el crecimiento vegetativo (diferencia entre nacimientos y defunciones) sea negativo. Las últimas inquisiciones advierten que

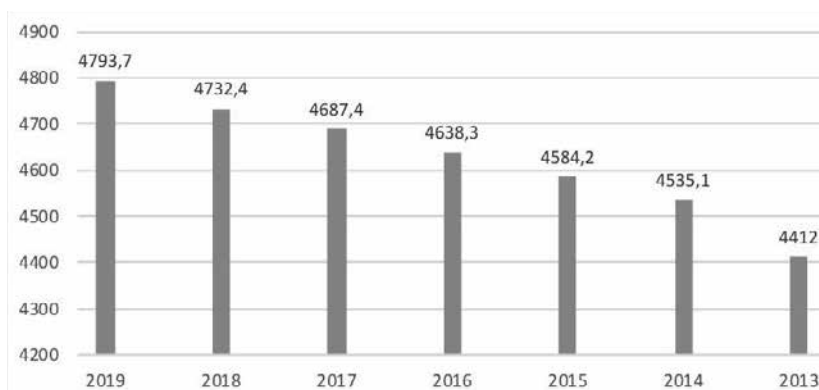
en tan sólo 4 años éste se ha duplicado, de forma que mientras en 2015 (enero-junio) fue de -21.280 personas, en 2019 (enero-junio) subió a -45.404.

2.3. Disminución del tamaño medio de los hogares

Las consecuencias de las pautas demográficas expuestas precedentemente, en conexión con los cambios de los valores sociales acontecidos en la sociedad española, han dado lugar a una disminución del tamaño medio de los hogares. Si en 1960 eran de 4 personas, en 1991 decrecieron hasta las 3,28, en 1998, alcanzaron a 3, en 2011 se elevaron a 2,58, con una bajada en 2019 a 2,50 integrantes⁽¹⁴⁾. Complementariamente hubo para este último año 3,9 millones de parejas sin hijos, 2,9 con un hijo, 2,7 con 2 y 550.000 con tres o más.

Específicamente se está asistiendo a una acentuación numérica de los hogares unipersonales, con una probable ampliación a corto plazo. En 1970 representaban un 7,5% sobre el total, en 1981 el 10,2%, en 1996 el 12,4% y en 2019 el 25,7% (sobre 18.625.700) (Vid. gráfico 14).

GRÁFICO 14. NÚMERO DE HOGARES UNIPERSONALES EN ESPAÑA (miles de hogares), (2013-2019)



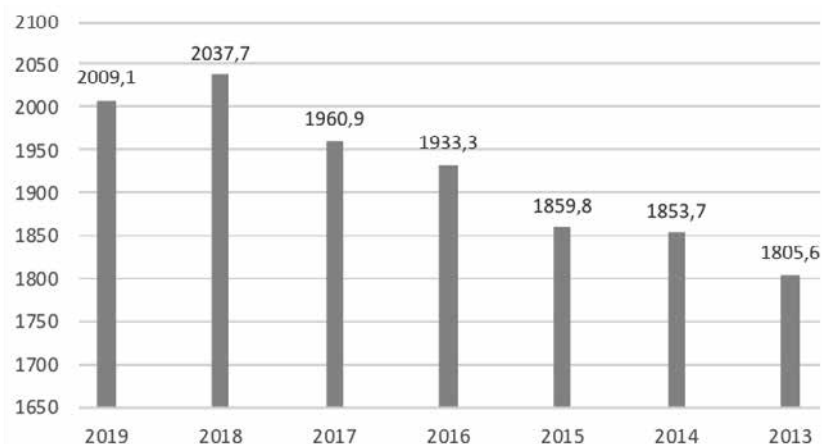
Fuente: INE, *Encuesta Continua de Hogares*. Elaboración propia
(En línea) <https://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t20/p274/serie/prov/p02/10/&file=02013.px#!tabs-tabla>. (Último acceso 13 de abril de 2020)

Según la *Encuesta Continua de Hogares 2019* había 4.793.700 personas viviendo solas. De esta cifra, 2 millones (un 41,9%) tenían 65 o más años y el 72,3% eran mujeres (Vid. gráfico 15). Además, el 42,3% de las mujeres mayores de 85 años vivían solas, frente al 21,8% de los varones. Se constata, por tanto, que el porcentaje de personas que viven solas varía en función del género, de tal

(14) INE, *Encuesta continua de hogares* (varios años). (En línea). https://www.ine.es/prensa/ech_2019.pdf (Último acceso 13 de abril de 2020).

suerte que hasta los 64 años es más conspignable entre los varones y en edades por encima de los 65 años se aprecian más mujeres (Vid. gráfico 15, 16 y 17).

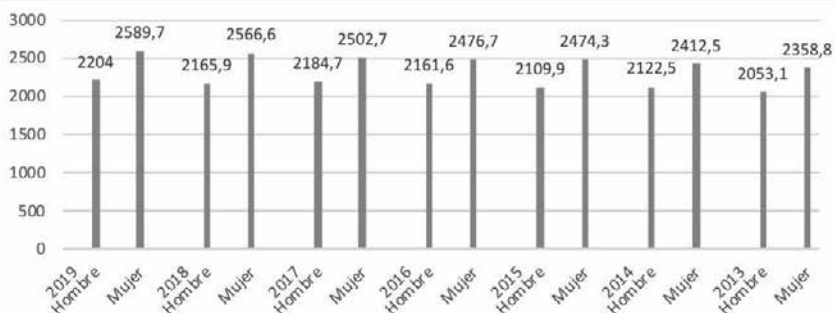
GRÁFICO 15. NÚMERO DE HOGARES UNIPERSONALES EN ESPAÑA INTEGRADOS POR PERSONAS MAYORES DE 65 AÑOS (miles de hogares), (2013-2019)



Fuente: INE, *Encuesta Continua de Hogares*. Elaboración propia. (En línea) <https://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t20/p274/serie/prov/p01/l0/&file=01015.px#!tabs-tabla>. (Último acceso 13 de abril de 2020)

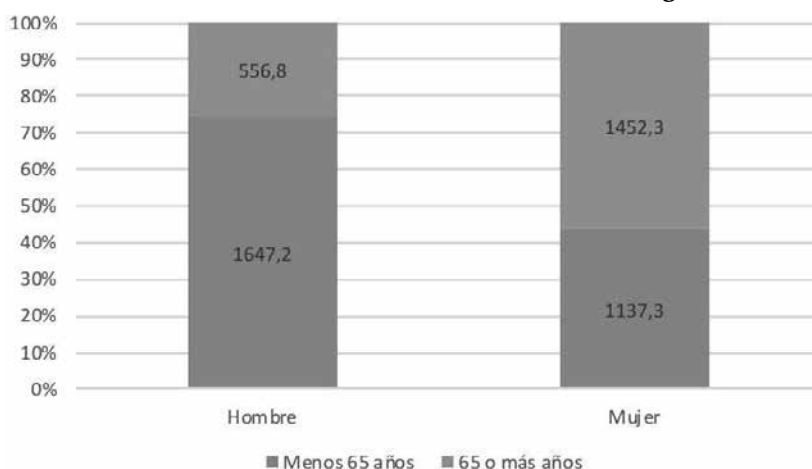
Los que tienen mayor predisposición a vivir solos son los hombres solteros (57,8%) y las mujeres viudas (46,0%). Se pone de relieve la crisis demográfica que afrontamos, pues tan solo entre 2013 y 2018 hubo unas 112.000 personas más que superaron los 80 años y que residían en soledad.

GRÁFICO 16. NÚMERO DE HOGARES UNIPERSONALES EN ESPAÑA POR GÉNERO (miles de hogares), (2013-2019)



Fuente: INE, *Encuesta Continua de Hogares*. Elaboración propia. (En línea) <https://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t20/p274/serie/prov/p01/l0/&file=01015.px> (Último acceso 13 de abril de 2020)

GRÁFICO 17. NÚMERO DE HOGARES UNIPERSONALES EN ESPAÑA POR EDAD Y GÉNERO, (2019) (miles de hogares)



Fuente: INE, *Encuesta Continua de Hogares*. Elaboración propia. (En línea) <https://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t20/p274/serie/prov/p01/l0/&file=01015.px#!tabs-tabla>. Último acceso 13 de abril de 2020.

También se están acrecentando en toda la UE desde 1960. Es en los países del Norte de la UE- 28 (con porcentajes, como media, en torno al 42%) dónde hay una mayor ocurrencia frente a los mediterráneos, en los que menos peso tiene esta tipología de hogar, y en los que, igualmente, hay una presencia destacable de longevos.

Así las cosas, el envejecimiento ha tenido repercusiones sobre la estructura y características de los hogares, tanto en nuestro caso como en Europa. Explica parcialmente el descenso del tamaño medio de los mismos, ha dado lugar al engrosamiento de los unipersonales, especialmente los integrados por mujeres y ha involucrado otras magnitudes de lo social, tal como expondremos a continuación.

III. ALGUNOS IMPACTOS SOCIALES DEL ENVEJECIMIENTO DE LA POBLACIÓN

La vejez es, como hemos expuesto, un período de la vida ligado a derivaciones poco amables. Sin embargo, se observa que no sólo se ha elevado la esperanza media de vida, de igual modo lo ha hecho la esperanza media de vida con salud. Tal como detallan HYDE y HIGGS, la salud en los países más desarrollados se está progresivamente desvinculando de la edad cronológica, lo que lleva de sí una visión positiva del significado de la senectud⁽¹⁵⁾.

(15) HYDE, M. y HIGGS, P., *Ageing and Globalisation*, Policy Press, 2017.

Para Enrique GIL CALVO⁽¹⁶⁾, se ha producido una «invención social de la vejez», vejez que entiende como una fase vital derivada de la prolongación de una inactividad postlaboral impuesta, ya que sus condiciones actuales les permitiría trabajar, y muchos estarían dispuestos como modo de realización personal. Sin embargo, desempeñan actividades de reconocimiento social, como es su contribución a la solidaridad familiar, ayudando a sus hijos y nietos en las tareas de cuidados, en tareas de voluntariado social...

HYDE y HIGGS afirman que «la población presente tiene, como media, la mayor esperanza de vida y la mayor proporción de personas mayores de la historia. A su vez, estos cambios van acompañados de una interconexión global entre países, regiones, e incluso ciudades y pueblos»⁽¹⁷⁾, restituyéndose indispensables reformas políticas transnacionales para afrontar los desafíos que vayan revelándose.

Entrados ya en la tercera década del siglo XXI se documenta una desinstitucionalización de la jubilación, bajo la prevalencia de los conceptos de «envejecimiento activo» y «envejecimiento saludable». Los que entran en la llamada «tercera edad» poco tienen que ver con los del pasado. La visión del envejecimiento como rémora para el bienestar social ha sido superada por la idea del derecho a vivirlo en plenitud. LIPOVESTSKY lo propone en términos de un ciclo de realización personal y de búsqueda de la felicidad, que se visualiza en modos de vida inéditos hasta hace poco tiempo entre estas generaciones⁽¹⁸⁾. Conduce para WESTERHOF y TULLE a que, incluso, puedan sentirse presionados por la sociedad que les hace responsables de sus circunstancias. Y apunta que se está produciendo la transición hacia una disolución del estatuto de la edad cronológica a la idea de edad subjetiva por llegar con salud, activos y, en general, con buenas facultades⁽¹⁹⁾.

3.1. Impactos económicos

El envejecimiento conlleva retos económicos y, por ende, en el sistema de bienestar (pensiones, salud y dependencia), tanto en los países desarrollados como en los que están en desarrollo. Obedece a que el peso de cada grupo de

(16) GIL CALVO, E., *Nacidos para cambiar. Cómo construimos nuestras biografías*, Taurus, Madrid, 2001.

(17) HYDE, M. y HIGGS, P., *Ageing and Globalisation*, op. cit, pág. 3.

(18) LIPOVESTSKY, G., *El crepúsculo del deber. La ética indolora de los nuevos tiempos democráticos*, Anagrama, Barcelona, 1994.

(19) Un desarrollo en profundidad vid. en WESTERHOF, G. J. y TULLE, E., «Meanings of ageing and old age: Discursive contexts, social attitudes and personal identities». En BOND, J., PEACE, S., DITTMANN, K. y WESTERHOF, G.T. (Eds.), *Ageing in society*, Sage, Londres, 2007.

edad, tanto en términos absolutos como relativos, tiene alcances sobre la economía debido, primordialmente, al rebajamiento de la fuerza de trabajo laboral. Retos económicos, que van desde la innovación, el empleo, la productividad y el crecimiento potencial, hasta temas de ahorro, de inversión, de políticas fiscales-monetarias, cuestiones de economía política y de equidad intergeneracional... En este sentido, ADACHI y OKA atribuyen los retrocesos de la economía japonesa al alargamiento de la edad media de su población⁽²⁰⁾.

Por lo que es forzoso acometer cuantas medidas sean preceptivas puesta la mirada en mitigarlo, promoviendo cambios de actitudes entre los ciudadanos para obtener beneficios de las oportunidades que ofrece la ancianidad.

España, como hemos detallado previamente, es una de las Naciones más envejecidas e irá perdiendo población en el próximo medio siglo, al tiempo que las personas de 65 años en adelante podrían llegar a suponer el 40% del total. Por otro lado, el saldo migratorio no compensa la bajada de la natalidad, agudizándose en el ámbito rural debido a la elevada esperanza media de vida de sus habitantes. Ha dado ya lugar a desequilibrios en la pirámide poblacional, que se representa adelgazada en su base y engrosada en la parte superior.

Una de las cuestiones que suscita preocupación es el sostenimiento de las pensiones, diferenciadamente la sostenibilidad de la S. S.⁽²¹⁾. Investigaciones recientes establecen que hacia el 2050 exigirá entre 4 y 6 puntos por encima del PIB actual. Su viabilidad dependerá de que se acompañe de un incremento de los ingresos fiscales.

El BdE en un exploración sobre el binomio envejecimiento v. economía realizado en 2019 concluyó que este previsible progreso comportará un debilitamiento de la productividad que llevará, a su vez, a un frenazo de las rentas familiares⁽²²⁾, acaeciéndose necesario que los poderes públicos acometan políticas públicas que fomenten el crecimiento. Expone que probablemente éste se ralentizará en relación a la reducción de la población en edad activa y por sus consecuentes brazales negativos sobre la productividad, a pesar de los avances

(20) ADACHI, M. y OKA, G., «Japan: Lessons from a hyperaging society», *McKinsey Quarterly*, marzo, 2015.

(21) Por hacernos una idea de esta problemática, el gasto en pensiones subió desde el 7,4% del PIB en 2007 al 10,6 en 2018, debido a las menores tasas de empleo en el periodo recesivo y a las más elevadas tasas de dependencia y pensiones medias. Según el BdE, el envejecimiento de la población acrecentará el gasto en pensiones entre un 5 y un 7,2 del PIB en el 2035 y entre un 7,6 y un 13,6 en 2050. Una mejora de la tasa de empleo aliviaría la situación, previéndose que, p. ej., que una tasa de empleo del 80% en 2050 reduciría el gasto en pensiones entre un 43%-58%. *Vid.*, ARCE, O., *Envejecimiento y pensiones: situación, perspectivas y retos*, Banco de España, 2019.

(22) ARCE, O., *Envejecimiento y pensiones: situación, perspectivas y retos*, *op. cit.*, pág. 9.

científico-tecnológicos en robótica e IA. En otro orden, sugiere que aumentará la tasa de ahorro, incumbida por la elevada longevidad y la inquietud sobre las prestaciones en la jubilación

En conclusión, a medio y largo plazo, la elevación de la esperanza media de vida, en países como el nuestro y en los de nuestro entorno, trazan profundos lances. Nuestro estado de bienestar deberá conjugar adecuadamente la viabilidad financiera con la provisión de una renta que socialmente sea sostenible y equitativa. La clave para ello residirá en que las políticas monetarias y fiscales se adapten a la estructura demográfica y que lo hagan desde una estrategia integral y amplia, que incluya actuaciones que mejoren el empleo, la innovación y la productividad.

3.2. La soledad como problema social

Un problema que estimo tiene preeminencia y repercusiones sociales y personales es apuntar cómo y en qué grado la vejez se encuentra, en numerosas ocasiones ligada a la soledad⁽²³⁾. La soledad (o *loneliness* en inglés) es un sentimiento ligado a diversos condicionantes y significados, que ha variado a lo largo del tiempo, bajo el denominador común de la falta o déficit de relaciones interpersonales.

Tiene los siguientes elementos distintivos: la falta de interacción social tanto desde una mirada cuantitativa como cualitativa; una percepción subjetiva desfavorable de los individuos respecto a sus relaciones y redes sociales de apoyo (familia, grupo de pares...); y el ser vivido como un hecho social emocionalmente negativo y estigmatizante.

Se debe, entre otras causas, a la individualización familiar procedida de la disminución del tamaño medio de los hogares desde finales del siglo pasado, por ser el entorno familiar el soporte fundamental cuando llega la senectud⁽²⁴⁾. Para Ulrich BECH, es un fenómeno propio de occidente, que se inicia tras la Segunda Guerra Mundial, y que ha dado lugar a que las personas hayan sido desprendidas de sus referencias familiares y remitidas a sí mismas, con los consecuentes riesgos, oportunidades y contradicciones («Atomización social en un mundo interconectado»). Los individuos son, por tanto, el centro de sus estilos de vida. Un individuo que ha ido tomando protagonismo y fuerza frente a la

(23) El sentirla está correlacionado con la autopercepción de la salud. También entre los abuelos y abuelas son comunes las percepciones de inutilidad, desencanto y pesimismo.

(24) En Japón, uno de los países con más ancianos del mundo, según cálculos del NLI Research Institute mueren solas anualmente unas 30.000 personas (*kodokushi*). En España no hay datos oficiales, si bien los bomberos de Barcelona anualmente se encuentran con unas 100 «muertes desatendidas», sobre todo octogenarios y nonagenarios. En línea <https://www.bloomberg.com/profile/company/NLIZRZ:JP> Último acceso 14 de abril de 2020.

sociedad, con una disposición hacia la soledad. Y ésta conlleva aislamiento y desarraigo sociales, tiene efectos sobre la salud⁽²⁵⁾ y es un factor exclusógeno de primera categoría⁽²⁶⁾.

En definitiva, es una realceza poliédrica que genera estrés, como resultado de carencias afectivas, sociales y/o físicas, reales o auto percibidas y tiene claros alcances sociales.

Un estudio realizado en 2015⁽²⁷⁾ planteaba que cuatro millones de españoles se sienten solos. Es especialmente llamativo que los que residen con sus familias manifiesten vivirla más enfáticamente que los que constituyen, como opción personal, núcleos unipersonales. El 80% de los que viven solos lo hacen porque no tienen otra posibilidad, el 60% lo hacen por decisión personal y el 50% de los que sí están acompañados sienten frecuentemente soledad. Las mujeres, los casados o con pareja que viven solos por obligación, los parados o con poca actividad laboral (personas en situación de pobreza y exclusión social, privativamente inmigrantes y personas «sin hogar») y las personas con discapacidad son más proclives a la misma.

Recordemos que según la *Encuesta Continua de Hogares 2019* había 4.793.700 personas viviendo solas, de las cuales 2 millones tenían 65 o más años, constatándose que el porcentaje de personas que viven solas varía en función del género, de forma que hasta los 64 años hay más varones y en edades superiores hay una prevalencia de mujeres.

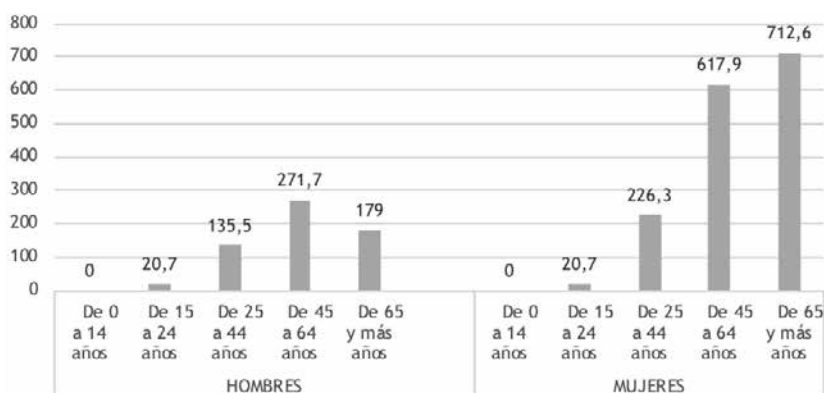
Como hemos expuesto en páginas precedentes involucra tanto la salud física, como psicológica, es una realidad que afecta, distinguidamente, a las mujeres ancianas. Es indicativo que sean éstas las consumidoras por excelencia de antidepresivos y estimulantes, tal como observamos en el gráfico 18.

(25) Investigadores de la Universidad Brigham Young, analizaron 70 prospecciones sobre la soledad en todo el mundo (3,4 millones de personas). Publicado en un artículo en 2016 en la revista *Heart*, detallaron sus efectos sobre la salud: elevación del riesgo de sufrir ataques cardiacos, artritis, diabetes tipo 2, demencia senil, interrupciones en el sueño, respuestas inmunes anormales, empeoramiento cognitivo acelerado con pérdida de la capacidad para llevar a cabo actividades cotidianas como bañarse, arreglarse o prepararse alimentos, trastornos mentales e, incluso, suicidios. *Vid.* HOLT-LUNSTAD, J., SMITH, T.B. y BAKER, M., «Loneliness and Social Isolation as Risk Factors for Mortality: A Meta-Analytic Review», *Perspectives on Psychological Science*, 2015.

(26) Una de las derivaciones de la pobreza y la exclusión social se circunscribe a la amplificación entre la población del número de trastornos mentales y del comportamiento, como ansiedades, insomnios y depresiones, estrechamente vinculados a la soledad, a la percepción de falta de horizontes, en un entorno que está arrojando a millones de ciudadanos en el mundo más avanzado a instalarse en un contexto de frustración continuada, temor, tristeza, en definitiva, depresión («Enfermedad del alma»).

(27) DÍEZ NICOLÁS, J. y MORENOS PÁEZ, M., *La soledad en España*, ASEP, 2015.

GRÁFICO 18. CONSUMO DE ANTIDEPRESIVOS Y ESTIMULANTES EN LA ÚLTIMAS DOS SEMANAS POR SEXO Y EDAD (miles de personas)



INE, *Encuesta Nacional de Salud*, 2017. Elaboración propia. (En línea)
<https://www.msbs.gob.es/estadEstudios/estadisticas/encuestaNacional/encuesta2017.htm>
 Último acceso 13 de abril de 2020.

Juzgo que no hay una verdadera conciencia social sobre lo que podría ser en el primer mundo una de las «epidemias» sociales del siglo XXI, la soledad, una patología invisibilizada que ya está produciendo sufrimiento en todos los grupos de edad, señaladamente entre los ancianos.

Para dar respuestas al envejecimiento en el mundo, la OMS «(OP) 2. exhorta a sus asociados, incluidas las organizaciones internacionales, intergubernamentales y no gubernamentales, así como a las organizaciones de autoayuda y otras organizaciones pertinentes: 1) a que presten apoyo y contribuyan a la consecución de la Estrategia y plan de acción mundiales sobre el envejecimiento y la salud y, a ese efecto, trabajen conjuntamente con los EEMM y la Secretaría de la OMS cuando proceda; 2) a que mejoren y respalden el bienestar de las personas de edad avanzada y a quienes cuidan de ellas, mediante una provisión adecuada y equitativa de servicios y de asistencia; 3) a que proporcionen apoyo a las investigaciones y la innovación y acopien datos sobre las posibilidades de promover el envejecimiento saludable en contextos diversos, en particular aumentando la sensibilización acerca de los determinantes sociales de la salud y sus repercusiones en el envejecimiento; 4) a que proporcionen apoyo al intercambio de conocimientos y experiencias innovadoras, en particular recurriendo a la cooperación Norte-Sur, Sur-Sur y triangular y a redes regionales y mundiales; 5) a que promuevan activamente el envejecimiento saludable a lo largo del ciclo de vida y combatan la discriminación por motivos de edad...»⁽²⁸⁾.

(28) ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Estrategia y plan de acción mundiales sobre el envejecimiento y la salud 2016-2020: hacia un mundo en el que todas las personas*

Como conclusión a este texto y en relación a las dimensiones expuestas sobre el envejecimiento en nuestro país, dentro de los europeos, compartir la idea de Enrique GIL CALVO para quien el siglo XXI será el de la «invención de la vejez» (desde mi punto de vista ya lo está siendo, en un contexto de «hiper-envejecimiento» cada vez más acusado), una revolución biográfica que en función de cómo se gestione por parte de los Estados, hará que sea un período activo y rico en opciones relacionales, culturales y de ocio o, en el peor de los escenarios, una edad colmada de privaciones y de exclusiones involuntarias de lo comunitario.

No hay duda de que el envejecimiento es una evidencia que concita importantes envites de futuro que deberán ser anticipados adecuadamente por aquellos que tienen capacidad decisoria, en función de las contingencias que acontezcan. Y para ello juzgo ineludible dar la voz a los involucrados, a los expertos y profesionales expertos en la materia, además de a la sociedad en su conjunto para que, desde distintas miradas, provean a nuestros mayores de cotas cada vez más elevadas de bienestar.

IV. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ADACHI, M. y OKA, G., «Japan: Lessons from a hyperaging society», *McKinsey Quarterly*, marzo, 2015.

ALBERDI, I., *La nueva familia española*, Taurus, 1999.

ARCE, O., *Envejecimiento y pensiones: situación, perspectivas y retos*, Banco de España, 2019.

BANCO MUNDIAL, *Tasa de fertilidad total. Elaboración propia*. (En línea). <https://datos.bancomundial.org/indicador/sp.dyn.tfrt.in> Último acceso 7 de abril de 2020.

BANCO MUNDIAL, *Data Bank*. (En línea) <https://datos.bancomundial.org/indicador/SP.DYN.LE00.IN>. Último acceso 6 de abril de 2020.

BREYER, F., COSTA-FONT, J. Y FELDER, S., «Ageing, health, and health care», *Oxford Review Economic Policy*, núm. 26, 2010, págs. 679-690.

DÍEZ NICOLÁS, J. y MORENOS PÁEZ, M., *La soledad en España*, ASEP, 2015.

EUROPEAN COMMISSION, *The 2018 Ageing Report, Underlying Assumptions & Projection Methodologies*, 2018. (En línea). https://ec.europa.eu/info/publications/economy-finance/2018-ageing-report-underlying-assumptions-and-projection-methodologies_en Último acceso 14 de abril de 2020.

puedan vivir una vida prolongada y sana, 2016. (En línea) https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA69/A69_ACONF8-sp.pdf Último acceso 13 de abril de 2020.

EUROSTAT, *Estructura demográfica y envejecimiento de la población*. (En línea) <https://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/submitViewTableAction.do>. Último acceso 13 de abril de 2020.

EUROSTAT, *Estructura demográfica y envejecimiento de la población*. (En línea). https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Population_structure_and_ageing/es. Último acceso 13 de abril de 2020.

EUROSTAT, *Data base*. (En línea) <https://ec.europa.eu/eurostat/data/database>. Último acceso 14 de abril de 2020.

EUROSTAT, *Data base. Fertility indicators*. (En línea). <https://ec.europa.eu/eurostat/web/population-demography-migration-projections/data/database>. Último acceso 14 de abril de 2020.

GIL CALVO, E., *Nacidos para cambiar. Cómo construimos nuestras biografías*, Taurus, Madrid, 2001.

HOLT-LUNSTAD, J., SMITH, T.B. y BAKER, M., «Loneliness and Social Isolation as Risk Factors for Mortality: A Meta-Analytic Review», *Perspectives on Psychological Science*, 2015.

HYDE, M. y PAUL HIGGS, P., *Ageing and Globalisation*, Policy Press, 2017.

INE, *Encuesta continua de hogares* (varios años). (En línea). https://www.ine.es/prensa/ech_2019.pdf Último acceso 13 de abril de 2020

INE, *Encuesta Continua de Hogares*. (En línea). <https://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t20/p274/serie/prov/p02/I0/&file=02013.px#!tabs-tabla> Último acceso 13 de abril de 2020.

INE, *Encuesta Continua de Hogares*. (En línea). <https://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t20/p274/serie/prov/p01/I0/&file=01015.px#!tabs-tabla> Último acceso 13 de abril de 2020.

INE, *Censos y estimaciones de población* (2005, 2012 y 2019). (En línea). https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/categoria.htm?c=Estadistica_P&cid=1254735572981. Último acceso 14 de abril de 2020.

INE, *Indicadores de fecundidad*. (En línea) <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=1409&L=0> Último acceso 7 de abril de 2020.

INE, *Encuesta Nacional de Salud*, 2017. (En línea) <https://www.mscbs.gob.es/estadEstudios/estadisticas/encuestaNacional/encuesta2017.htm> Último acceso 13 de abril de 2020.

INE, *Edad media a la maternidad*. (En línea) <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=1579&L=0> Último acceso 8 de abril de 2020.

INE, *Indicadores de Nupcialidad*. (En línea) <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=1456&L=0> Último acceso 15 de abril de 2020.

INE, *Indicadores de Primo-Nupcialidad*. (En línea) <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=1380#!tabs-tabla> Último acceso 13 de abril de 2020.

INE, *Indicadores de mortalidad*. (En línea). https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177004&menu=ultiDatos&idp=1254735573002 Ultimo acceso 14 de abril de 2020.

INE, *Indicadores de fecundidad*. (En línea). <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=1409&L=0> Último acceso 7 de abril de 2020.

LIPOVETSKY, G., *El crepúsculo del deber. La ética indolora de los nuevos tiempos democráticos*, Anagrama, Barcelona, 1994.

NLI RESEARCH INSTITUTE. En línea <https://www.bloomberg.com/profile/company/NLIZRZ:JP> Último acceso 14 de abril de 2020.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Estrategia y plan de acción mundiales sobre el envejecimiento y la salud 2016-2020: hacia un mundo en el que todas las personas puedan vivir una vida prolongada y sana*, 2016. (En línea) https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA69/A69_ACONF8-sp.pdf. Último acceso 13 de abril de 2020.

WESTERHOF, G. J. y TULLE, E., «Meanings of ageing and old age: Discursive contexts, social attitudes and personal identities». En BOND, J., PEACE, S., DITTMANN, K. y WESTERHOF, G.T. (Eds.), *Ageing in society*, Sage, Londres, 2007.

CAPÍTULO 2

EL DERECHO DE LA VEJEZ Y LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

María Isolina Dabove

*Doctora en Derechos humanos
Universidad Carlos III de Madrid
Investigadora Principal del CONICET,
Universidad de Buenos Aires*

I. EL DERECHO DE LA VEJEZ

Con el paso del tiempo el mundo jurídico se fue complejizando, dando lugar a especialidades que permitieron sectorizarlo y robustecerlo⁽¹⁾. De este proceso surgieron las llamadas ramas o disciplinas que hoy consideramos tradicionales, tales como los derechos civil, comercial, penal, administrativo, laboral, previsional o procesal. También se desarrollaron otras nuevas, e hizo posible que el Derecho ganara amplitud, densidad e independencia científica respecto de otros campos, como la economía, la política, o la sociología.

La posmodernidad trajo aparejada la aparición de escenarios sociales que obligaron a una lectura intersectorial de las ramas tradicionales y requirieron un acercamiento a la vida jurídica diferente. De este modo, surgieron áreas caracterizadas por su alcance transversal, entre las cuales se destacan los derechos de daños, ambiental, sanitario, educativo, científico, de la niñez, de las personas con discapacidad, o el propio derecho de la vejez que nos ocupa.

1.1. Concepto

Toda especialidad, en cuanto tal, alude a un segmento de alguna disciplina general. Por ello, como nos recuerda CIURO CALDANI, una rama del mundo jurídico es aquel conjunto de casos especiales (por sus características y sus soluciones), captados por normas basadas en métodos propios, los cuales (casos y normas) requieren a su vez de algún criterio específico de justicia para lograr legitimación⁽²⁾.

Desde este enfoque, el derecho de la vejez resulta ciertamente una rama jurídica autónoma, de contenido transversal. En su recorrido por los derechos civil, penal, comercial, administrativo, entre otros, pone en crisis prácticas e

(1) DWORKIN, R., *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 2012, págs. 268 a 272; *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2012, pág. 332; LARIGUET, G., «Autonomía de ramas jurídicas y aplicación de normas», *Anuario de filosofía del derecho*, Madrid, BOE —Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política—, núm. 23, 2006, págs. 383 a 404.

(2) CIURO CALDANI, M. A., *Estudios de filosofía jurídica y filosofía política*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1982, pág. 186.

instituciones jurídicas consolidadas, señalando las particularidades del sujeto que ocupa el centro de su reflexión: la persona mayor.

Su objeto es el estudio de los casos y soluciones vinculados a la condición jurídica de las personas mayores (desde los 60 años), contenidos en normas que cuentan con métodos propios y responden, casos y normas, a una especial exigencia de justicia. En consecuencia, el derecho de la vejez puede ser definido como «el conjunto de adjudicaciones constitutivas de casos gerontológicos, contenidos en fuentes y métodos normativos especiales, y legitimados (casos y normas) por el reconocimiento del envejecimiento y la vejez como un dato axiológicamente relevante»⁽³⁾.

Por otra parte, la óptica de la complejidad jurídica lleva a reconocer la existencia de tres planos: el sociológico, el normativo y el valorativo⁽⁴⁾.

1. En su despliegue sociológico, atiende al reconocimiento de las situaciones de empoderamiento o aminoración; vulnerabilidad, discriminación o abusos junto a fenómenos de fortalecimiento, a los que puedan estar sujetas las personas por el hecho de ser mayores.

2. En el plano normativo, aborda el análisis de los principios y reglas, institutos, relaciones jurídicas, derechos, obligaciones, sistemas de protección y garantías específicos de este campo.

3. En la dimensión valorativa, se ocupa del desarrollo de criterios de legitimación propicios para consolidar la autonomía, libertad, igualdad, participación, o dignidad de la persona mayor, o bien, para intervenir en la restitución de lo dañado, en su caso. En suma, procura el reconocimiento de la igualdad formal y material, necesarias para el sostenimiento de un sistema jurídico coherente, y la afirmación de la unicidad en cuanto reclamo de diferenciación valiosa y de respeto por la identidad de la persona en su vejez⁽⁵⁾.

(3) DABOVE, M. I., *Derecho de la vejez. Fundamentos y alcance*, Astrea, Buenos Aires, 2018, pág. 153.

(4) Respecto de la perspectiva trialista del Derecho que tomamos como marco teórico de nuestra investigación puede verse: GOLDSCHMIDT, W., *Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, 6a ed., Depalma, Buenos Aires, 1987; CIURO CALDANI, M. A., *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2000; *Metodología jurídica y Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho*, Zeus, Rosario, 2007; *Estrategia Jurídica*, UNR Editora, Rosario, 2011; *Una teoría trialista del derecho. Comprensión iusfilosófica del mundo jurídico*, Astrea, Buenos Aires, 2020.

(5) DABOVE, M. I., «De los derechos humanos al derecho de la vejez: acceso a la justicia y protección internacional», en DABOVE, M. I. (DIR.), *Derechos humanos de las personas mayores. Acceso a la justicia y protección internacional*, Astrea, Universidad del Rosario, 2017, págs. 9 a 44.

Desde una interpretación dinámica, el derecho de la vejez comprende «toda actividad vinculada al aprovechamiento de las oportunidades para realizar repartos captados por normas y valorados por un complejo de valores que culmina en la justicia», razón por la cual esta rama se identifica no solo por sus particularidades materiales y personales, sino también por sus despliegues temporales y espaciales⁽⁶⁾.

1.2. Alcance transversal

El derecho de la vejez está delimitado por problemáticas singulares, que irradian todo el campo jurídico y le otorgan especificidad transversal. Entre las más importantes se destacan la cuestión de la continuidad vital —o curso de vida—, la privacidad y la participación⁽⁷⁾.

El envejecimiento es un «proceso gradual que se desarrolla durante el curso de vida y que conlleva cambios biológicos, fisiológicos, psicosociales y funcionales de variadas consecuencias, las cuales se asocian con interacciones dinámicas y permanentes entre el sujeto y su medio»⁽⁸⁾. Por su parte, la vejez ha sido definida como «una construcción social de la última etapa del curso de vida»⁽⁹⁾. Pero la S. S. del siglo XIX impide aún hoy concebirlas de este modo. El parámetro de la privacidad hace referencia al valor del envejecimiento como componente de la identidad, autonomía e independencia personal. Sin embargo, son frecuentes y crecientes las prácticas discriminatorias que hacen invisible y muda a la persona mayor⁽¹⁰⁾. La participación es la base de la vida comunitaria; no obstante, en esta etapa no siempre es posible vincularse en igualdad de condiciones⁽¹¹⁾.

(6) CIURO CALDANI, M. A., «Derecho de la ancianidad. Nueva especialidad jurídica», en DABOVE, M. I. (DIR.), *Derechos humanos de las personas mayores. Acceso a la justicia y protección internacional*, Astrea, Universidad del Rosario, 2017, pág. 46; DABOVE, M. I., *Derecho de la vejez. Fundamentos y alcance*, pág. 156.

(7) CIURO CALDANI, M. A., *Derecho de la Ancianidad*, págs. 35 a 40; DABOVE, M. I., *Los derechos de los ancianos*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2002, pág. 433.

(8) ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS-OEA, *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*. Art. 2. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.asp.

(9) ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS-OEA, *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*. Art. 2. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.asp.

(10) FROMM, E.; *El miedo a la libertad*, trad. GINO GERMANI, Paidós, 1.ª ed., 16.ª reimp., Barcelona, 1993, pág. 246; DABOVE, *Los derechos de los ancianos*, pág. 434; *Derecho de la vejez. Fundamentos y alcance*, pág. 158.

(11) DABOVE, M. I., *Los derechos de los ancianos*, págs. 433 a 436, *Derecho de la vejez. Fundamentos y alcance*, pág. 159.

Así, pues, el derecho de la vejez se desarrolla bajo tres coordenadas: el enfoque de curso de vida, la autonomía personal y la inclusión social⁽¹²⁾. Trasciende la mirada asistencialista de sus inicios y obliga a hacer una lectura superadora de la clásica división de los derechos y libertades.

Uno de los hitos representativos de este cambio de mirada se vio plasmado en EE. UU., cuando el 14 de julio de 1965 entró en vigor la «Ley Nacional de Derechos de las Personas mayores (*Older Americans Act* – OAA)» de rango constitucional. En Latinoamérica, fueron relevantes la «Ley de protección integral para la persona adulta mayor» núm. 7935/1999 de Costa Rica; el «Estatuto de Idosos» de Brasil, Ley 10.741 de 2003; y la «Ley chilena núm. 20.427», de 2010, que modificó la ley de violencia intrafamiliar, la ley de tribunales de familia y el código penal, para incluir el maltrato del adulto mayor. En Argentina se destacó la reforma constitucional de 1994, que consagró la obligación de legislar sobre los derechos de los ancianos como mecanismo de discriminación inversa o positiva, en su art. 73, inc. 23⁽¹³⁾.

1.3. Contenidos

Históricamente, los DD. HH. se han agrupado en cuatro generaciones a partir de sus respectivos nacimientos. Los derechos de la primera generación fueron instaurados por la Revolución Francesa, y abarcan las libertades fundamentales y los derechos civiles y políticos consagrados en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Los de la segunda generación tuvieron su fuente en la revolución industrial y en las luchas sociales del siglo XIX, dando lugar a los llamados derechos económicos, sociales y culturales. En ellos se integra también al derecho laboral, a la S. S. y al derecho previsional. Son, en suma, los derechos de igualdad material.

(12) Respecto al panorama inicial del derecho de la vejez puede consultarse: DABOVE, M. I., *Los derechos de los ancianos*, págs. 12 a 87; DABOVE, M. I., / PRUNOTTO LABORDE, A., dirs. *Derecho de la ancianidad. Perspectiva interdisciplinaria*, Juris, Rosario, 2006; DABOVE, M. I., «Ciudadanía y derechos fundamentales de las personas mayores: De las políticas gerontológicas al derecho de la vejez», *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional Córdoba*, vol. 4, núm. 1, Nueva Serie II, 2013, págs. 19-36; disponible en: <http://www.derecho.unc.edu.ar/revistas/revista-de-la-facultad-de-derecho/vol.-iv-no-1-nva.-serie-ii-2013/view>; CIURO CALDANI, M. A., «Derecho de la Ancianidad, nueva especialidad jurídica», págs. 45 a 65.

(13) Sobre el derecho de la vejez en el derecho comparado puede verse entre otros: FROLIK, L. A. / KAPLAN, R. L., *Elder law in a nutshell*, Thomson West, 3rd ed., St. Paul, 2003; DAYTON, K. A., *Elder Law: Readings, Cases, and Materials*, Carolina Academic Press, 4th ed., Durham, NC, 2013; DAYTON, K. A. (ed.), *Comparative perspectives on adult guardianship*, Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, 2014; DABOVE, M. I., «Elder Law: a need that emerges in the course of life», *Ageing International*, Junio 2015, doi: 10.1007/s12126-013-9193-4.

Los que integran la tercera generación aparecen en el siglo XX, asociados con el derecho al medio ambiente, a la paz y al desarrollo y a lucha política derivada de la conciencia ecológica. En el cuarto grupo se incluyen los derechos de las generaciones futuras, la protección del genoma humano y las nuevas posibilidades vitales de la biotecnología⁽¹⁴⁾.

Aunque esta clasificación sea la más conocida y haya logrado la mayor difusión entre los propios organismos internacionales, en la práctica plantea complicaciones significativas. En NN. UU. y en los sistemas regionales, como p. ej. la OEA, su reconocimiento dio lugar a arduas discusiones desde sus inicios, en 1948. Entre las preocupaciones centrales, un lugar destacado lo ocuparon los debates en torno a los costos de sustentabilidad y a los mecanismos de control para garantizar su cumplimiento. Todo esto generó demoras de casi veinte años hasta la llegada al consenso necesario para zanjar esta disputa en la Asamblea General.

En efecto, NN. UU. recién pudo aprobar en 1966 los primeros instrumentos específicos de DD. HH. basados en la clasificación histórica: el «Pacto de Derechos Civiles y Políticos» y el «Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales». Además, hubo que esperar hasta 1976 para que ambos estuvieran vigentes en la órbita internacional y se pusiera en marcha el lento y trabajoso proceso para salvar de la «retórica», que aún persiste⁽¹⁵⁾.

Se hizo habitual reconocer la existencia de dos tipos de derechos: el de aquellos que «no tienen costo de implementación» y el de los que resultan de «caro sustento»⁽¹⁶⁾. Junto a ello se instaló también un doble posicionamiento en torno a las posibilidades de plantear su exigibilidad. Por un lado, se propició la

-
- (14) PECES BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales*, con la colaboración de RAFAEL DE ASÍS, CARLOS FERNÁNDEZ LIESA Y ANGEL LLAMAS GASCÓN, BOE-Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1995, págs. 154 a 162; PECES BARBA MARTÍNEZ, G. / FERNANDEZ GARCÍA, E., *Historia de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 1998, t. I, págs. 1 a 10; PECES BARBA MARTÍNEZ, G., *Derecho y Derechos Fundamentales*, CEPC, Madrid, 1993, págs. 23 a 112; PEREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, Tecnos, 5.ª ed., Madrid, 1995, págs. 52 a 93; NINO, C. S., *Ética y derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 2007, págs. 11 a 40; PECES BARBA MARTÍNEZ, *Curso de derechos fundamentales*, págs. 129 a 197; PINTO, M., *Temas de derechos humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, págs. 56 a 57; TRAVIESO, J. A., *Derechos humanos y derecho internacional*, Heliasta, 2.ª ed., Buenos Aires, 1996, págs. 13 a 55; MANILI, P. L., *El bloque de constitucionalidad*, Astrea, 2.ª ed., Buenos Aires, 2017, págs. 3 a 33.
- (15) TEXIER, P., «Exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema universal», en CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL (comp.), *Construyendo una agenda para la justiciabilidad de los derechos sociales*, CEJIL, San José, 2004, págs. 13 a 15.
- (16) CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL (CEJIL), *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales y el sistema interamericano*, Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, San José, 2005, págs. 9 a 15.

admisión de la eficacia inmediata de las libertades y derechos civiles y políticos de la primera generación, al no ser costosos. De otro, se pactó la aplicabilidad solamente progresiva para los derechos que demandan altos presupuestos en su desarrollo, tal como sucede con los económicos sociales y culturales y los vinculados a la paz y al desarrollo y los de las generaciones futuras⁽¹⁷⁾.

Lamentablemente, y a pesar de la Proclamación de Teherán de 1968⁽¹⁸⁾, de la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993⁽¹⁹⁾, de los informes y jurisprudencia de la comunidad internacional en favor de la «universalidad, la indivisibilidad y la interdependencia de todos los derechos humanos», los resultados prácticos no han sido otros que la devaluación y aminoración de este último grupo de derechos⁽²⁰⁾.

-
- (17) Según VÍCTOR BAZÁN y LUIS JIMENA QUESADA, en *Derechos económicos, sociales y culturales*, Astrea, Buenos Aires, 2014, págs. 14 y 15; «la doctrina ha planteado la rivalidad entre estos derechos en función de las siguientes antinomias atribuibles a los derechos civiles y políticos y los económicos sociales y culturales, a saber: «a) derechos perfectos versus derechos imperfectos; b) derechos que solo demandan del Estado una conducta de abstención versus derechos que reclaman acciones positivas, y c) derechos que no requieren erogaciones del Estado versus derechos prestacionales». Asimismo, ROSSETTI identifica los siguientes «doce mitos» en torno a los derechos sociales, explicando por qué resultan incorrectos: «a) no son derechos humanos (o no son «verdaderos» derechos humanos); b) son menos importantes (respecto de los derechos civiles y políticos); c) son «solamente» derechos de prestación; d) son mucho más costosos que aquéllos; e) no son universales; f) son programáticos; g) no pueden ser asegurados por la legislación; h) no son exigibles; i) comportan «mandatos» para políticas públicas y los jueces no pueden hacer política; j) en ellos la «conducta debida» no es claramente determinable; k) son incompatibles con el libre mercado, y l) no deben ser constitucionalizados». ROSSETTI, A., «Algunos mitos, realidades y problemas en torno a los derechos sociales», en RIBOTTA, S. y ROSSETTI, A. (Eds.), *Los derechos sociales en el siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2010, pág. 112.
- (18) CONFERENCIA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, Teherán, 13 de mayo de 1968, en: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/1290>.
- (19) CONFERENCIA MUNDIAL DE DERECHOS HUMANOS 25 de junio de 1993, disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf.
- (20) TEXIER, P., «Exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema universal», pág. 14; SWEPSTON, L., «Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: la experiencia del Organización Internacional del Trabajo (OIT)», en CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL (comp.), *Construyendo una agenda para la justiciabilidad de los derechos sociales*, CEJIL, San José, 2004, págs. 25 a 49; SHELTON, D., «Derechos económicos, sociales y culturales en los sistemas regionales de derechos humanos», en CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL (comp.), *Construyendo una agenda para la justiciabilidad de los derechos sociales*, CEJIL, San José, 2004, págs. 49 a 86; GARCÍA RAMÍREZ, S., «Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales», en CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL (comp.), *Construyendo una agenda para la justiciabilidad de los derechos sociales*, CEJIL, San José, 2004, págs. 87 a 114; MÉNDEZ JUAN E., «Derechos económicos sociales y culturales dentro del sistema interamericano», en CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL (comp.), *Construyendo*

De manera simultánea, la cuestión del envejecimiento también se asoció a los derechos económicos sociales y culturales y al asistencialismo concomitante. Sin embargo, el reconocimiento científico, político y social de su complejidad fue exigiendo el uso de categorías más afines a un enfoque jurídico integral. Poco a poco fue creciendo la toma de conciencia sobre la necesidad de trabajar intersectorialmente y se elaboraron los primeros documentos internacionales y nacionales desde este enfoque. En consecuencia, el contenido y alcance del derecho de la vejez se fue configurando de una manera transversal, propio del carácter universal, indivisible e interdependiente de todos los derechos y libertades⁽²¹⁾.

Un documento representativo de este enfoque lo constituyen los Cinco Principios en favor de las Personas de Edad (autorrealización, independencia, participación, cuidados y dignidad). Fueron adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1991 por Resolución 46/91, trece años después de la entrada en vigor de la CE, y ha sido considerado piedra fundamental del proceso de elaboración de la convención internacional actualmente en curso⁽²²⁾.

Por ello, en la actualidad, el derecho de la vejez abarca cinco cuestiones principales, que atraviesan todo el sistema jurídico⁽²³⁾:

1. La persona mayor y su integridad. Aborda la identidad, la igualdad y no discriminación, la vulnerabilidad y los atributos de la personalidad, entre los cuales un lugar destacado lo ocupa la capacidad jurídica. El principio de autorrealización es su base.

2. Los DD. HH. de autonomía, compuestos por los derechos extrapatrimoniales, tales como el honor e imagen, intimidad, la autodeterminación y

una agenda para la justiciabilidad de los derechos sociales, CEJIL, San José, 2004, págs. 115 a 145; KRSTICEVIC, V., «La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano», en CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL (comp.), *Construyendo una agenda para la justiciabilidad de los derechos sociales*, CEJIL, San José, 2004, págs. 145 a 200; CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL (CEJIL), *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales y el sistema interamericano*, págs. 80 a 104; FIGUEROA, R., «Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Discusión teórica», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36, núm. 3, 2009, págs. 587 a 620.

(21) DABOVE, M. I., *Derecho de la vejez. Fundamentos y alcance*, págs. 105 a 107.

(22) Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2003/1640>.

(23) DABOVE, M. I., *Derecho de la vejez. Fundamentos y alcance*, págs. 251 a 356; *Derechos humanos de las personas mayores*, págs. 9 a 44; Sobre la caracterización de los derechos humanos de autonomía, de participación y prestación o derechos sociales, puede consultarse: PRIETO SANCHIS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, págs. 121 a 136.

las libertades; y los patrimoniales, referidos a la propiedad, consumo, vivienda, entre otros. Ambos se vinculan con el principio de independencia.

3. Los DD. HH. de inclusión, referidos a los derechos de pertenencia, tales como accesibilidad al entorno y relaciones familiares; y los de interacción, que abarcan la ocupación y el trabajo, la integración social, política y cultural-. Están referidos al principio de participación.

4. Los DD. HH. de protección, que comprenden los derechos de crédito o prestación tales como los derechos previsionales; y los derechos de asistencia, ya sea sanitaria o social. Se fundan en el principio de los cuidados.

5. Las garantías procesales, en torno a acceso a la justicia, plazos procesales y legitimidad resolutoria; asociados con el principio de dignidad.

II. «GERONTOGLOBALIZACIÓN»: SU FUENTE MATERIAL

Desde el punto de vista demográfico, el siglo XX nos legó a todas las personas sin distinción de raza, género, condición económica, social o cultural, una oportunidad sin precedentes: ser ciertamente longevos. La expectativa de vida promedio en el mundo hoy ronda los 80 años para las mujeres, y los 72 para los varones⁽²⁴⁾. Sin embargo, es recién en este siglo XXI que comienza cuando surge la oportunidad de responder jurídicamente a los desafíos de esta nueva realidad.

Como lo venimos sosteniendo desde el siglo pasado⁽²⁵⁾, el envejecimiento poblacional ha generado un peculiar escenario social que crece día a día de manera sostenida y se expande muy rápidamente. Es considerado un fenómeno global, multigeneracional y de creciente feminización por la clara sobrevida de las mujeres, cuyos rasgos se expresan en el plano demográfico, en el campo económico, en área cultural y, por ende, en el mundo jurídico⁽²⁶⁾.

(24) ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Comisión Económica para América Latina y el Caribe; *Estimaciones y proyecciones de población a largo plazo 1950-2100*, disponible en: <http://www.cepal.org/es/estimaciones-proyecciones-poblacion-largo-plazo-1950-2100>; ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD; *Informe mundial sobre el envejecimiento y la salud*, Ginebra, OMS, 2015, págs. 17 a 79; disponible en: <http://www.who.int/topics/ageing/es/>.

(25) DABOVE, M. I., *Los derechos de la ancianidad, el Derecho de la Ancianidad. Hacia una comprensión iusfilosófica de la condición humana en la vejez*, tesis doctoral dirigida por Luis Prieto Sanchís, aprobada con la máxima calificación por la Universidad Carlos III de Madrid el 17 de marzo de 1998.

(26) DABOVE, M. I., «Derecho y multigeneracionismo: o los nuevos desafíos de la responsabilidad jurídica familiar en la vejez», *Revista de Derecho de Familia*, vol. 40, julio/agosto, 2008, págs. 39 a 54; «Elder Law: a need that emerges in the course of life»; *Derecho de la vejez. Fundamentos y alcance*, págs. 36 a 47.

Aún en el escenario de la pandemia actual que se ha cobrado muchas vidas de personas mayores, para la OMS la proporción de personas con más de 60 años seguirá en aumento. Entre 2015 y 2050 pasará de 900 a 2.000 millones, y representará un aumento del 12% al 22%⁽²⁷⁾, lo cual según NN. UU. hará «que a mediados de siglo los porcentajes de la población mundial correspondientes a viejos y jóvenes sean iguales»⁽²⁸⁾.

Otra consecuencia peculiar de la «gerontoglobalización» es la ampliación cronológica de la vejez como último estadio de la vida, con una duración promedio de 20 años para cada persona. Pero también lo es, como adelantamos, la feminización de la longevidad por la menor mortalidad de las mujeres de edad avanzada⁽²⁹⁾.

Por otra parte, este fenómeno ha producido un nuevo escenario: el «mundo multigeneracional». Entre sus características principales se destaca la presencia simultánea de al menos dos generaciones envejecidas, no siempre vinculadas por lazos de parentesco. La coexistencia de tres o cuatro generaciones participes de una misma familia: bisabuelos, abuelos, padres e hijos. De modo tal que es frecuente cotejar la convivencia de dos generaciones sucesivas de personas mayores de 60 años: hijos de sesenta y más, con padres que han superado los ochenta; o bien, la coincidencia de dos generaciones alternas: abuelos y nietos, junto con bisabuelos y bisnietos⁽³⁰⁾.

Sobre este rico escenario poblacional, la gerontología fue identificando variadas formas de longevidad y de vejeces, lo cual hizo posible al mismo tiempo una más nítida disociación conceptual entre ellas. Así, se distingue la vejez robusta, que posibilita una vida plenamente independiente, del envejecimiento frágil, ligado a algún tipo de discapacidad, ya sea sobreviniente o bien agravada por el paso del tiempo, y también de la vejez dependiente, vinculada con

(27) ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD; *Envejecimiento y ciclo de vida*; disponible en: http://www.who.int/features/factfiles/ageing/ageing_facts/es/.

(28) ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento Madrid, España, 8 a 12 de abril. *Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento 2002*. Disponible en: <http://social.un.org/index/Portals/0/ageing/documents/Fulltext-SP.pdf>.

(29) INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y CENSOS, *Encuesta Nacional sobre Calidad de Vida de Adultos Mayores 2012*, Instituto Nacional de Estadística y Censos-INDEC, Buenos Aires, 2014, págs. 9 a 19; DABOVE, M. I., *Los derechos de los ancianos*, primera parte, cap. II, págs. 79 a 110; DABOVE, M. I., «La condición de la mujer anciana desde la perspectiva del derecho», *Bioética y bioderecho*, vol. 1, Rosario, FIJ, 1996, págs. 49 a 54; *Derecho de la vejez. Fundamentos y alcance*, págs. 36 a 47.

(30) DABOVE, M. I., «Derecho y multigeneracionismo: o los nuevos desafíos de la responsabilidad jurídica familiar en la vejez», págs. 39 a 54; «Elder Law: a need that emerges in the course of life»; *Derecho de la vejez. Fundamentos y alcance*, págs. 36 a 47.

enfermedades estructurales e irreversibles, como en el caso de los deterioros cognitivos que en estadios avanzados nublan o impiden el discernimiento y la autonomía personal⁽³¹⁾.

En el plano económico, el envejecimiento multigeneracional se desenvuelve como un proceso de progresiva dependencia. Cabe recordar que una de las pérdidas que los ancianos deben afrontar se vincula con el cese de sus actividades laborales lucrativas. Pero, además, un gran porcentaje percibe un beneficio previsional que no llega a cubrir sus requerimientos⁽³²⁾. Poco a poco, las generaciones concurrentes tejen entre sí una compleja red distributiva de recursos⁽³³⁾.

La perspectiva cultural muestra además que el envejecimiento multigeneracional puede ser entendido como una variante del multiculturalismo, del pluralismo político y del plurijuridismo⁽³⁴⁾. Cada generación esgrime en su haber una forma de entender la vida, códigos de convivencia y prácticas discursivas que le son propios, experiencias políticas diversas, memorias colectivas diferenciables entre sí y valores específicos. Estas culturas interactúan entre sí, se «arrastran»

-
- (31) ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD; *Informe mundial sobre el envejecimiento y la salud*, Ginebra, OMS, 2015, págs. 28 a 37. Disponible en: <https://www.who.int/ageing/publications/world-report-2015/es/>.
- (32) BELLINA YRIGOYEN, J., *La economía política de los fondos de pensiones*, UCEL, Rosario, 2004, pág. 12.
- (33) ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Comisión Económica para América Latina y el Caribe; *El envejecimiento de la población latinoamericana: ¿hacia una relación de dependencia favorable?* Disponible en: <http://www.cepal.org/es/publicaciones/7152-envejecimiento-la-poblacion-latinoamericana-relacion-dependencia-favorable>; DI TULLIO BUDASSI, R., «El Derecho alimentario de los ancianos», *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 38, 2008, págs. 64 a 82; CALVO ORTEGA, R. / GARCIA CALVENTE, Y., *Situaciones de dependencia: regulación actual y nuevas perspectivas*, Thomson – Civitas, Pamplona, 2007; CIURO CALDANI, M. A., «Derecho de la Ancianidad», *Investigación y Docencia*, núm. 20, 1992, págs. 35 a 40; BAZO, M. T., «La vejez como problema social», en *Sociedad y Población Anciana*, Sanchez Vera (ed.), Universidad de Murcia, Murcia, 1993, págs. 181 a 192; CIURO CALDANI, M. A., «Comparación jusfilosófica del Derecho de Menores y el Derecho de la Ancianidad», *Investigación y Docencia*, núm. 25, 1995, págs. 7 a 11; DABOVE, M. I., *Derecho de la vejez. Fundamentos y alcance*, pág. 38.
- (34) KYMLICA, W., *Ciudadanía multicultural*, Paidós, Barcelona, 1995, págs. 23 a 87; TAYLOR, C., *Multiculturalismo y la política del reconocimiento*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993; BRIONES, C., *La alteridad del cuarto mundo*, Colihue, Buenos Aires, 1998; PRIETO SANCHÍS, L., «Minorías, respeto a la disidencia e igualdad sustancial», *Doxa*, núm. 15-16, 1994, págs. 367 a 387; GEERTZ, C., *Los usos de la diversidad*, Paidós, Barcelona, 2006; SARTORI, G., *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Taurus. Madrid, 2001; DE YTURBE, C., *Multiculturalismo y derechos*, Instituto Federal Electoral, México, D.F., 2008; DABOVE, M. I., *Derecho de la vejez. Fundamentos y alcance*, págs. 36 a 47.

de un grupo a otro, dialogan y compiten, sedimentan y estratifican, en un universo heterogéneo de significaciones⁽³⁵⁾.

Junto a ello, desde el punto de vista biográfico llegar a la vejez no siempre conlleva situaciones positivas, más bien sucede lo contrario. Paulatinamente, la persona va quedando sometida a una compleja posición jurídica de gran fragilidad, que termina lesionando sus DD. HH. Así, la dinámica social la torna vulnerable, en tanto la estereotipa y la constriñe en su ámbito de actuación debido a los persistentes prejuicios «viejistas», es decir, percepciones negativas y falsas en torno a la vejez⁽³⁶⁾. El sistema normativo la debilita al no ofrecerle un marco completo de empoderamiento y protección acorde. También la aminoran los valores jurídicos imperantes al no reconocer a la vejez como un dato diferenciador relevante para el sistema jurídico.

En este marco no resultará extraño que la persona de edad avanzada vea debilitada su voluntad y padezca situaciones de desprotección jurídica y de discriminación. Pero tampoco será infrecuente que su vida y su patrimonio se vean afectados negativamente, por causa de las disfuncionalidades de un régimen jurídico diseñado para una realidad poblacional muy distinta a la que hoy se nos presenta⁽³⁷⁾.

El envejecimiento multigeneracional es, pues, un fenómeno complejo que afecta a las comunidades, tanto como a la vida de las personas en particular. Nace con los cambios demográficos de la segunda mitad del siglo XX. Se alimenta del aumento de la esperanza de vida que permite la convivencia simultánea de varias generaciones. Pero también se consolida, como dice BOBBIO, con el devenir del tiempo de los derechos y la creciente conciencia del pluralismo

(35) DE SOUZA MINAYO, M.C., «Visão antropológica do envelhecimento humano», *Velhices. Reflexões contemporâneas*, San Pablo, PUC-SP, 2006, págs. 47 a 59.

(36) BUTLER, R., «Age-ism: another form of bigotry», *The Gerontologist*, vol. 9, núm. 4, 1969, págs. 243 a 246; LEVY, B. R. / BANAJI, M. R., «Implicit ageism», en TODD, D. N. (Ed.), *Ageism: Stereotyping and prejudice against older persons*, The MIT Press, 2002, págs. 49 a 75; IACUB, R., «Identidad social y variaciones del sí mismo en la vejez, entre los discursos modernos y posmodernos», en MONTES DE OCA, V. (Coord.), *Envejecimiento en América Latina y el Caribe. Enfoques en investigación y docencia de la Red Latinoamericana de Investigación en Envejecimiento*, México, 2013, págs. 75 a 89; PONCE, S., *Personas adultas mayores y no discriminación. Mirada desde la psicología*, Instituto Nacional contra la discriminación, la xenofobia y el racismo, Buenos Aires, 2016, págs. 17 a 36; IACUB, R. / CASTRO, I. / PETRANGOLO, M. / TUCHMANN, P., *Prácticas no discriminatorias en relación con adultas y adultos mayores*, Instituto Nacional contra la discriminación, la xenofobia y el racismo, Buenos Aires, 2009, págs. 11 a 35; DABOVE M. I., *Derecho de la vejez. Fundamentos y alcance*, págs. 39 a 47.

(37) Acerca de la discusión en torno a las distintas acepciones de la vejez puede consultarse: DABOVE M. I., *Los derechos de los ancianos*, Cap. II, especialmente, págs. 103 a 110; *Derecho de la vejez. Fundamentos y alcance*, págs. 28 a 32.

jurídico. Es un fenómeno social, multitemporal, plurieconómico y multicultural, que incide en el reconocimiento y en la protección de los DD. HH. en su conjunto⁽³⁸⁾.

III. LA FORMALIZACIÓN DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES: EL PROCESO DE ESPECIFICACIÓN

El derecho de la vejez es fruto de una lenta evolución, cuyos precedentes más remotos se hallan en los modelos jurídico-políticos inglés, americano y francés de la modernidad, a partir de los cuales fue posible la positivación, generalización e internacionalización de los derechos fundamentales⁽³⁹⁾.

Como nos recuerda PECES BARBA, la positivación fue el resultado de los postulados del iusnaturalismo racionalista, «al centrar el paso del estado de naturaleza al de sociedad en el contrato social, así como por la justificación, a través suyo, del poder, cuya primera función soberana era crear el derecho»⁽⁴⁰⁾.

La generalización fue consecuencia de la dimensión de la igualdad formal, expresada en el art. primero de la Declaración francesa de derechos del hombre y del ciudadano cuando afirma que «todos los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos»⁽⁴¹⁾. También dio lugar a la codificación y al constitucionalismo liberal de fines de siglo XIX y principios del XX⁽⁴²⁾.

El proceso de internacionalización fue fruto de la afirmación de la igualdad material y del constitucionalismo social del siglo XX. También lo fue del reconocimiento de la universalidad de los derechos⁽⁴³⁾ gracias a la constitución de NN. UU., en 1945, que le dio validez más allá del ordenamiento estatal y

(38) LEESON, G. W., «Prepared or Not, Latin America faces the Challenge of Aging. Current History», *Journal of Contemporary World Affairs*, vol. 110, núm. 733, 2011, págs. 75 a 80; AAVV, «Future Ageing in Southeast Asia: demographic trends, human capital and health status», en NURVIDYA Y ANANTA (eds.), *Older Persons in Southeast Asia*, Institute of Southeast Asian Studies (ISEAS), Singapur, 2009, págs. 47a 67; LESSON, G. W., «Demography, politics and policy in Europe», en LUDOW, P. (ed.), *Setting EU Priorities*, The European Strategy Forum, Ponte de Lima, 2009, págs. 102 a 124.

(39) Al respecto puede verse: PECES BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales*, págs. 154 a 162; PECES BARBA MARTÍNEZ, G. / FERNANDEZ GARCÍA, E., *Historia de los derechos fundamentales*, t. I y II, vol. 1 a 3; PEREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, págs. 52 a 93.

(40) PECES BARBA MARTÍNEZ, G., *Derecho y Derechos Fundamentales*, págs. 23 a 112.

(41) Disponible en: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf.

(42) DABOVE, M. I., *Los derechos de los ancianos*, págs. 440 a 471.

(43) NINO, C. S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, 1.ª ed., 4.ª reimp., Buenos Aires, 2013, págs. 36 a 42.; BIDART CAMPOS, G. J., *Teoría general de los derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1991, págs. 29 a 45.

sin límite espacial⁽⁴⁴⁾. Desde entonces, los DD. HH. son considerados no solo generales y abstractos sino también, comunes a todas las personas en todo el mundo⁽⁴⁵⁾. Es decir, quedaron consagrados como un nuevo «*ius commune*»⁽⁴⁶⁾

Con todo, el derecho de la vejez le debe su configuración actual al proceso de especificación de los derechos iniciado por NN. UU. a partir de la década de 1950⁽⁴⁷⁾. Este proceso llega hasta nosotros como un fenómeno dialéctico y complejo, dentro del cual se pudo amalgamar la afirmación de los derechos civiles y políticos del liberalismo moderno, con la posterior expansión de los derechos económicos, sociales y culturales, del constitucionalismo social contemporáneo.

NORBERTO BOBBIO ha definido esta evolución como «el paso gradual, pero siempre muy acentuado, hacia una ulterior determinación de los sujetos titulares de derechos». Supuso una ruptura con el modelo racional y abstracto de la modernidad y una cierta aproximación a la igualdad material, al completar la idea de los destinatarios genéricos —hombres y ciudadanos—, con la de las personas situadas como mujeres, niños, administrados, consumidores, usuarios de servicios públicos, personas con discapacidad o mayores, y al matizar también sus contenidos con la aparición de los derechos vinculados al medio ambiente, a la paz y al desarrollo⁽⁴⁸⁾.

En consecuencia, el derecho de la vejez es fruto de una síntesis dialéctica entre la concepción abstracta del ser humano de la modernidad y su versión más radical, material y positiva de los contemporáneos⁽⁴⁹⁾. Se proyecta en los contornos de una idea diferente de lo humano. Expresa una concepción de la persona situada, es decir, corpórea, específica, distinta, necesitada y contingente; pero, a la vez, genérica e igualmente circunstanciada. Vislumbra así una visión de la vida dibujada desde su yo biológico, histórico y cultural; biográficamente única y poblacionalmente diversa⁽⁵⁰⁾.

(44) PECES BARBA MARTÍNEZ, G., *Derecho y Derechos Fundamentales*, págs. 154 a 160.

(45) BIDART CAMPOS, G. J., *Teoría general de los Derechos Humanos*, págs. 313 y ss.; SAGÜES, N. P., *Manual de Derecho Constitucional*, Astrea, 2.ª ed, 1.ª reimp., Buenos Aires, 2014, págs. 4 a 13.

(46) CASAS, M. G. / DÍAZ RICCI, S. / LÓPEZ TESTA, D. / NADER, E., *Ius commune*, Astrea, Buenos Aires, 2020, *passim*.

(47) BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, trad. DE ASÍS ROIG, R., Sistema, Madrid, 1991, págs. 63 a 84.

(48) DABOVE, M. I., *Los derechos de los ancianos*, pág. 438; *Derecho de la Vejez. Fundamentos y alcance*, págs. 123 a 136.

(49) DABOVE, M. I., *Los derechos de los ancianos*, pág. 436; *Derecho de la Vejez. Fundamentos y alcance*, págs. 54 a 72.

(50) DABOVE, M. I., *Los derechos de los ancianos*, pág. 440; *Derecho de la Vejez. Fundamentos y alcance*, págs. 21 a 32.

Por ello, cuando hoy hablamos de una niña, un joven o una persona mayor, o bien, del educando y del educador, del varón y de la mujer, del científico, del artista, del productor, del empresario, del obrero o del consumidor, lo hacemos pensando en categorías existenciales relevantes. De modo tal que en esta concepción del ser humano situado, se hace referencia al lugar real que ocupan las personas en sus circunstancias. Se hace alusión al punto de contacto entre el hombre y su realidad, a su condición de sujeto capaz de dar cuentas de sus necesidades, de su libertad y de los modos comunicacionales de su existencia⁽⁵¹⁾.

En este nuevo despliegue de lo jurídico, observa PRIETO SANCHÍS, se concede ahora la palabra a unos individuos que ya no pueden hacer abstracción de su historia, ni de su específica condición social. Ni es necesario «mutilar parte de su existencia, a la hora de definir los principios de un modelo justo de sociedad»⁽⁵²⁾. Este nuevo paradigma dio lugar a un gran número de documentos internacionales novedosos, que impulsaron el desarrollo de este campo⁽⁵³⁾.

La primera referencia ilustrativa de este proceso es la Declaración de Derechos del Niño, de 1959. Luego se sucedieron, entre otras, la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la Mujer, en 1967; la Declaración de Derechos del Disminuido Mental, de 1971; el Plan de Acción Internacional de Viena sobre el envejecimiento, de 1982, los Cinco Principios en favor de las Personas de Edad, de 1991, el Plan de Acción sobre el envejecimiento de Madrid, de 2002, y la CDPD, de 2006, entre otros.

En el estadio actual, la comunidad internacional sigue compelida a resolver dos problemas relevantes que afectan al derecho de la vejez. En palabras de BOBBIO, es necesario por un lado, «aprestar garantías válidas para esos derechos universalmente declarados»; pero de otro, urge lograr el perfeccionamiento de su contenido, «articulándolos, especificándolos, actualizándolos, de modo tal que no cristalicen y se vuelvan rígidos en fórmulas, tanto más solemnes cuanto más vacíos»⁽⁵⁴⁾.

(51) Aun cuando este «sí mismo» sea poco o esté demasiado recortado, no está aislado. Está atrapado en un cañamazo de relaciones más complejas y móviles que nunca. Joven o viejo, hombre o mujer, rico o pobre, el sí mismo, siempre está situado sobre nudos de circuitos de comunicación. A partir de este lugar de comunicación, el ser humano situado adquiere significación y poder: presencia. Al respecto *vid.*: LYOTARD, J. F., *La condición postmoderna*, trad. ANTOÍN RATO, M., Rei, Buenos Aires, 1995, págs. 37 a 89; DABOVE, M. I., *Derecho de la Vejez. Fundamentos y alcance*, pág. 64.

(52) PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, págs. 57 a 92. Y también *vid.*: NINO, C. S., «Autonomía y necesidades básicas», *Doxa*, núm. 7, 1990, págs. 21 a 54; DABOVE, M. I., *Los derechos de los ancianos*, pág. 440.

(53) BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, págs. 110 a 119; NIKKEN, P., «Los derechos del niño, de los ancianos y de la mujer: su protección internacional», *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 4, julio – diciembre, 1986, págs. 32 a 41 y págs. 15 a 23.

(54) BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, págs. 111.

3.1. El reconocimiento de la vejez en Naciones Unidas

La ONU ha ido generando una serie de documentos que contienen principios orientadores y criterios de interpretación, que han servido de base para el desarrollo del derecho de la vejez. De esta evolución se destacan: el Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento, de 1982⁽⁵⁵⁾, los Cinco Principios en favor de las Personas de Edad, de 1991, y el Plan de Acción sobre el Envejecimiento de Madrid, de 2002⁽⁵⁶⁾.

Es interesante recordar también que la primera propuesta de reconocimiento formal de derechos específicos para las personas mayores fue postulada por la República Argentina, en septiembre de 1948. Días antes, el 28 de agosto, Eva Perón había escrito y proclamado en su país el «Decálogo de los derechos de la ancianidad»⁽⁵⁷⁾, cuyo texto fue enviado para ser tratado por la Tercera Comisión de la Asamblea General de Naciones Unidas, en su tercer período de sesiones

(55) ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA MUNDIAL SOBRE EL ENVEJECIMIENTO, *Plan de acción internacional de Viena sobre el envejecimiento*, Viena, 26 julio a 6 de agosto de 1982, disponible en: <http://200.29.21.4/~gerontol/postnuke/docs/planvienna.doc>.

(56) ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA MUNDIAL SOBRE EL ENVEJECIMIENTO, *Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento, Madrid*, 12 de abril de 2002, disponible en: <http://200.29.21.4/~gerontol/postnuke/pdf/Plandeaccion2002.pdf>.

(57) D. Núm. 32.138/1948, del 15 de octubre, mediante el cual, el Poder Ejecutivo oficializa el decálogo de los derechos de ancianidad. Este texto fue incorporado a la *Carta Magna* de 1949, en vigor hasta el año 1956. Constitución Argentina de 1949. Cap. III: «Derechos del trabajador, de la familia, de la ancianidad y de la educación y la cultura. III. De la ancianidad: 1. Derecho a la asistencia. Todo anciano tiene derecho a su protección integral, por cuenta y cargo de su familia. En caso de desamparo, corresponde al Estado proveer a dicha protección, ya sea en forma directa o por intermedio de los institutos y fundaciones creados, o que se crearen con ese fin, sin perjuicio de la subrogación del Estado o de dichos institutos, para demandar a los familiares remisos y solventes los aportes correspondientes. 2. Derecho a la vivienda. El derecho a un albergue higiénico, con un mínimo de comodidades hogareñas es inherente a la condición humana. 3. Derecho a la alimentación. La alimentación sana, y adecuada a la edad y estado físico de cada uno, debe ser contemplada en forma particular. 4. Derecho al vestido. El vestido decoroso y apropiado al clima complementa el derecho anterior. 5. Derecho al cuidado de la salud física. El cuidado de la salud física de los ancianos ha de ser preocupación especialísima y permanente. 6. Derecho al cuidado de la salud moral. Debe asegurarse el libre ejercicio de las expansiones espirituales, concordes con la moral y el culto. 7. Derecho al esparcimiento. Ha de reconocerse a la ancianidad el derecho de gozar mesuradamente de un mínimo de entretenimientos para que pueda sobrellevar con satisfacción sus horas de espera. 8. Derecho al trabajo. Cuando el estado y condiciones lo permitan, la ocupación por medio de la laborterapia productiva ha de ser facilitada. Se evitará así la disminución de la personalidad. 9. Derecho a la tranquilidad. Gozar de tranquilidad, libre de angustias y preocupaciones, en los años últimos de existencia, es patrimonio del anciano. 10. Derecho al respeto. La ancianidad tiene derecho al respeto y consideración de sus semejantes». Disponible en: <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/196040/norma.htm>.

del 18 de noviembre de ese año. Argentina sostuvo su pedido desde entonces, hasta que en 1982 se logró el Primer Plan Internacional sobre el Envejecimiento de Viena, ya mencionado⁽⁵⁸⁾.

En 2003 la Primera Conferencia Regional Intergubernamental sobre Envejecimiento en América Latina y el Caribe inició la tarea de construcción de un espacio institucional para debatir la necesidad de elaboración de una Convención internacional de DD. HH. para las personas mayores. Desde entonces Latinoamérica, representada por Argentina, Chile, Brasil, Uruguay y Costa Rica, trabajó en la generación de vías para el cumplimiento de este fin.

Muchas instituciones fueron parte de este proceso. Intervinieron organismos internacionales, tales como la Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE) y la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) y de la OEA. Participaron universidades, en cuyo marco el Centro de Investigaciones en Derecho de la Vejez de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, los Grupos de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad Nacional de Córdoba y el Observatorio de derechos humanos de las personas mayores de la Universidad de Morón, fueron parte. También colaboraron organizaciones no gubernamentales, entre las cuales se destacan: INPEA —*International Network for the Prevention of Elder Abuse*—; *Help Age*, y GAROP —*Global Alliance for the Rights for Older Persons*—⁽⁵⁹⁾.

Gracias a esta interacción, el 6 de diciembre de 2007 se aprobó la Declaración de Brasilia; en 2007, la de Santiago de Chile (Camino a Madrid + 5), y se realizaron las reuniones de seguimiento de Buenos Aires. Los Estados impulsaron la elaboración de una Convención en NN. UU.⁽⁶⁰⁾, y trabajaron en la identificación de principios valorativos que podrían servir de base⁽⁶¹⁾.

El 21 de diciembre de 2010, la Asamblea General de Naciones Unidas creó el Grupo de Trabajo de Composición Abierta sobre Envejecimiento (*Open Ended Working Group on Ageing*), en el cual participan todos los EEMM, repre-

(58) DABOVE, M. I., *Derecho de la vejez. Fundamentos y alcance*, págs. 143 a 145.

(59) DABOVE, M. I., *Derecho de la vejez. Fundamentos y alcance*, págs. 127 a 132; ROQUÉ, M., «El camino de la comunidad internacional», en DABOVE, M. I. (dir.), *Derechos humanos de las personas mayores. Acceso a la justicia y protección internacional*, Astrea, Buenos Aires, 2015, Cap. III, págs. 67 a 74.

(60) ROQUÉ, M., «El camino de la comunidad internacional», págs. 70 a 73.

(61) DABOVE, M. I. / DI TULLIO BUDASSI, R. G.; *Bases y puntos de partida para la convención internacional de derechos humanos en la ancianidad: la calidad de vida como meta*; «Libro de Actas del X Congreso Nacional de Sociología Jurídica. Legalidad y Legitimidad: confrontaciones sociales en torno al Derecho», Clacso, UNC y Sociedad Argentina de Sociología Jurídica, Córdoba, 2009.

sentantes de organizaciones del sistema de las NN. UU. y observadores⁽⁶²⁾. Tiene como misión incrementar la protección de los DD. HH. de las personas de edad a través del estudio del marco internacional vigente. También se propone la detección de sus posibles deficiencias y la elaboración de herramientas que permitan subsanarlas (art. 28, Res. 65/182)⁽⁶³⁾.

Los Grupos de Trabajo han sesionado anualmente desde abril de 2011, en la sede de NN. UU. de Nueva York, bajo la presidencia de la República Argentina. En su marco, se elaboraron informes sobre los DD. HH. de las personas mayores en cada uno de los países participantes. Al mismo tiempo, se retomó el contenido de los Cinco Principios en favor de las Personas de Edad de 1991, para establecer puntos de partida mínimos y comunes a ser considerados en la futura Convención Internacional⁽⁶⁴⁾.

En 2014, se creó el cargo de «Experto independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad»⁽⁶⁵⁾; forma parte de los procedimientos especiales y es nombrado por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Debe examinar e informar sobre temas o cuestiones específicas de la vejez. El cargo se ejerce a título honorario, ya que no forma parte del personal de NN. UU. Tampoco representa a los gobiernos de los Estados parte, a fin de garantizar la independencia y transparencia de sus opiniones⁽⁶⁶⁾.

En el primer informe anual, la experta independiente designada, ROSA KORN-FELD MATTE, señaló la necesidad de tratar como temas prioritarios la cuestión de la autonomía y los cuidados de las personas mayores. Subrayó la urgencia de trabajar desde un paradigma incluyente, evitando el enfoque centrado en la enfermedad y la dependencia funcional. Destacó la importancia de unir esfuerzos contra el abuso y la violencia en la vejez, prestando particular atención respecto de las mujeres de edad. Advirtió sobre la necesidad de abordar la problemática del cambio climático y sus efectos desproporcionados sobre esta población, el desarrollo de políticas de gestión para la reducción del riesgo de desastres, y la promoción de un enfoque de derecho en los cuidados de los mayores con demencia. También señaló que «la revolución demográfica no tiene fronteras». El envejecimiento afecta de manera creciente y sostenida a todas las regiones del mundo. Por lo tanto, «el enfoque basado en la universalidad e indivisibilidad de

(62) NACIONES UNIDAS. ASAMBLEA GENERAL, *Resolución 65/182*.

(63) Disponible en: <http://social.un.org/ageing-working-group/>.

(64) UNITED NATION, *Open-ended Working Group on Ageing for the purpose of strengthening the protection of the human rights of older persons*. Disponible en: <http://social.un.org/ageing-working-group/>.

(65) Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/OlderPersons/IE/Pages/IEOlderPersons.aspx>.

(66) Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/OlderPersons/IE/Pages/IEOlderPersons.aspx>.

los derechos asegurará que todas las personas de edad, sin ninguna distinción, puedan ejercer sus derechos sin discriminación y en igualdad de condiciones; e implica el respeto a la vida, a la integridad personal, la inclusión social, económica, cultural y política»⁽⁶⁷⁾.

En mayo de 2020, CLAUDIA MAHLER fue la sucesora elegida. Entre sus primeras expresiones públicas señaló su profunda preocupación por la falta de escucha hacia las personas mayores en la pandemia que ha causado estragos en sus derechos y libertades⁽⁶⁸⁾.

3.2. El logro de la Organización de Estados Americanos

Simultáneamente a este proceso universal, la OEA trabajó en el desarrollo de un instrumento para su región, en cuyo marco, el 15 de junio de 2015 se aprobó la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas mayores. Este documento, vinculante en su derecho interno para todos los países que lo ratifiquen, es el primero en su género y constituye un hito dentro del proceso de evolutivo del derecho de la vejez⁽⁶⁹⁾.

Entre sus precedentes se cuenta la primera conferencia regional intergubernamental sobre envejecimiento, celebrada en 2003, en Santiago de Chile. Luego se aprobó la Declaración de Brasilia de 2006, en cuyos arts. 25 y 26 se estableció la necesidad de trabajar hacia una convención específica. En 2007, se realizó la Segunda Conferencia Regional en Buenos Aires. También fueron importantes la resolución 644 de la CEPAL-CELADE de 2008; la Primera Reunión de Seguimiento de la Declaración de Brasilia, en Rio de Janeiro, en 2008; la V Reunión Cumbre de las Américas, realizada en Trinidad y Tobago, en 2009, que aprobó la Declaración de Compromiso de Puerto España; la Segunda Reunión de Seguimiento de la Declaración de Brasilia de Buenos Aires, en 2009, y la Tercera, que se realizó en Santiago de Chile, ese mismo año.

Asimismo, en junio de 2010, se celebró en Lima la 40.^a Asamblea General de la OEA. En ella se dictó la Resolución AG/RES 2562, que convocó a todos los Estados americanos a trabajar en la incorporación de los estándares de DD. HH. sobre vejez en sus políticas públicas, a adecuar sus normativas y a unificar criterios que pudieran ser acercados al sistema universal.

(67) Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16573&LangID=S>.

(68) Disponible en: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25953&LangID=E>.

(69) ROQUÉ, M. «El camino de la comunidad internacional», págs.67 a 74; POCHTAR, N., / PSZEMIAROWER, S. N., *Personas adultas mayores y derechos humanos*, págs. 79 a 93; DABOVE, M. I., / PRUNOTTO LABORDE, A., dirs, *Derecho de la ancianidad*, págs. 29 a 49.

Por último, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) reunida en San José de Costa Rica en 2012⁽⁷⁰⁾, aprobó la Carta de Derechos Humanos de las Personas mayores⁽⁷¹⁾. En ella, además de reconocer la crítica situación de vulnerabilidad de las personas en la vejez, se exhortó a estudiar la viabilidad de sancionar una convención internacional y otra interamericana específicamente referida a los derechos de la vejez. Junto a lo cual, la OEA planteó la necesidad de designar a un relator especial, encargado de velar por la promoción y protección de los DD. HH. de este colectivo de edad avanzada. Este relator fue designado en el año 2019⁽⁷²⁾.

Sobre esta rica historia de consensos políticos y jurídicos internacionales y regionales, la OEA dio origen a la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas mayores, aprobada por la 45.ª Asamblea General el 15 de junio de 2015⁽⁷³⁾.

(70) En el marco de la *Tercera Conferencia Regional Intergubernamental sobre envejecimiento en América Latina y el Caribe*.

(71) También, «los Estados expresaron su compromiso de reforzar la protección de los derechos humanos en el ámbito nacional mediante medidas tales como: trato diferenciado y preferencial hacia las personas mayores; adopción de leyes especiales de protección; atención prioritaria a las personas mayores en la tramitación de procesos administrativos y judiciales, así como en los beneficios y prestaciones que brinda el Estado». También señalaron la necesidad de «desarrollar políticas públicas y programas dirigidos a aumentar la conciencia sobre estos derechos y su participación en organizaciones de la sociedad civil y en los consejos». Se acordó, además, «mejorar los sistemas de protección social para que respondan efectivamente a las necesidades de las personas mayores, por medio de la universalización del derecho a la seguridad social y a la salud». Se instó a la creación de los servicios sociales necesarios para brindarles cuidado, promoviendo a la vez su independencia, autonomía y dignidad. Por otra parte, la Carta de San José hizo hincapié en las obligaciones que tienen los Estados para erradicar las múltiples formas de discriminación que afectan a las personas mayores, «con especial énfasis en la discriminación basada en el género y entregar asistencia prioritaria y preferencial a las personas mayores en situaciones de emergencia o desastres naturales». CEPAL, *Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe*. Disponible en: <http://www.cepal.org/es/publicaciones/carta-de-san-jose-sobre-los-derechos-de-las-personas-mayores-de-america-latina-y-el-caribe>.

(72) ROQUÉ, M. «El camino de la comunidad internacional», págs. 67 a 74; DABOVE, M. I.; *Derechos humanos de las personas mayores*, págs. 20 a 30.

(73) La Convención fue aprobada por Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas (Commonwealth de las), Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica (Commonwealth de), Ecuador, El Salvador, EE. UU., Grenada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay, Venezuela (República Bolivariana de). Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores_firmas.asp.

Hasta ahora, siete países lograron completar su ratificación y depósito: Uruguay, el 18 de noviembre de 2016; Costa Rica, el 12 de diciembre de 2016; Bolivia, el 17 de mayo de 2017; Chile el 15 de agosto de 2017; Argentina, el 23 de octubre de 2017; El Salvador, el 18 de abril de 2018 y Ecuador, el 21 de marzo de 2019. La Convención entró en vigor en el sistema regional el 11 de enero de 2017, es decir, a partir del trigésimo día en que se depositó el segundo instrumento de ratificación o adhesión en la Secretaría General de la OEA (art. 37).

En su art. 1, la Convención establece que su objeto es «promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los DD. HH. y libertades fundamentales de la persona mayor, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad». También tiene por fin adoptar todas las medidas de acción afirmativa que estimen pertinentes a esta Convención, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las previsiones de este documento.

Por su parte, el art. 2 contiene un glosario de palabras clave cuyas definiciones facilitan su interpretación y aplicación. Los conceptos abordados son los de: abandono, cuidados paliativos; discriminación, discriminación múltiple, Discriminación por edad en la vejez; envejecimiento; EA y saludable; maltrato y negligencia. Trata los conceptos de: persona mayor y de persona mayor que recibe cuidados a largo plazo; el de servicios socio-sanitarios integrados; unidad doméstica y hogar y el de la propia vejez, a la cual describe como «construcción social de la última etapa del curso de vida».

La Convención reconoce quince principios en su art. 3, que amplían los Cinco Principios en favor de las Personas de Edad de Naciones Unidas⁽⁷⁴⁾. Sin embargo, podemos agruparlos en tres ideas fuerza: la igualdad y no discriminación basados en la vejez, la promoción de la autonomía personal y el enfoque diferencial y preferente de sus derechos y libertades.

(74) Art. 3: «Son principios generales aplicables a la Convención: a) La promoción y defensa de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor. b) La valorización de la persona mayor, su papel en la sociedad y contribución al desarrollo. c) La dignidad, independencia, protagonismo y autonomía de la persona mayor. d) La igualdad y no discriminación. e) La participación, integración e inclusión plena y efectiva en la sociedad. f) El bienestar y cuidado. g) La seguridad física, económica y social. h) La autorrealización. i) La equidad e igualdad de género y enfoque de curso de vida. j) La solidaridad y fortalecimiento de la protección familiar y comunitaria. k) El buen trato y la atención preferencial. l) El enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos de la persona mayor. m) El respeto y valorización de la diversidad cultural. n) La protección judicial efectiva. ñ) La responsabilidad del Estado y participación de la familia y de la comunidad en la integración activa, plena y productiva de la persona mayor dentro de la sociedad, así como en su cuidado y atención, de acuerdo con su legislación interna».

El art. 4 determina cuáles son los deberes generales de los Estados Parte. Entre ellos se destaca la obligación de «prevenir, sancionar y erradicar» prácticas tales como el «aislamiento, abandono, sujeciones físicas prolongadas, hacinamiento, expulsiones de la comunidad, la negación de nutrición, infantilización, tratamientos médicos inadecuados o desproporcionados, y todas aquellas que constituyan malos tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes que atenten contra la seguridad e integridad de la persona mayor». Asimismo, conmina a adoptar medidas afirmativas y ajustes razonables necesarios para el ejercicio de derechos y el acceso a la justicia de manera expedita, y nos exige «abstenernos de adoptar cualquier medida legislativa que sea incompatible con la misma»⁽⁷⁵⁾.

(75) Art. 4: «Los Estados parte se comprometen a salvaguardar los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor enunciados en la presente Convención, sin discriminación de ningún tipo, y a tal fin:

a) Adoptarán medidas para prevenir, sancionar y erradicar aquellas prácticas contrarias a la presente Convención, tales como aislamiento, abandono, sujeciones físicas prolongadas, hacinamiento, expulsiones de la comunidad, la negación de nutrición, infantilización, tratamientos médicos inadecuados o desproporcionados, entre otras, y todas aquellas que constituyan malos tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes que atenten contra la seguridad e integridad de la persona mayor.

b) Adoptarán las medidas afirmativas y realizarán los ajustes razonables que sean necesarios para el ejercicio de los derechos establecidos en la presente Convención y se abstendrán de adoptar cualquier medida legislativa que sea incompatible con la misma. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas afirmativas y ajustes razonables que sean necesarios para acelerar o lograr la igualdad de hecho de la persona mayor, así como para asegurar su plena integración social, económica, educacional, política y cultural. Tales medidas afirmativas no deberán conducir al mantenimiento de derechos separados para grupos distintos y no deberán perpetuarse más allá de un período razonable o después de alcanzado dicho objetivo.

c) Adoptarán y fortalecerán todas las medidas legislativas, administrativas, judiciales, presupuestarias y de cualquier otra índole, incluido un adecuado acceso a la justicia a fin garantizar a la persona mayor un trato diferenciado y preferencial en todos los ámbitos.

d) Adoptarán las medidas necesarias y cuando lo consideren en el marco de la cooperación internacional, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales; sin perjuicio de las obligaciones que sean aplicables de inmediato en virtud del derecho internacional.

e) Promoverán instituciones públicas especializadas en la protección y promoción de los derechos de la persona mayor y su desarrollo integral.

f) Promoverán la más amplia participación de la sociedad civil y de otros actores sociales, en particular de la persona mayor, en la elaboración, aplicación y control de políticas públicas y legislación dirigida a la implementación de la presente Convención.

g) Promoverán la recopilación de información adecuada, incluidos datos estadísticos y de investigación, que le permitan formular y aplicar políticas, a fin de dar efecto a la presente Convención».

En el Capítulo siguiente, que abarca los arts. 5 al 31, la Convención consagra de manera detallada los derechos y libertades fundamentales de las personas mayores. Se refieren a la igualdad y no discriminación por razones de edad, al derecho a la vida y a la dignidad en la vejez, al derecho a la independencia y a la autonomía, al derecho a la participación e integración comunitaria, a la seguridad y a una vida sin ningún tipo de violencia, al derecho a no ser sometido a tortura, ni a penas ni tratos inhumanos o degradantes.

También está reconocido el derecho al consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud. Al derecho a recibir servicios de cuidado a largo plazo. El derecho a la libertad personal; de expresión, acceso a la información y circulación. El derecho a la nacionalidad. El derecho a la privacidad y a la intimidad. El derecho a la S. S. y el derecho al trabajo. El derecho a la salud. El derecho a la educación. El derecho a la cultura. El derecho a la recreación. El derecho al esparcimiento y al deporte. El derecho a la propiedad. El derecho a la vivienda y a disfrutar de un medio ambiente adecuado. El derecho a la accesibilidad y movilidad personal. Los derechos políticos. El derecho de reunión y de asociación. Los derechos en situaciones de riesgo y emergencias humanitarias. El derecho a igual reconocimiento como persona ante la ley. Por último, consagra el derecho al acceso a la justicia.

El Cap. V, por su parte, establece la obligación del Estado y de la sociedad de trabajar para el logro de una toma de conciencia integral acerca de los derechos de las personas en esta etapa de la vida⁽⁷⁶⁾. Pero, en el Cap. VI, se determinan los sistemas de garantías y protección. A tal fin, la Convención prevé la implementación de dos instituciones: la Conferencia de Estados parte y el Comité de Expertos⁽⁷⁷⁾.

(76) Cap. V. «Toma de conciencia. Art. 32: Los Estados Parte acuerdan:

a) Adoptar medidas para lograr la divulgación y capacitación progresiva de toda la sociedad sobre la presente Convención.

b) Fomentar una actitud positiva hacia la vejez y un trato digno, respetuoso y considerado hacia la persona mayor y, sobre la base de una cultura de paz, impulsar acciones de divulgación, promoción de los derechos y empoderamiento de la persona mayor, así como evitar el lenguaje e imágenes estereotipadas sobre la vejez.

c) Desarrollar programas para sensibilizar a la población sobre el proceso de envejecimiento y sobre la persona mayor, fomentando la participación de ésta y de sus organizaciones en el diseño y formulación de dichos programas.

d) Promover la inclusión de contenidos que propicien la comprensión y aceptación de la etapa del envejecimiento en los planes y programas de estudios de los diferentes niveles educativos, así como en las agendas académicas y de investigación.

e) Promover el reconocimiento de la experiencia, la sabiduría, la productividad y la contribución al desarrollo que la persona mayor brinda a la sociedad en su conjunto».

(77) Cap. VI. «Mecanismo de seguimiento de la convención y medios de protección. Art. 33: Mecanismo de Seguimiento Con el fin de dar seguimiento a los compromisos adquiridos y

Asimismo, la Convención habilita la posibilidad de interponer peticiones individuales ante la Comisión Interamericana de derechos humanos, lo cual constituye un avance importantísimo para asegurar la eficacia de sus disposiciones⁽⁷⁸⁾.

IV. RECEPCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MAYORES

En España, los derechos de las personas mayores poseen carta de ciudadanía constitucional desde 1978, tras la vuelta a la democracia representativa, en su art. 50. Conforme a FIGUERUELO BURRIEZA, el precedente más inmediato se encuentra en el art. 43 de la Constitución Republicana de 1931⁽⁷⁹⁾. También

promover la efectiva implementación de la presente Convención se establece un mecanismo de seguimiento integrado por una Conferencia de Estados Parte y un Comité de Expertos El Mecanismo de Seguimiento quedará constituido cuando se haya recibido el décimo instrumento de ratificación o adhesión. Las funciones de la secretaría del Mecanismo de Seguimiento serán ejercidas por la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos».

(78) Art. 36: «Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos, puede presentar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de alguno de los artículos de la presente Convención por un Estado Parte. Para el desarrollo de lo previsto en el presente artículo se tendrá en cuenta la naturaleza progresiva de la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales objeto de protección por la presente Convención. Asimismo, todo Estado Parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o de adhesión a la presente Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en la presente Convención. En dicho caso, se aplicarán todas las normas de procedimiento pertinentes contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Los Estados Parte podrán formular consultas a la Comisión en cuestiones relacionadas con la efectiva aplicación de la presente Convención. Asimismo, podrán solicitar a la Comisión asesoramiento y cooperación técnica para asegurar la aplicación efectiva de cualquiera de las disposiciones de la presente Convención. La Comisión, dentro de sus posibilidades, les brindará asesoramiento y asistencia cuando le sean solicitados. Todo Estado Parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o de adhesión a la presente Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria».

(79) *Constitución de la República Española de 1931*. T. III. Cap. II. «Familia, economía y cultura. Art. 43. La familia está bajo la salvaguardia especial del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos, y podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación en este caso de justa causa. Los padres están obligados a alimentar, asistir, educar e instruir a sus hijos. El Estado velará por el cumplimiento de estos deberes y se obliga subsidiariamente a su ejecución. Los padres tienen para con los hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que respecto

guarda similitud con otras Cartas europeas, tales como el art. 38 de la Constitución Italiana⁽⁸⁰⁾ y los pños. 10 y 11 del Preámbulo de la Constitución Francesa de la IV República declarado vigente por la Constitución de 1958⁽⁸¹⁾. Pero recordemos también que estos textos emergen del Constitucionalismo social⁽⁸²⁾, cuyas primeras formalizaciones se encuentran en la Constitución mexicana de 1917⁽⁸³⁾ y en la Ley Fundamental de Weimar de 1919⁽⁸⁴⁾.

De acuerdo con su Constitución, España quedó organizada como un Estado social y democrático de Derecho basado en los valores superiores de la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político (art. 1.1). Entre los presupuestos

de los nacidos en él. Las leyes civiles regularán la investigación de la paternidad. No podrá consignarse declaración alguna sobre la legitimidad o ilegitimidad de los nacimientos ni sobre el estado civil de los padres, en las actas de inscripción, ni en filiación alguna. El Estado prestara asistencia a los enfermos y ancianos, protección a la maternidad y a la infancia, haciendo suya la «Declaración de Ginebra» o tabla de los derechos del niño». Disponible en: http://www.congreso.es/docu/constituciones/1931/1931_cd.pdf.

(80) *Constitución de la República italiana* de 21 de diciembre de 1947 (en vigor desde 1948). Art. 38. «Ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale. I lavoratori hanno diritto che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria. Gli inabili ed i minorati hanno diritto all'educazione e all'avviamento professionale. Ai compiti previsti in questo articolo provvedono organi ed istituti predisposti o integrati dallo Stato. L'assistenza privata è libera». Disponible en: <http://www.governo.it/it/costituzione-italiana/2836>.

Art. 38: «Todo ciudadano incapaz de trabajar y desprovisto de los medios necesarios para vivir tendrá derecho al mantenimiento y a la asistencia social. Los trabajadores tendrán derecho a que se prevean y garanticen los medios proporcionados a sus necesidades vitales en caso de infortunio, enfermedad, invalidez y ancianidad y desempleo involuntario. Los incapaces para el trabajo y los inválidos parciales tendrán derecho a la educación y a la formación profesional. Las tareas previstas en el presente artículo serán asumidas por órganos e instituciones constituidas o complementadas por el Estado. Sera libre la asistencia privada». Disponible en: <http://www.ub.edu/ciudadania/hipertexto/evolucion/textos/ci1947.html>.

(81) FIGUERUELO BURRIEZA, A., *La protección constitucional de las personas mayores*, Conferencia pronunciada en la Universidad de Salamanca en las Jornadas «Los mayores ante el Derecho» el día 19 de noviembre de 2003. Disponible en: https://www.icasal.com/23355/activos/texto/wicas_test2_pdf_23355-amztZBif8KOBqcyf.pdf.

(82) Junto a las Leyes Fundamentales mencionadas también receptaron los derechos sociales: la Constitución de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas de 1936, Cap. X; la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949, arts. 6.4; 7.4; 12.1; la Constitución Nacional de la República Argentina de 1949, la cual, además de consagrar derechos sociales generales, también recepcionó expresamente, los derechos de la ancianidad, conforme vimos anteriormente. DABOVE, M. I., *Derechos humanos de las personas mayores*, págs. 123 a 145; Los derechos de los ancianos, págs. 329.

(83) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917. Art. 123.

(84) Constitución del Reich Alemán de 1919, Parte Segunda «Derechos y deberes fundamentales de los alemanes», Secciones II a V.

para su funcionamiento se cuenta la consagración de la igualdad formal ante la ley del art. 14⁽⁸⁵⁾ y el reconocimiento de la igualdad sustancial. Sobre esta última, el art. 9.2 señala que «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social». Asimismo, el art. 10.1 proclama que «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la ley y a los derechos de los demás», son los fundamentos del orden político y de la paz social.

4.1. El punto de partida del artículo 50

En el marco de este Estado social y democrático, el art. 50 de la CE expresa: «Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio».

Ahora bien, aunque este artículo forma parte del T. I, «De los derechos y deberes fundamentales», ha sido incluido en el Cap. III, denominado «De los principios rectores de la política social y económica». En este apartado encontramos también los derechos referidos a la familia y niñez⁽⁸⁶⁾, el progreso económico y la S. S.⁽⁸⁷⁾, los trabajadores⁽⁸⁸⁾, la protección de la salud⁽⁸⁹⁾, el acceso a la cultura, a la ciencia y tecnología⁽⁹⁰⁾, a un medio ambiente adecuado⁽⁹¹⁾, al patrimonio histórico, artístico y cultural⁽⁹²⁾, a la vivienda⁽⁹³⁾, a la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo⁽⁹⁴⁾, a la protección e integración de las personas con discapacidad⁽⁹⁵⁾, a la defensa de los consumidores⁽⁹⁶⁾, y a

(85) CE. Art. 14: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

(86) CE. Art. 39.

(87) CE. Arts. 40 y 41.

(88) CE. Art. 42.

(89) CE. Art. 43.

(90) CE. Art. 44.

(91) CE. Art. 45.

(92) CE. Art. 46.

(93) CE. Art. 47.

(94) CE. Art. 48.

(95) CE. Art. 49.

(96) CE. Art. 51.

la regulación de las organizaciones profesionales que contribuyan a la defensa de los intereses económicos⁽⁹⁷⁾. Por ello, en primer lugar cabe inferir que fueron incorporados en calidad de derechos sociales, de prestación, conforme al uso tradicional de esta clasificación en el marco de los DD. HH.

Sin embargo, con la evolución de esta concepción surgieron importantes interrogantes en torno a su alcance y condición. Entre otros, fue necesario saber si los derechos fundamentales reconocidos en el art. 50 resultaban directamente operativos, es decir, «resistentes ante la voluntad de cualquiera de los órganos políticos que encarnan el poder constituido»⁽⁹⁸⁾, como parece desprenderse del enunciado del T. I. O bien, si eran derechos disminuidos, en tanto principios programáticos de organización⁽⁹⁹⁾.

La cuestión se complica si a ello le sumamos el problema de las garantías que la CE establece para estos derechos. «El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III —señala el art. 53.3—, informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Solo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen». Ahora, desde este precepto no queda claro hasta dónde las exigencias de igualdad sustancial «pueden fundamentar una posición subjetiva análoga a la que proporcionan las exigencias de igualdad formal». Como tampoco se sabe «si, con base en el artículo 14 y sin mediación legislativa, es posible reclamar una discriminación inversa del mismo modo que se reclama la eliminación de una discriminación directa»⁽¹⁰⁰⁾.

Como es lógico suponer, la ambigüedad de este mecanismo regulador pronto se vio reflejada en el ámbito de la jurisprudencia y la doctrina dando lugar a posturas encontradas⁽¹⁰¹⁾. No obstante, los pronunciamientos del TC han sido

(97) CE. Art. 52.

(98) PRIETO SANCHIS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, págs. 97; 100 y 103. «Los derechos fundamentales son derechos constitucionales y, por tanto, resistentes ante la voluntad de cualquiera de los órganos políticos que encarnan el poder constituido. Este es, seguramente, el único rasgo común que presentan todos los derechos que, bajo una u otra rúbrica, recoge el Título I de la Constitución; son derechos constitucionales».

(99) PRIETO SANCHIS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, págs. 100 y 185; PEREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, págs. 66 a 67 y pág. 95; PECES BARBA, G., *Escritos sobre derechos fundamentales*, pág. 195; ARA PINILLA, I., *Las transformaciones de los Derechos Humanos*; Madrid, Tecnos, 1990, pág. 46.

(100) PRIETO SANCHIS, L., «Igualdad y minorías», *Derechos y Libertades. Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas*, núm. 5, año II, julio-diciembre de 1995, pág. 112 pág. 145.

(101) «La identificación entre derechos fundamentales y derechos constitucionales no es, sin embargo, pacífica, y la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional resulta cuando

tanto reiterados, como unánimes, en favor de la eficacia de todos los preceptos constitucionales y de su virtualidad para fundar decisiones judiciales⁽¹⁰²⁾.

Con todo, el creciente envejecimiento poblacional de la actualidad sigue generando nuevos desafíos, motivo por el cual aún es difícil deducir el nivel de resistencia que cabe esperar de los derechos del art. 50, en relación con el que ofrecen las libertades públicas de la Sec. 1^a, Cap. II, del T. I de la CE⁽¹⁰³⁾. Un ejemplo que ilustra hoy la fragilidad derivada de esta ambivalencia lo constituye la palmaria vulneración de los derechos de las personas mayores vinculada a la pandemia de *COVID-19*. Bajo este laxo paraguas, se tomaron muchas decisiones iniciales que lesionaron, no solo el derecho a la asistencia sanitaria y al bienestar, sino que también acabaron con la propia vida y dignidad de los ancianos infectados⁽¹⁰⁴⁾.

Sostener que los derechos de las personas mayores son principios rectores y pertenecen a la categoría de los derechos sociales supone afirmar que estamos frente a un grupo de derechos frágiles, sometidos al principio económico de progresividad y no regresividad⁽¹⁰⁵⁾. Como también importa decir que este catálogo se ha vuelto incompleto⁽¹⁰⁶⁾. Los derechos del art. 50 han nacido como derechos de asistencia, derivados de la S. S. del XIX. Pero este tiempo nos obliga a resignificarlos para dar respuestas cabales a la desigualdad y discriminación «viejista» que hoy padecen las personas que transitan esta etapa de la vida⁽¹⁰⁷⁾.

menos ambigua». PRIETO SANCHIS, L., *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, pág. 100; DE CASTRO CID, B., *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la Teoría General de los Derechos Humanos*, Universidad de León-Secretariado de Publicaciones, León, 1993, pág. 61.

(102) PRIETO SANCHIS, L., *Igualdad y minorías*, pág. 144; DABOVE, M. I., *Los derechos de los ancianos*, pág. 313 a 322.

(103) PRIETO SANCHIS, L., *Igualdad y minorías*, págs. 145 y 148.

(104) Un interesante testimonio nos lo ofrecen las reflexiones de ADELA CORTINA, en Entrevistas publicadas en XL Semanal. Disponibles en: <https://www.xlsemanal.com/personajes/20200516/adela-cortina-altruismo-solidaridad-etica-sociedad-crisis-coronavirus.html>. También en: <https://www.xlsemanal.com/personajes/20200608/residencias-ancianos-coronavirus-hospitales-rechazo-social-adela-cortina.html>.

(105) En líneas generales, la doctrina sitúa la aparición de estos derechos en el siglo XIX, tomando como referente decisivo al año 1848. PECES BARBA MARTÍNEZ, G. «Reflexiones sobre los Derechos Económicos Sociales y Culturales», en PECES BARBA (ED.), *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Eudema Universidad, Madrid, 1988, pág. 198; PÉREZ LUÑO, A., *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, pág. 120; DE CASTRO CID, B., *Los derechos económicos, sociales y culturales*, pág. 39.

(106) Todos los derechos sociales constituyen, en general, una «categoría jurídica de fronteras poco nítidas». Así lo destaca PRIETO SANCHIS en *Estudios sobre derechos fundamentales*, pág. 186. También: RUIZ MIGUEL, A., «Derechos liberales y derechos sociales», en *Doxa*, núms. 15-16, 1994, pág. 652.

(107) DABOVE, M.I., *Los derechos de los ancianos*, pág. 319.

4.2. ¿Son solo derechos sociales?

Los derechos de las personas mayores del art. 50 presentan similitudes con las características que la doctrina le atribuye a los derechos sociales. Sin embargo, no podemos sostener que puedan ser incluidos solo en esta categoría. Su alcance transversal excede los ámbitos de la previsión y la asistencia que le son atribuidos.

Entre los rasgos compartidos con los derechos sociales cabe destacar:

— Su función de ampliación, complemento y superación de los derechos proclamados en la etapa liberal clásica⁽¹⁰⁸⁾.

— Su carácter prestacional. Requieren de una «intervención activa de la organización estatal para cubrir las necesidades que intentan satisfacer»⁽¹⁰⁹⁾. No se realizan por la sola abstención u omisión de acción⁽¹¹⁰⁾.

— Su dependencia de un «entramado previo de normas de organización, carentes de sanción», las cuales «generan una multiplicidad de obligaciones jurídicas de distintos sujetos, cuyo cumplimiento conjunto es necesario para la plena satisfacción del derecho»⁽¹¹¹⁾.

(108) DE CASTRO CID, B., *Los derechos económicos, sociales y culturales*, pág. 34; PEREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, estado de derecho y constitución*, págs. 90 y 96. Allí analiza las relaciones de complementariedad que pueden derivarse de los derechos individuales y sociales, tanto respecto de sus respectivas fundamentaciones como de sus formulaciones. En contra de esta interpretación «progresista» de los derechos sociales como la llama RUIZ MIGUEL, A., en «Derechos liberales y derechos sociales», pág. 653; HAYEK, F. A., *Derecho, legislación y libertad. El espejismo de la justicia social*, t. II, trad. LUIS REIG ALBIOL, Unión Editorial, Madrid, 1979, pág. 172; *Camino de servidumbre*, 1.ª ed., 2.ª reimp., trad. JOSÉ VERGARA, Madrid, Alianza, Madrid, 1990, especialmente pág. 103; SARTORI, G., *La democracia después del comunismo*, trad. MARÍA LUZ MORÁN, Alianza, Madrid, 1993, pág. 123.

(109) DE CASTRO CID, B., *Los derechos económicos, sociales y culturales*, pág. 34; PRIETO SANCHIS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, pág. 187.

(110) Estas acciones están dirigidas a garantizar cobertura económica —pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas— y bienestar —mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio— Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio. PRIETO SANCHIS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, págs. 136 y 187. Respecto de la calificación de estos derechos como *no activos*, vid. HIERRRO, L., «¿Derechos humanos, o necesidades humanas?», *Sistema*, núm. 46, enero, 1982, pág. 50.

(111) PRIETO SANCHIS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, pág. 188; PECES BARBA MARTÍNEZ, G.; «Reflexiones sobre los Derechos Económicos Sociales y Culturales», pág. 207. DABOVE, M. I., *Los derechos de los ancianos*, pág. 320 a 322.

— Su condición de exigencias objetivas del Estado social que costosamente se fueron articulando como derechos subjetivos⁽¹¹²⁾.

Ahora bien, los derechos constitucionales del art. 50 impactan de manera integral en la vida de las personas mayores. Se refieren al ser humano en su específica situación social. Atienden a la vulnerabilidad de su condición, a fin de empoderarla y promover su autonomía⁽¹¹³⁾, e impactan en todo el plexo jurídico⁽¹¹⁴⁾. Son también presupuestos necesarios del desarrollo de la personalidad, las libertades e independencia en la vejez.

Desde este marco, como señala PRIETO SANCHIS, los derechos de las personas mayores integran la categoría jurídica de «minoría»⁽¹¹⁵⁾ y en cuanto tales, presentan características distintivas.

— Están fundados en la posición desventajosa de sus titulares⁽¹¹⁶⁾.

— Refieren a una generación de personas que se identifica entre sí, cronológica, social y culturalmente; pero al mismo tiempo se diferencian del resto de la población⁽¹¹⁷⁾.

— Tienen como fin contrarrestar los efectos de la desigualdad material que margina a los sujetos implicados⁽¹¹⁸⁾.

(112) PRIETO SANCHIS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, pág. 189.

(113) DE CASTRO CID, B., *Los derechos económicos, sociales y culturales*, pág. 34; PRIETO SANCHIS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, pág. 188; RUIZ MIGUEL, A., «Derechos liberales y derechos sociales», pág. 663.

(114) DABOVE, M. I., *Los derechos de los ancianos*, pág. 322.

(115) En relación con el concepto de minoría utilizado puede verse: PRIETO SANCHIS, L., *Igualdad y minorías*, pág. 120; *Minorías, respeto a la disidencia e igualdad sustancial*, pág. 367; FERNANDEZ, E., «Identidad y diferencias en la Europa democrática: la protección jurídica de las minorías», *Sistema*, núm. 106, 1992; LERNER, N., *Minorías y grupos en el Derecho Internacional. Derechos y discriminación*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1991, pág. 21; De LUCAS, J., *Europa: ¿convivir con la diferencia? Racismo, nacionalismo y derechos de las minorías*, Tecnos, Madrid, 1992; «Algunos problemas del estatuto jurídico de las minorías. Especial atención a la situación en Europa», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 15, 1993, pág. 99; AMAYA, J. A., *Democracia y minoría política*, Astrea, Buenos Aires, 2015; *Los derechos políticos*, Astrea, Buenos Aires, 2016, pág. 173.

(116) PRIETO SANCHIS, L., *Igualdad y minorías*, pág. 121; *Minorías, respeto a la disidencia e igualdad sustancial*, pág. 368.

(117) Las personas mayores representan a una generación no solo en sentido biológico y socio-histórico sino, principalmente, en sentido cultural. MANNHEIM, K., «El problema de las generaciones», trad. SÁNCHEZ DE LA YNCERA, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 62, 1993, pág. 193; SANCHEZ DE LA YNCERA, I., «La sociología ante el problema generacional», en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 62, 1993, pág. 147; LAIN ENTRALCO, P., *Las generaciones en la historia*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1945; MARIAS, J., *El método histórico de las generaciones*, Revista de Occidente, Madrid, 1945.

(118) «El derecho de un anciano o de un inválido a la asistencia tiene como fin inmediato la tutela de un interés individual a la subsistencia y no el de un pretendido interés colectivo a

— Empoderaran a sus titulares⁽¹¹⁹⁾.

— Otorgan un trato normativo diferenciado.

— Refuerzan el cumplimiento de la igualdad formal ante la ley⁽¹²⁰⁾, ya que como advirtió el TC a raíz de un viejo litigio sobre pensiones, existe una estrecha conexión entre el art. 50 y los arts. 9.2 y 10.1 de la CE⁽¹²¹⁾.

En otras palabras, la incorporación constitucional de los derechos de las personas mayores en el T. I permite hoy calificarlos también como derechos fundamentales transversales y propios de una minoría.

No están situados en las antípodas de los derechos civiles y políticos. Los complementan y completan⁽¹²²⁾. Su consagración formal va dirigida a reconocer los atributos que componen la personalidad en la vejez y el derecho individual a verse libre de discriminaciones arbitrarias, tanto como a exigir medidas políticas y legislativas de discriminación positiva, referidas al bienestar⁽¹²³⁾. Abre caminos superadores de la fractura entre derechos sociales e individuales, al habilitar el juego de los derechos de inclusión, interacción y participación social⁽¹²⁴⁾. Por último, tienen como fin asegurar la igualdad en las condiciones de ejercicio de los derechos de los ciudadanos mayores, mediante «pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas» y un «sistema de servicios sociales que atiendan sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio»⁽¹²⁵⁾.

que la categoría de los ancianos o de los inválidos pueda subsistir» PEREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, estado de derecho y constitución*, pág. 84; PRIETO SANCHIS, L., *Igualdad y minorías*, pág. 121; *Minorías, respeto a la disidencia e igualdad sustancial*, pág. 368.

(119) GURTVICH, G., *Le déclaration des droit sociaux*, Vrin, París, 1946, pág. 79; *Sociología del Derecho*; trad. ANGELA ROMERA VERA, Rosario Editorial, Rosario, 1945, pág. 230; PEREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, estado de derecho y constitución*, p. 85.

(120) PRIETO SANCHIS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, pág. 36; PEREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, estado de derecho y constitución*, págs. 66 a 67 y pág. 95; DE CASTRO CID, *Los derechos económicos, sociales y culturales*, pág. 77; DABOVE, M. I., *Los derechos de los ancianos*, pág. 326.

(121) STC, 19/1982, de 5 de mayo, FJ Núm. 6. PRIETO SANCHIS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, pág. 196.

(122) PEREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, estado de derecho y constitución*, p 92; DE CASTRO CID, B., *Los derechos económicos, sociales y culturales*, pág. 74 y pág. 77.

(123) «Many social groups—for example, women, gays, and the disabled— may be structurally disadvantaged in liberal democracies and may require special rights in order to achieve equal citizenship. These rights might be collective (for example, quotas in the political representation of women) but the claims of these groups can generally be met by implementation of the individual right to be free from arbitrary discrimination and appropriate measures of positive discrimination» FREEMAN, M., «Are there Collective Human Rights?», *Political Studies*, vol. 43, 1995, pág. 26.

(124) PEREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, estado de derecho y constitución*, pág. 91 y pág. 96.

(125) DE CASTRO CID, B., *Los derechos económicos, sociales y culturales*, pág. 77.

4.3. Su carácter operativo

De acuerdo con la Teoría del Derecho, los derechos de las personas mayores han sido consagrados como normas jurídicas coactivas y aplicables⁽¹²⁶⁾. «Su eficacia no está diferida a la actuación del legislador, sino que opera desde la propia Constitución»⁽¹²⁷⁾. Las disposiciones del art. 50 no pueden ser dejadas de lado mediante el simple ejercicio de la autonomía de la voluntad. Tampoco le está permitido hacerlo a la voluntad estatal, toda vez que este artículo informa la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos⁽¹²⁸⁾.

Más aún, los derechos constitucionales de las personas mayores despliegan su imperatividad en dos planos jurídicos perfectamente diferenciados. De un lado, «nacen con el propósito de imponer ciertos comportamientos a las instituciones públicas»⁽¹²⁹⁾. De otro, delimitan el piso normativo mínimo del ordenamiento a través de sus fines y metas, y establece lo que ha de entenderse como «orden público interno»⁽¹³⁰⁾. En consecuencia, y como lo reconoció el DEFENSOR DEL PUEBLO español desde sus inicios, los derechos de la vejez son preceptos jurídicos plenos, en tanto en cuanto establecen las fronteras de validez para

(126) Respecto de la caracterización de las normas coactivas GOLDSCHMIDT, W., *Introducción filosófica al derecho*, pág. 213. «Son coactivas aquellas normas que pueden reclamar vigencia incondicional y se constituyen como normas de derecho público. Son supletorias o dispositivas, en cambio, aquellas que solo pueden ser aplicadas subsidiariamente, en defecto de una declaración de voluntad distinta de los interesados. En ellas impera, el principio privatista de la autonomía de la voluntad». CIURO CALDANI, M. A., «Meditaciones axiológicas sobre la norma jurídica», *Estudios Jusfilosóficos*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1986, pág. 62.

(127) Desde el punto de vista normativo, estas normas presentan una estructura similar a la de los derechos mejor protegidos por la Constitución. Por esta razón, señala el profesor PRIETO SANCHIS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, págs. 190 a 194: «No creo que exista ningún motivo técnico para que el derecho a la educación deba ser desarrollado mediante ley orgánica, sea protegido en su contenido esencial y goce del recurso de amparo y, en cambio, el derecho a la salud, a la vivienda o a una pensión digna de jubilación queden a merced de los programas electorales de los partidos institucionales. Es preciso, pues, deslindar la eficacia de la norma que reconoce un principio rector y la posibilidad de hacer valer ante un Tribunal el derecho subjetivo que eventualmente pueda hacerse derivar de esa norma. La eficacia de éstos no está diferida a la actuación del legislador, sino que opera desde la propia Constitución». *Vid.* también del mismo autor, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, en particular: págs. 136 y 137.

(128) CE. Art. 53.3.

(129) También permiten ejercer un *control objetivo de la actividad económica de los poderes públicos...* PRIETO SANCHIS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, pág. 189 y pág. 197.

(130) Acerca de los DD. HH. en tanto formalizaciones del orden público interno e internacional *vid.*: CIURO CALDANI, M. A., «Filosofía del orden público en la postmodernidad», *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, núm. 21, 1996, pág. 25.

el sistema jurídico y resultan «imperativos para la actuación de los poderes públicos»⁽¹³¹⁾.

Ahora bien, esta fuerza vinculante de los derechos de las personas mayores no es absoluta⁽¹³²⁾. En el modelo constitucional español, estas normas responden a un nivel de resistencia jurídica más limitado *que* el de los derechos del Cap. II, T. I⁽¹³³⁾, característico del tercer grupo de DD. HH. positivados⁽¹³⁴⁾. Entre otras razones, porque estos derechos «solo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen» (art. 53.3).

De la evolución legislativa reciente en este campo, es importante destacar la Ley 39, promulgada el 14 de diciembre de 2006, referida a la Promoción de la Autonomía Personal y Atención de las Personas en Situación de Dependencia⁽¹³⁵⁾. Si bien la ley no fue pensada para responder a la problemática de la vejez en exclusiva, entre sus beneficiarios principales se cuentan las personas mayores. Se estableció con la finalidad de garantizar las condiciones básicas para el desarrollo de la vida cotidiana, y la previsión de servicios que maximicen la autonomía de las personas en situación de dependencia. Ha sido organizado con base en los principios de universalidad, equidad y accesibilidad⁽¹³⁶⁾, y la EM la ha definido como el cuarto pilar del estado de bienestar⁽¹³⁷⁾.

A pesar de la clara importancia que este sistema ha tenido para la implementación de los derechos de las personas en situación de dependencia, el derecho español debe evolucionar aún más en el desarrollo de dispositivos jurídicos que

(131) DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe de 1983*, pág. 60 y pág. 85; reiterado en el *Informe de 1984*, págs. 18 y 19.; en el *Informe de 1985*, pág. 226 y en el *Informe de 1986*, pág. 19, entre otros.

(132) «Si esto es así, es porque en 1978 los grupos políticos que hicieron la Constitución no consideraron oportuno o prudente establecer un régimen jurídico uniforme para tales derechos, pese a que su estructura jurídica es similar». PRIETO SANCHIS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, pág. 190.

(133) En relación con la idea de resistencia de los derechos fundamentales que aquí se sigue *vid.*: PRIETO SANCHIS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, pág. 105.

(134) Limitación que, por otra parte, no me parece que nos autorice a atribuirles el sentido negativo de devaluación jurídica según pretenden algunos sectores de la doctrina. Respecto de estas observaciones puede verse: PRIETO SANCHIS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, pág.190.

(135) DABOVE, M. I., «Autonomía y atención de las personas mayores en situación de dependencia en España: Una cita entre generaciones», *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 1, núm. 8, 2011.

(136) Art. 3.

(137) «Si en 1978 los elementos fundamentales de ese modelo de Estado del bienestar se centran, para todo ciudadano, en la protección sanitaria y de la Seguridad Social, el desarrollo social de nuestro país desde entonces ha venido a situar a un nivel de importancia fundamental a los servicios sociales, desarrollados fundamentalmente por las Comunidades Autónomas, con colaboración especial del tercer sector, como cuarto pilar del sistema de bienestar, para la atención a las situaciones de dependencia».

erradiquen las prácticas viejistas, es decir, discriminatorias por motivos de vejez. Hasta ahora solo se ha trabajado en la cuestión de los cuidados, y la vejez no siempre es sinónimo de dependencia.

V. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN: EL PORVENIR DEL DERECHO DE LA VEJEZ ESPAÑOL

A lo largo de este capítulo nos hemos referido al nuevo escenario que plantea el envejecimiento poblacional para el campo de los DD. HH. Observamos también que la posibilidad cierta de ser longevos es un legado de los siglos XIX y XX; sin embargo, el nuevo ciclo que abrió el XXI trae consigo nuevos desafíos no suficientemente reconocidos aún por el derecho español⁽¹³⁸⁾.

Así, la discriminación negativa en base a prejuicios «viejistas» sigue atentando contra la igualdad y la dignidad, la autoestima y el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas mayores. La perspectiva asistencialista sobre la vejez colisiona con la realidad del envejecimiento, y el paradigma de la vejez activa obliga a observar críticamente los mecanismos habituales de celebración de los contratos en los cuales los ancianos son parte. En particular, debemos seguir pensando acerca del alcance del derecho a la disposición del propio cuerpo en la vejez, la relación médico-paciente mayor, para dar lugar a un respeto cierto de su autonomía, disposiciones anticipadas y CI.

Por otra parte, es necesario volver a significar el derecho de los consumidores de edad avanzada, la propiedad y las formas de protección contra el ejercicio abusivo de derechos por parte de quienes serán futuros herederos. Debemos reinterpretar el derecho humano a la vivienda y también, el derecho de las personas mayores de establecer su centro de vida en alguna residencia gerontológica, conforme a su libre elección, a diferencia de lo que ocurre en nuestros días.

Tampoco han sido resueltas las cuestiones relativas al maltrato, abuso y violencia contra las personas mayores, que crece día a día a causa de la discriminación. Lo mismo sucede todavía con la responsabilidad familiar, el deber de alimentos, el derecho de comunicación, visita o contacto, que siguen funcionando con criterios decimonónicos.

Pese a los aportes del derecho laboral y previsional, la temática del cese del trabajo, el derecho a la ocupación y al esparcimiento no han sido aún abordados desde un enfoque positivo y productivo de la vejez. La misma suerte corren los sistemas de protección y garantías de los derechos de las personas mayores. El acceso a la justicia y los métodos alternativos de solución de conflictos no están organizados, como vías eficaces, en esta etapa de la vida.

(138) <https://www.derechoshumanos.net/derechos/index.htm#discriminacion-edad>.

Urge entonces tomar conciencia acerca de la necesidad de desarrollar un derecho de la vejez que considere a la persona mayor un fin en sí. Se impone la obligación de trabajar en la elaboración de instrumentos jurídicos que dignifiquen a los ancianos. También es preciso capacitar, educar y formar a jueces, abogados, escribanos, docentes, investigadores y a la sociedad en su conjunto.

La «gerontoglobalización» y la aparición de sociedades multigeneracionales imponen el desarrollo de nuevos criterios estratégicos de justicia y de ajustes tácticos a las prácticas habituales de sus operadores⁽¹³⁹⁾. A tal fin, proponemos la consideración de tres elementos estratégicos: la unicidad (y diversidad), la igualdad (y no discriminación) y la comunidad⁽¹⁴⁰⁾. La problemática de la vejez aporta claves nuevas para comprender que, por ser cada persona única, a ella le cabe de manera central resolver su destino. Por ser al mismo tiempo igual a los demás, a todos y a cada uno nos corresponde una zona de libertad a tal fin. Pero también, por ser sociales, nos incumbe comprender que ineludiblemente todos formamos parte de la misma fraternidad humana⁽¹⁴¹⁾.

VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AMAYA, J. A., *Democracia y minoría política*, Astrea, Buenos Aires, 2015.
- AMAYA, J. A., *Los derechos políticos*, Astrea, Buenos Aires, 2016.
- BAZÁN, V. / QUESADA, L. J., *Derechos económicos, sociales y culturales*, Astrea, Buenos Aires, 2014.
- BAZO, M. T., «La vejez como problema social», en *Sociedad y Población Anciana*, Sanchez Vera (ed.), Universidad de Murcia, Murcia, 1993.
- BELLINA YRIGOYEN, J., *La economía política de los fondos de pensiones*, UCEL, Rosario, 2004.
- BIDART CAMPOS, G. J., *Teoría general de los derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1991.
- BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, trad. DE ASÍS ROIG, R., Sistema, Madrid, 1991.
- BRIONES, C., *La alteridad del cuarto mundo*, Colihue, Buenos Aires, 1998.

(139) CIURO CALDANI, M. A., *Estrategia jurídica*, págs. 93 y 94; *Una teoría trialista del derecho*, pág. 150; DABOVE, M. I., *Los derechos de los ancianos*, págs. 405 a 414.

(140) GOLDSCHMIDT, W., *Introducción filosófica al Derecho*, págs. 438 a 454; DABOVE, M. I., *Los derechos de los ancianos*, págs. 404 a 410; *Derecho de la vejez. Fundamentos y alcance*, pág. 73.

(141) GOLDSCHMIDT, W., *Introducción filosófica al Derecho*, págs. 438 a 454; DABOVE, M. I., *Derecho de la vejez. Fundamentos y alcance*, pág. 74.

- BUTLER, R., «Age-ism: another form of bigotry», *The Gerontologist*, vol. 9, núm. 4, 1969.
- CALVO ORTEGA, R. / GARCIA CALVENTE, Y., *Situaciones de dependencia: regulación actual y nuevas perspectivas*, Thomson – Civitas, Pamplona, 2007.
- CASAS, M. G. / DÍAZ RICCI, S. / LÓPEZ TESTA, D. / NADER, E., *Ius commune*, Astrea, Buenos Aires, 2020.
- CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL (CEJIL), *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales y el sistema interamericano*, Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, San José, 2005.
- CIURO CALDANI, M. A., «Comparación jusfilosófica del Derecho de Menores y el Derecho de la Ancianidad», *Investigación y Docencia*, núm. 25, 1995.
- CIURO CALDANI, M. A., «Derecho de la Ancianidad», *Investigación y Docencia*, núm. 20, 1992.
- CIURO CALDANI, M. A., «Derecho de la ancianidad. Nueva especialidad jurídica», en DABOVE, M. I. (DIR.), *Derechos humanos de las personas mayores. Acceso a la justicia y protección internacional*, Astrea, Universidad del Rosario, 2017.
- CIURO CALDANI, M. A., *Estrategia Jurídica*, UNR Editora, Rosario, 2011.
- CIURO CALDANI, M. A., *Estudios de filosofía jurídica y filosofía política*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1982.
- CIURO CALDANI, M. A., «Filosofía del orden público en la postmodernidad», *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, núm. 21, 1996.
- CIURO CALDANI, M. A., *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2000.
- CIURO CALDANI, M. A., «Meditaciones axiológicas sobre la norma jurídica», *Estudios Jusfilosóficos*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1986.
- CIURO CALDANI, M. A., *Metodología jurídica y Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho*, Zeus, Rosario, 2007.
- CIURO CALDANI, M. A., *Una teoría trialista del derecho. Comprensión iusfilosófica del mundo jurídico*, Astrea, Buenos Aires, 2020.
- DABOVE, M. I., «Autonomía y atención de las personas mayores en situación de dependencia en España: Una cita entre generaciones», *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 1, núm. 8, 2011.
- DABOVE, M. I., «Ciudadanía y derechos fundamentales de las personas mayores: De las políticas gerontológicas al derecho de la vejez», *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional Córdoba*, vol. 4, núm. 1, Nueva Serie II, 2013.

- DABOVE, M. I., «De los derechos humanos al derecho de la vejez: acceso a la justicia y protección internacional», en DABOVE, M. I. (Dir.), *Derechos humanos de las personas mayores. Acceso a la justicia y protección internacional*, Astrea, Universidad del Rosario, 2017.
- DABOVE, M. I., *Derecho de la vejez. Fundamentos y alcance*, Astrea, Buenos Aires, 2018.
- DABOVE, M. I., «Derecho y multigeneracionismo: o los nuevos desafíos de la responsabilidad jurídica familiar en la vejez», *Revista de Derecho de Familia*, vol. 40, julio/agosto, 2008.
- DABOVE, M. I., «Elder Law: a need that emerges in the course of life», *Ageing International*, junio 2015, doi: 10.1007/s12126-013-9193-4.
- DABOVE, M. I., «La condición de la mujer anciana desde la perspectiva del derecho», *Bioética y bioderecho*, vol. 1, Rosario, FIJ, 1996.
- DABOVE, M. I., *Los derechos de la ancianidad, el Derecho de la Ancianidad. Hacia una comprensión iusfilosófica de la condición humana en la vejez*, tesis doctoral dirigida por Luis Prieto Sanchís, aprobada con la máxima calificación por la Universidad Carlos III de Madrid el 17 de marzo de 1998.
- DABOVE, M. I., *Los derechos de los ancianos*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2002.
- DABOVE, M. I. / DI TULLIO BUDASSI, R. G.; *Bases y puntos de partida para la convención internacional de derechos humanos en la ancianidad: la calidad de vida como meta*; «Libro de Actas del X Congreso Nacional de Sociología Jurídica. Legalidad y Legitimidad: confrontaciones sociales en torno al Derecho», Clacso, UNC y Sociedad Argentina de Sociología Jurídica, Córdoba, 2009.
- DABOVE, M. I., / PRUNOTTO LABORDE, A. (Dir.), *Derecho de la ancianidad. Perspectiva interdisciplinaria*, Juris, Rosario, 2006.
- DAYTON, K. A. (ed.), *Comparative perspectives on adult guardianship*, Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, 2014.
- DAYTON, K. A., *Elder Law: Readings, Cases, and Materials*, Carolina Academic Press, 4th ed., Durham, NC, 2013.
- DE CASTRO CID, B., *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la Teoría General de los Derechos Humanos*, Universidad de León-Secretariado de Publicaciones, León, 1993.
- DE LUCAS, J., *Europa: ¿convivir con la diferencia? Racismo, nacionalismo y derechos de las minorías*, Tecnos, Madrid, 1992.
- DE LUCAS, J., «Algunos problemas del estatuto jurídico de las minorías. Especial atención a la situación en Europa», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 15, 1993.

- DE SOUZA MINAYO, M.C., «Visão antropológica do envelhecimento humano», *Ve-lhices. Reflexões contemporâneas*, San Pablo, PUC-SP, 2006
- DI TULLIO BUDASSI, R., «El Derecho alimentario de los ancianos», *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 38, 2008, p. 64 a 82.
- DWORKIN, R., *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 2012.
- DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2012.
- FERNÁNDEZ, E., «Identidad y diferencias en la Europa democrática: la protección jurídica de las minorías», *Sistema*, núm. 106, 1992.
- FIGUEROA, R., «Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Discusión teórica», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36, núm. 3, 2009.
- FIGUERUELO BURRIEZA, A., *La protección constitucional de las personas mayores*, Conferencia pronunciada en la Universidad de Salamanca en las Jornadas «Los mayores ante el Derecho» el día 19 de noviembre de 2003.
- FREEMAN, M., «Are there Collective Human Rights?», *Political Studies*, vol. 43; 1995.
- FROLIK, L. A. / KAPLAN, R. L., *Elder law in a nutsell*, Thomson West, 3rd ed., St. Paul, 2003.
- FROMM, E.; *El miedo a la libertad*, trad. GINO GERMANI, Paidós, 1.ª ed., 16.ª reimp., Barcelona, 1993.
- GARCÍA RAMÍREZ, S., «Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales», en CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL (comp.), *Construyendo una agenda para la justiciabilidad de los derechos sociales*, CEJIL, San José, 2004.
- GEERTZ, C., *Los usos de la diversidad*, Paidós, Barcelona, 2006.
- GOLDSCHMIDT, W., *Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, 6a ed., Depalma, Buenos Aires, 1987.
- GURTVICH, G., *Le déclaration des droit sociaux*, Vrin, París, 1946.
- GURTVICH, G., *Sociología del Derecho*; trad. ROMERA VERA, Rosario Editorial, Rosario, 1945.
- HAYEK, F. A., *Derecho, legislación y libertad. El espejismo de la justicia social*, t. II, trad. LUIS REIG ALBIOL, Unión Editorial, Madrid, 1979.
- HAYEK, F. A., *Camino de servidumbre*, 1.ª ed., 2.ª reimp., trad. JOSÉ VERGARA, Madrid, Alianza, Madrid, 1990.
- HIERRO, L., «¿Derechos humanos, o necesidades humanas?», *Sistema*, núm. 46, enero, 1982.

- IACUB, R., «Identidad social y variaciones del sí mismo en la vejez, entre los discursos modernos y posmodernos», en MONTES DE OCA, V. (Coord.), *Envejecimiento en América Latina y el Caribe. Enfoques en investigación y docencia de la Red Latinoamericana de Investigación en Envejecimiento*, México, 2013.
- IACUB, R. / CASTRO, I. / PETRANGOLO, M. / TUCHMANN, P., *Prácticas no discriminatorias en relación con adultas y adultos mayores*, Instituto Nacional contra la discriminación, la xenofobia y el racismo, Buenos Aires, 2009.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y CENSOS, *Encuesta Nacional sobre Calidad de Vida de Adultos mayores 2012*, Instituto Nacional de Estadística y Censos – INDEC, Buenos Aires, 2014.
- KRSTICEVIC, V., «La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano», en CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL (comp.), *Construyendo una agenda para la justiciabilidad de los derechos sociales*, CEJIL, San José, 2004.
- KYMLICA, W., *Ciudadanía multicultural*, Paidós, Barcelona, 1995.
- LAIN ENTRALGO, P., *Las generaciones en la historia*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1945.
- LARIGUET, G., «Autonomía de ramas jurídicas y aplicación de normas», *Anuario de filosofía del derecho*, Madrid, BOE – Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, núm. 23, 2006.
- LESSON, G. W., «Demography, politics and policy in Europe», en LUDOW, P. (ed.), *Setting EU Priorities*, The European Strategy Forum, Ponte de Lima, 2009.
- LEESON, G. W., «Prepared or Not, Latin America faces the Challenge of Aging. Current History», *Journal of Contemporary World Affairs*, vol. 110, núm. 733, 2011.
- LERNER, N., *Minorías y grupos en el Derecho Internacional. Derechos y discriminación*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1991.
- LEVY, B. R. / BANAJI, M. R., «Implicit ageism», en TODD, D. N. (Ed.), *Ageism: Stereotyping and prejudice against older persons*, The MIT Press, 2002.
- LYOTARD, J. F., *La condición postmoderna*, trad. ANTOLÍN RATO, M., Rei, Buenos Aires, 1995.
- MANILI, P. L., *El bloque de constitucionalidad*, Astrea, 2.ª ed., Buenos Aires, 2017.
- MANNHEIM, K., «El problema de las generaciones», trad. SÁNCHEZ DE LA YNCERA, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 62, 1993.
- MARIAS, J., *El método histórico de las generaciones*, Revista de Occidente, Madrid, 1945.

- MÉNDEZ JUAN E., «Derechos económicos sociales y culturales dentro del sistema interamericano», en CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL (comp.), *Construyendo una agenda para la justiciabilidad de los derechos sociales*, CEJIL, San José, 2004.
- NIKKEN, P., «Los derechos del niño, de los ancianos y de la mujer: su protección internacional», *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 4, julio-diciembre, 1986.
- NINO, C. S., «Autonomía y necesidades básicas», *Doxa*, núm. 7, 1990.
- NINO, C. S., *Ética y derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 2007.
- NINO, C. S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, 1.^a ed., 4.^a reimp., Buenos Aires, 2013.
- PECES BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales*, con la colaboración de RAFAEL DE ASÍS, CARLOS FERNÁNDEZ LIESA Y ANGEL LLAMAS GASCÓN, BOE-Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1995.
- PECES BARBA MARTÍNEZ, G., *Derecho y Derechos Fundamentales*, CEPC, Madrid, 1993.
- PECES BARBA MARTÍNEZ, G. / FERNANDEZ GARCÍA, E., *Historia de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 1998.
- PECES BARBA MARTÍNEZ, G. «Reflexiones sobre los Derechos Económicos Sociales y Culturales», en PECES BARBA (ED.), *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Eudema Universidad, Madrid, 1988.
- PEREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, Tecnos, 5.^a ed., Madrid, 1995.
- PINTO, M., *Temas de derechos humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.
- POCHTAR, N., / y PSZEMIAROWER, S. N., *Personas adultas mayores y derechos humanos*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Secretaría de Derechos Humanos, Buenos Aires, 2011.
- PONCE, S., *Personas adultas mayores y no discriminación. Mirada desde la psicología*, Instituto Nacional contra la discriminación, la xenofobia y el racismo, Buenos Aires, 2016.
- PRIETO SANCHIS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.
- PRIETO SANCHIS, L., «Igualdad y minorías», *Derechos y Libertades. Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas*, núm. 5, año II, julio-diciembre de 1995.
- PRIETO SANCHIS, L., «Minorías, respeto a la disidencia e igualdad sustancial», *Doxa*, núm. 15-16, 1994.

- ROQUÉ, M., «El camino de la comunidad internacional», en DABOVE, M. I. (dir.), *Derechos humanos de las personas mayores. Acceso a la justicia y protección internacional*, Astrea, Buenos Aires, 2015.
- ROSSETTI, A., «Algunos mitos, realidades y problemas en torno a los derechos sociales», en RIBOTTA, S. y ROSSETTI, A. (Eds.), *Los derechos sociales en el siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2010.
- RUIZ MIGUEL, A., «Derechos liberales y derechos sociales», en *Doxa*, núms. 15-16, 1994.
- SAGÜES, N. P., *Manual de Derecho Constitucional*, Astrea, 2.^a ed., 1.^a reimp., Buenos Aires, 2014.
- SÁNCHEZ DE LA YNCERA, I., «La sociología ante el problema generacional», en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 62, 1993.
- SARTORI, G., *La democracia después del comunismo*, trad. MARÍA LUZ MORÁN, Alianza, Madrid, 1993.
- SARTORI, G., *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Taurus. Madrid, 2001.
- SHELTON, D., «Derechos económicos, sociales y culturales en los sistemas regionales de derechos humanos», en CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL (comp.), *Construyendo una agenda para la justiciabilidad de los derechos sociales*, CEJIL, San José, 2004.
- SWEPSTON, L., «Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: la experiencia del Organización Internacional del Trabajo (OIT)», en CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL (comp.), *Construyendo una agenda para la justiciabilidad de los derechos sociales*, CEJIL, San José, 2004.
- TAYLOR, C., *Multiculturalismo y la política del reconocimiento*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993.
- TEXIER, P., «Exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema universal», en CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL (comp.), *Construyendo una agenda para la justiciabilidad de los derechos sociales*, CEJIL, San José, 2004.
- TRAVIESO, J. A., *Derechos humanos y derecho internacional*, Heliasta, 2.^a ed., Buenos Aires, 1996.
- DE YTURBE, C., *Multiculturalismo y derechos*, Instituto Federal Electoral, México, D.F., 2008.
- AAVV, «Future Ageing in Southeast Asia: demographic trends, human capital and health status», en NURVIDYA Y ANANTA (eds.), *Older Persons in Southeast Asia*, Institute of Southeast Asian Studies (ISEAS), Singapur, 2009.

CAPÍTULO 3

DISCRIMINACIÓN Y ESTIGMATIZACIÓN

Miguel Ángel Boldova Pasamar

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Zaragoza

I. DISCRIMINACIÓN Y ESTIGMATIZACIÓN DE LAS PERSONAS MAYORES

Frente a la retórica tradicional que mitifica la ancianidad (el viejo como ser valioso en la medida en que era depositario de las reglas del grupo y de las técnicas de la supervivencia)⁽¹⁾, decía NORBERTO BOBBIO (*De Senectute*, 1997) que «ser viejo no es bello» y que los ancianos de hoy viven una «vejez ofendida, abandonada, marginada por una sociedad mucho más preocupada por la innovación y el consumo que por la memoria»⁽²⁾. Y no anda desencaminado BOBBIO, pues la vejez constituye la edad del retiro y del desarraigo social simbolizado en nuestros días en último término en su aislamiento o confinamiento en asilos y residencias⁽³⁾, cuando no en refugios, albergues, hospicios o en la misma calle.

En realidad, las personas mayores han sufrido históricamente y en todas las culturas diversos prejuicios y estereotipos⁽⁴⁾, que se han incrementado en los últimos tiempos por diversos factores, como la prolongación de la esperanza de vida, las tendencias demográficas mundiales y los ingentes recursos econó-

-
- (1) Es obligada la cita del libro de MARCO TULLIO CICERÓN: *Cato maior de senectute liber*, título real del libro conocido como *De Senectute*, en el que se contiene una auténtica exaltación de la vejez o, cuanto menos, «un tratado de “gerogogía”, como debería llamarse al arte de aprender a envejecer» (LOLAS STEPKE, en reseña contenida en la traducción de la obra de CICERÓN: *Acerca de la vejez*, Ed. Tricastela, Madrid, 2001), con una refutación ordenada de los cuatro motivos por los que la vejez puede parecer miserable (inactividad, pérdida de fuerza física, pérdida de los placeres y proximidad a la muerte).
 - (2) Citas tomadas de El País, «Bobbio se autorretrata en “la vejez ofendida”»: https://elpais.com/diario/1997/06/11/cultura/865980001_850215.html
 - (3) Vid. DE HARO HONRUBIA, A., «El estigma de la vejez. Una etnografía en residencias para mayores», *Intersecciones en Antropología*, vol. 15, núm. 2, 2014, pág. 446.
 - (4) Las actitudes negativas hacia la edad y el envejecimiento han estado, y siguen estando, profundamente arraigadas en la historia de la humanidad. Los hombres y mujeres que ya no podían contribuir a la supervivencia de la comunidad en las culturas neolíticas eran descartados, y a menudo abandonados a su suerte. En sentido opuesto a CICERÓN, otros filósofos y escritores romanos identificaban la vejez con la enfermedad: «*Senectus morbidus est*» (SÉNECA) o «*Ipsa senectus morbus est*» (TERENCIO). Al asociar la vida tardía con la enfermedad y la muerte, las generaciones de edades inferiores han justificado a lo largo de la historia la inutilidad de otorgar a los ancianos atención, cuidados y oportunidades. Vid. al respecto MINOIS, G., *Historia de la vejez. De la Antigüedad al Renacimiento*, trad. Celia María Sánchez, Nerea, Madrid, 1987, págs. 395 y ss.

micos que se precisan para su existencia y mantenimiento. Si bien desde una óptica individual las personas mayores pueden ser visualizadas positivamente, desde la perspectiva colectiva se tiende a cambiar la óptica sobre las personas mayores y se efectúa un análisis *negativo* de las mismas como consumidoras de prestaciones y servicios sociales⁽⁵⁾, lo que constituye caldo de cultivo para los *estereotipos* y los *prejuicios*. Entre los primeros, p. ej., el hecho de considerar sinónimos: viejo y jubilado, viejo y discapacitado o dependiente y, en la mayor parte de los casos, viejo y pobre⁽⁶⁾. Entre los segundos, p. ej., el mayor es más lento, es desmemoriado, es aburrido, no sirve, no se adapta, hay que tomar decisiones por él (incapacitaciones de facto o jurídicas), etc. Alguno de los prejuicios y estereotipos que conciernen a las personas mayores generan en la vida social esferas de discriminación o trato desigual a través de prácticas y actitudes, muchas veces sutiles e insidiosas, que conducen a su estigmatización como colectivo, esto es, a desposeerlos de valores y a estimarlos inferiores en su conjunto, pero que a título individual suelen producir, además, un impacto negativo, al menos psicológico para la autoestima de las personas que forman parte de dicho grupo de edad⁽⁷⁾.

La estereotipificación y la discriminación contra personas y colectivos de mayores⁽⁸⁾ se conoce como edadismo (*ageism*, en inglés)⁽⁹⁾. Pero puesto que este término se puede extender también a niños y jóvenes, es más específico hablar en nuestro caso de gerontofobia. Gerontofobia sería entonces un estereotipo sistemático y una discriminación contra las personas a causa de que son mayores, pero también miedo a los mayores (incluso miedo a envejecer, que más propiamente se denomina gerascofobia). No obstante, dentro del conjunto de personas mayores existen grupos diversos y heterogéneos también por lo que respecta al grado o intensidad de la discriminación. Uno, el más representativo o genuino de la vejez, vendría dado por la edad avanzada (por encima de 80 años), otros por el género, la discapacidad, la dependencia, el origen, la raza,

(5) AAVV, *La participación social de las personas mayores*, Colección Estudios Serie Personas Mayores, núm. 11005, IMSERSO, 2008, pág. 21.

(6) Según SIMONE DE BEAUVOIR, *La vejez*, trad. Aurora Bernárdez, Edhasa, Barcelona, 1983, pág. 13, «la sociedad impone a la inmensa mayoría de los ancianos un nivel de vida tan miserable que la expresión “viejo y pobre” constituye casi un pleonismo; a la inversa, la mayoría de los indigentes son viejos».

(7) MARTÍN BRAVO, C., «Claves psicosociales del envejecimiento saludable», *Revista Pedagógica*, núm. 20 (2006-2007), pág. 171.

(8) La edad a partir de la cual se considera mayor a una persona, a diferencia de la mayoría de edad, no viene establecida jurídicamente de modo cerrado, sino que es oscilante. Según las legislaciones se sitúa a partir de los sesenta o sesenta y cinco años. *Vid. infra*.

(9) Este término fue acuñado en 1969 por Robert N. BUTLER, médico psiquiatra en su publicación: «Ageism: another form of bigotry», en *The Gerontologist*. vol. 9, 1969, págs. 243-246, observando un paralelismo entre el edadismo y el sexismo o el racismo.

etc. Cuando se combinan dos o más factores de discriminación se habla de discriminación múltiple o interseccional.

La discriminación por motivos de edad o gerontofobia como concepto, al igual que la vejez, es construida socialmente, es decir, obedece a una construcción ideológica sobre la vejez (como pacto no escrito, pero generalizado e invisible, para ir apartando a las personas mayores de todo) que supone una vulneración de los DD. HH.⁽¹⁰⁾. Estamos entonces ante una discriminación sistemática o estructural⁽¹¹⁾ y, por ello, las acciones para combatirla necesitarán también de una deconstrucción social e ideológica mediante una modificación de normas, comportamientos y actitudes ante las personas mayores en todas las esferas de la vida y en todas las capas de la población.

La discriminación o estigmatización comienza en el *plano terminológico* por la manera en que se designa jurídica y socialmente al grupo de personas que alcanzan una determinada edad de existencia: «tercera edad» (así, nuestra propia CE, que en este extremo ha quedado desfasada)⁽¹²⁾, «persona de edad avanzada», «anciano», «proyecto» o «viejo» son términos y expresiones que perduran, pero actualmente pueden presentar connotaciones negativas. Claramente las tienen otros calificativos utilizados en el lenguaje corriente, que en muchos casos resultan despectivos, denigrantes u ofensivos, justamente porque responden a estereotipos negativos⁽¹³⁾. Por ello en el ámbito estrictamente jurídico se han ido sustituyendo paulatinamente aquellos términos y expresiones por otras más neutras como la de «*personas mayores*» o, simplemente, «*mayores*».

(10) Vid. MARTÍN GARCÍA, M., *Envejecimiento y derechos humanos: otras perspectivas necesarias*, tesis doctoral, UNED, 2017, págs. 102 y ss. En este sentido, BARRANCO AVILÉS/VICENTE ECHEVARRÍA, *La discriminación por razón de edad en España. Conclusiones y recomendaciones para el contexto español desde un enfoque basado en derechos*, HelpAge International España, 2020, pág. 29, estiman que el actual sistema universal de protección de los derechos obliga a los Estados a que doten a los derechos de las personas mayores de las mismas garantías que corresponden a los DD. HH.

(11) BARRANCO AVILÉS/VICENTE ECHEVARRÍA, *La discriminación por razón de edad en España*, op. cit., pág. 14, ponen de manifiesto que en estos casos existe una desventaja social que se justifica en una ideología o grupo de ideologías que la representan como inevitable en la medida en que la relacionan con una condición, que se define como natural o inalterable, de las personas desaventajadas. Añaden que la discriminación estructural afecta a la concepción que el grupo social y las personas tienen de sí mismas y condiciona su posibilidad de tomar decisiones.

(12) Se ha hablado incluso de una «cuarta edad» para los mayores de ochenta años; vid. Resolución del Parlamento Europeo sobre la Segunda Asamblea Mundial de las Naciones Unidas sobre el Envejecimiento, P5_TA(2002)0184; también SÁNCHEZ VERA, P., «Tercera y cuarta edad desde la perspectiva de los hogares», *Revista Española de investigaciones sociológicas*, núm. 75, 1996, págs. 57-79.

(13) P. ej., añoso, vejete, vejestorio, jubilata, clueco, chocho, carcamal, caduco, decrépito, senil, carroza, carraca, momia, fósil, etc.

La discriminación se manifiesta de diversas formas y entre sus *clasificaciones* destacan como principales las siguientes: directa⁽¹⁴⁾, indirecta⁽¹⁵⁾, por asociación⁽¹⁶⁾, múltiple⁽¹⁷⁾, acoso discriminatorio⁽¹⁸⁾ y orden de discriminar⁽¹⁹⁾. Por otro lado, la marginación y las actitudes discriminatorias hacia las personas de mayor edad pueden presentarse de manera individual (y entonces hablamos de discriminación por edad) o desde la perspectiva de grupo (discriminación por pertenecer al colectivo de personas mayores), y en ambos casos se traducen en una negación o restricción de oportunidades, cuando no de derechos fundamentales. Finalmente, como dice LUNA MALDONADO, hay que hablar de exclusión social como la consecuencia negativa de la suma de las limitaciones propias del anciano (lo que depende de cada persona y de sus posibilidades de respuesta a las modificaciones del medio) más las respuestas negativas y las dificultades procedentes del medio social⁽²⁰⁾.

Entre los principales ámbitos de manifestación de la discriminación contras las personas mayores destacamos los siguientes:

-
- (14) Siguiendo la definición genérica de la Directiva 2000/43/CE (para la discriminación racial o étnica), cuando, por motivos de edad, una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable. *Vid.* también la definición menos amplia contenida en el art. 28.1.b) de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre: «cuando una persona sea tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por razón de (...) edad».
 - (15) Siguiendo la definición genérica de la Directiva 2000/43/CE (para la discriminación racial o étnica), cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutrales produce una específica desventaja a las personas según su edad en comparación con otras, salvo que la disposición, criterio o práctica pueda justificarse por una finalidad legítima y los medios para conseguirla sean apropiados y necesarios. *Vid.* también una definición similar en el art. 28.1.c) de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre.
 - (16) Aquella que se produce contra una persona por su relación con otra de especiales características (en nuestro caso persona mayor).
 - (17) Cuando dos o más factores de discriminación concurren al mismo tiempo; *vid.* al respecto GIMÉNEZ GLUCK, D., «La discriminación múltiple en el Derecho de la Unión», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 45, 2013, págs. 113 y ss.
 - (18) Siguiendo la definición genérica de la Directiva 2000/43/CE (para la discriminación racial o étnica), cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con la edad que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. *Vid.* también una definición parecida en el art. 28.1.d) de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre.
 - (19) Otras variantes de la discriminación pueden verse en HERRANZ GONZÁLEZ, R., *La discriminación de las personas mayores: régimen jurídico y realidad social*, tesis doctoral, Madrid, 2015, págs. 418 y ss.
 - (20) LUNA MALDONADO, A., «Anciano y marginación social», *Revista Aragonesa de Medicina Legal*, Monográfico Medicina Legal y Geriatria, núm. 3, 2001, pág. 143.

1.1. Discriminación en el ámbito de la política

Se trata del derecho a participar en los asuntos públicos no solo ejerciendo el derecho al voto (sufragio activo; es uno de los colectivos que presenta mayor porcentaje de participación electoral), sino también integrando las listas electorales (sufragio pasivo; los puestos de representación no se corresponden con su peso electoral)⁽²¹⁾. Aunque es cierto que en la historia de la humanidad los gobiernos de los Estados han estado formados tradicionalmente por personas mayores de edad (gerontocracia), en la actualidad la presencia de personas mayores en el cuadro de representantes políticos a todos los niveles (estatales, autonómicos y locales) o en los principales ámbitos de mando y de poder (ejecutivo, legislativo y judicial) es, de modo inversamente proporcional a su crecimiento, cada vez menor⁽²²⁾. También es inferior el porcentaje de personas mayores que participan en acciones políticas (huelgas, manifestaciones, etc.) o que militan en partidos políticos. Existe pues un déficit de participación de las personas mayores en la vida política que se presenta como una discriminación indirecta.

1.2. Discriminación en el ámbito sanitario

Aquí se incluye la atención familiar y la asistencia médica. Por un lado, el modelo de familia española ha cambiado con el paso de los años y se ha europeizado: la familia nuclear dejó de ser casi universal⁽²³⁾, lo que implica también mayor disgregación o menor cohesión y un número inferior de miembros. Cada vez hay más personas mayores en residencias y asilos, lejos de sus familias más directas (cuando las tienen). Por otra parte, los mayores son el colectivo que más gasto sanitario genera, y ello es motivo de gerontofobia sanitaria, que parte de estereotipos como que la enfermedad es consustancial a la vejez, o que las personas mayores ya han cumplido con su misión en la vida⁽²⁴⁾. A ello ha contribuido notablemente la tendencia de nuestras sociedades hacia el envejecimiento poblacional (envejecimiento como proceso, que el progreso y la Medicina han

(21) Según CUGAT I LESEURS, M., «La discriminación política del mayor», *Discriminación por edad*, VII Congreso Nacional de Asociación de Mayores, Ed. Mapfre, 2006, pág. 64, el número de personas mayores de 64 años en puestos de representación en las listas electorales es ínfima, cifrando su representación política en parlamentos y ayuntamientos en torno al 3%.

(22) En este sentido: AAVV, *La participación social de las personas mayores*, op.cit., págs. 45 y ss.; MARTÍN GARCÍA, M., *Envejecimiento y derechos humanos: otras perspectivas necesarias*, op. cit., págs. 114 y ss.

(23) DEL CAMPO/RODRÍGUEZ-BRIOSO, «La gran transformación de la familia española durante la segunda mitad del siglo XX», *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 100, 2002, pág. 103.

(24) OSO CANTERO, A., «Discriminación sanitaria del mayor», *Discriminación por edad*, VII Congreso Nacional de Asociación de Mayores, Ed. Mapfre, 2006, pág. 75.

prolongado de manera significativa, frente a la vejez como estatus). También se detecta paternalismo médico⁽²⁵⁾, insuficiencia de formación especializada de los profesionales sanitarios (apenas existen cátedras y estudios universitarios en Geriátría y Gerontología)⁽²⁶⁾, infradotación de medios y de personal geriátrico, denegación de tratamientos especializados o incluso convencionales⁽²⁷⁾, tendencia a la exclusión de las personas mayores en ensayos clínicos⁽²⁸⁾, etc.

El libro de DANIEL CALLAHAN, *Setting Limits: Medical Goals in an Aging Society*, Georgetown University Press, Washington, 1987 (traducido al español con el título *Poner límites: los fines de la medicina en una sociedad que envejece*, Triacastela, Madrid, 2004), puso sobre la mesa esta cuestión. Esta obra, escrita en un contexto en el que los mayores recibían una mayor ayuda estatal que los jóvenes en los EE. UU., parte de la observación de que los costos asociados a la vejez y el envejecimiento crecen de forma desmesurada en casi todas las sociedades, especialmente en las desarrolladas tecnológicamente. Ante una sociedad con una mayor esperanza de vida y un incremento del envejecimiento y una Medicina cada vez más cara, con más posibilidades y más tecnologizada, el progreso tecnológico en Biomedicina puede alargar la vida indefinidamente con una carga insostenible para los sistemas de salud. Por eso CALLAHAN considera que hay que establecer limitaciones a la atención de los mayores en favor de un criterio de justicia para todos (intergeneracional). Tanto la asistencia como la investigación médica han de dirigirse preferentemente a evitar muertes prematuras y, en el caso de los ancianos, a aumentar su calidad de vida, pero no a alargarla a toda costa. De este modo sugiere que determinadas prestaciones deberían limitarse a partir de una determinada frontera biológica (80 años), fijada como «duración de vida plena» o «duración natural de la vida». A partir de ahí, la muerte es aceptable o tolerable. CALLAHAN afirma que todos debemos tener la posibilidad de llegar a ser ancianos, pero no debemos prolongar artificialmente la vida. Por eso, es aceptable una limitación de los medios terapéuticos desproporcionados⁽²⁹⁾. De acuerdo con estos criterios, las obligaciones de la sociedad

(25) LUNA MALDONADO, A., «Anciano y marginación social», *op. cit.*, pág. 152.

(26) MARTÍN GARCÍA, M., *Envejecimiento y derechos humanos: otras perspectivas necesarias*, *op. cit.*, pág. 114 y OSO CANTERO, A., «Discriminación sanitaria del mayor», *op. cit.*, págs. 78 y s.

(27) CASTELLANO ARROYO/VILLANUEVA CAÑADAS, «Aspectos médico-legales de la vejez», *Revista Aragonesa de Medicina Legal*, Monográfico Medicina Legal y Geriátría, núm. 3, 2001, pág. 32.

(28) En este sentido: THAKE/LOWRY, «A systematic review of trends in the selective exclusion of older participant from randomised clinical trials», *Archives of Gerontology and Geriatrics*, núm. 72, 2017, págs. 99 y ss.; VERDÚ PASCUAL/CASTELLÓ PONCE, «Los ancianos en los ensayos médicos: olvidados, utilizados, ¿tratados mal?», *Revista Aragonesa de Medicina Legal*, Monográfico Medicina Legal y Geriátría, núm. 3, 2001, págs. 171 y ss.

(29) Las citas anteriores han sido extraídas de DE LA TORRE, «Daniel Callaghan. In memoriam», *Revista Iberoamericana de Bioética*, núm. 11 / 01-13, 2019, pág. 10.

hacia los que han cumplido su ciclo natural no son las mismas que hacia los que no han llegado todavía a ello. La primera tarea sanitaria de una sociedad —según CALLAHAN— es que los jóvenes y los maduros tengan la posibilidad de llegar a viejos, por encima de ayudar a los viejos para que lo sean más⁽³⁰⁾.

Todas estas reflexiones fueron muy polémicas porque suponen establecer límites claros a la atención de los ancianos. Estos límites se han evidenciado durante la crisis sanitaria mundial derivada de la pandemia originada por COVID-19, que ha generado una situación de medicina de guerra o catástrofe por la que, ante situaciones de escasez de medios, se prioriza a los jóvenes frente a los ancianos, aunque no como único criterio (muchas personas mayores, en particular ancianos, fallecieron en residencias sin ser atendidos). Lo cierto es que la edad (años de expectativa de vida, generalmente ajustados a la calidad, pero particularmente si es inferior a dos años) es uno de los criterios que se tienen en cuenta, junto a otros (entre ellos el valor social), para determinar el ingreso en UCI⁽³¹⁾.

Sin embargo, y como se señala en la conclusión 10.^a del *Informe del Ministerio de Sanidad sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia: El SARS-CoV-2*, «debe subrayarse la absoluta proscripción de empleo de criterios fundados en la discriminación por cualquier motivo con la finalidad de priorizar pacientes» en contextos de pandemia. «Excluir a pacientes del acceso a determinados recursos asistenciales o a determinados tratamientos, p. ej., por razón únicamente de una edad avanzada, resulta contrario, por discriminatorio, a los fundamentos mismos de nuestro Estado de Derecho (art. 14 de la CE). En este sentido, los pacientes de mayor edad en caso de escasez extrema de recursos asistenciales deberán ser tratados en las mismas condiciones que el resto de la población, es decir, atendiendo a criterios clínicos de cada caso en particular. Aceptar tal discriminación comportaría una minusvaloración de determinadas vidas humanas por la etapa vital en la que se encuentran esas personas, lo que contradice los fundamentos de nuestro Estado de Derecho, en particular el re-

(30) Tal y como destaca OSO CANTERO, A., «Discriminación sanitaria del mayor», *op. cit.*, pág. 76.

(31) *Vid.* el documento *Recomendaciones éticas para la toma de decisiones en situación excepcional de crisis por pandemia COVID-19 en las unidades de cuidados intensivos*, de la Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias (Semicyuc), establecido con relación a un desequilibrio entre las necesidades clínicas y la disponibilidad efectiva de los recursos sanitarios, aplicando lo que denomina una «justicia distributiva» y la «maximización del beneficio global». En las recomendaciones específicas a tener en cuenta en la toma de decisiones para la asignación de recursos limitados se menciona expresamente a pacientes entre 70 y 80 años que, sin patologías previas y afectados por insuficiencia respiratoria aguda, son susceptibles de tratamiento con ventilación mecánica invasiva, y a pacientes mayores de 80 años y con comorbilidades, para los que la ventilación mecánica invasiva no es la regla general sino la excepción.

conocimiento de la igual dignidad intrínseca de todo ser humano por el hecho de serlo»⁽³²⁾.

1.3. Discriminación en el ámbito laboral

En general las personas, cuanto mayor edad alcanzan dentro de la vida laboral, se encuentran en situación de desventaja tanto para el mantenimiento del puesto de trabajo como para el acceso al mismo (prejubilaciones forzadas, limitación a solicitantes mayores de cierta edad, etc.). Para contrarrestarlo, además del control jurisdiccional que se realiza de las regulaciones y actuaciones que suponen discriminación por razón de la edad al margen de criterios de razonabilidad, se requieren acciones positivas de las Administraciones que favorezcan la inserción laboral del colectivo de personas mayores de entre 50 y 55 años. Sin embargo, éste sigue siendo el colectivo más destacado de parados de larga duración. Para esas edades y superiores la extraordinaria dificultad para una inserción laboral solo se compensa con subsidios que precisan reunir determinados requisitos.

Una segunda cuestión es la imposibilidad o las restricciones a la vida laboral de personas que han superado la edad de jubilación. Muchas veces las pensiones resultan insuficientes para una vida digna y hay que admitir la oportunidad de desarrollar un trabajo remunerado a la persona mayor que reúna las condiciones para el concreto desempeño laboral.

El momento mismo de la jubilación implica un cambio sustantivo a todos los niveles, que pueden ser contemplados tanto desde un punto de vista positivo (tiempo libre) como negativo (pasividad, marginación, soledad, aislamiento). Predomina en general este segundo aspecto en la mayor parte de la población (excluidas las clases altas de la sociedad), por las implicaciones negativas económicas, psicológicas, sociales y de todo orden que el cambio de estatus comporta como persona «inactiva» o clase «pasiva» de la sociedad (terminología que se emplea también en el ámbito jurídico).

(32) Vid. también el documento elaborado por expertos de ocho sociedades médicas alemanas, publicado por DIVI (*Deutschen Interdisziplinären Vereinigung für Intensiv-und Notfallmedizin*) y denominado *Entscheidungen über die Zuteilung intensivmedizinischer Ressourcen im Kontext der COVID-19-Pandemie* (Decisiones sobre la asignación de recursos médicos de cuidados intensivos en el contexto de la pandemia de COVID-19), en cuya segunda versión (17-04-2020), se indica respecto a la toma de decisiones en caso escasez de recursos, por un lado, que la priorización de los pacientes debe basarse en el criterio de la perspectiva clínica de éxito, y, por otra parte, que debido al mandato de igualdad la edad cronológica, los aspectos sociales, las enfermedades subyacentes y las discapacidades no son criterios legítimos para las decisiones de triaje; disponible en internet (visto el 18-05-2020): <https://www.divi.de/empfehlungen/publikationen/covid-19>

1.4. Discriminación en el ámbito económico

Muy ligado al ámbito laboral se encuentra la discriminación de las personas mayores desde un punto de vista económico. En particular, el acceso o el mantenimiento de la vivienda pueden quedar afectados con la condición de persona mayor, pues la merma de recursos económicos que se produce tras la jubilación dificulta o impide el mantenimiento del nivel de vida e impone a las personas mayores realizar un mayor sacrificio desde el punto de vista económico para asegurarse —como coloquialmente se dice— llegar a fin de mes. El mayor gasto sanitario corre en parte de su cuenta y contribuye a que las personas mayores sean un colectivo económicamente dependiente (principalmente del Estado)⁽³³⁾ y vulnerable (no está garantizado que las pensiones se actualicen siempre ni con el IPC ni de acuerdo con la carestía real de la vida). El hecho de que en España la posición económica de los mayores haya mejorado relativamente en los años de crisis económica y que el riesgo de pobreza sea inferior a la del resto de la población (con carácter general, los mayores tienen unos ingresos próximos al umbral de pobreza), se ha debido principalmente a que los demás han empeorado⁽³⁴⁾. Y de hecho durante estos últimos años muchas familias desempleadas o sin recursos han buscado como refugio y solución las pensiones de sus mayores. Pero se atisban tiempos oscuros para las personas mayores con la nueva crisis económica, al empezar a invocarse desde las instituciones europeas la solidaridad intergeneracional en favor de las generaciones más jóvenes⁽³⁵⁾, lo que a medio y largo plazo afectará a las pensiones.

1.5. Discriminación en el ámbito social, educativo y cultural

Una de las primeras manifestaciones de la gerontofobia es el desdén absoluto y aversión, la simple evitación de contacto y las prácticas discriminatorias de todo tipo evidenciadas de forma individual o colectiva. Como expresión extrema de la gerontofobia se sitúa la violencia y el abuso contra las personas mayores⁽³⁶⁾. Pero

(33) Sin añadir aquí el problema de la dependencia y las dificultades para que todas las personas mayores dependientes tengan la garantía de recibir a tiempo el derecho a las prestaciones económicas o de otra clase establecidas por la Ley de dependencia (Ley 39/2006, de 14 de diciembre).

(34) AAVV, «Un perfil de las personas mayores en España 2019. Indicadores estadísticos básicos», *Informes envejecimiento en red*, núm. 22, Madrid, pág. 28 (<http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/enred-indicadoresbasicos2019.pdf>).

(35) Vid. la noticia publicada en El Confidencial y titulada: «Bruselas avisa del gasto en pensiones y pide solidaridad de los jubilados con los jóvenes»; https://www.elconfidencial.com/economia/2020-05-21/bruselas-gasto-pensiones-solidaridad-jubilados-jovenes_2603767/

(36) Vid. al respecto MORILLAS FERNÁNDEZ, D., «Malos tratos a personas mayores: otra forma de violencia», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 2, 2000; PANIZA PRADOS/ORTIGOSA PEROCHENA, «El maltrato a las personas mayores desde el paradigma de la violencia», *Barataria: revista castellano-manchega de ciencias sociales*, núm. 20, 2015, págs.

hay situaciones intermedias: socialmente la imagen de la persona mayor también es soslayada (se potencia la juventud) o se la presenta de manera estereotipada. Según, BELANDO MONTORO las teorías sociológicas que han intentado explicar la vejez han trascendido su cometido, al haber sido adoptadas por los medios de comunicación como modelos de comportamiento de las personas mayores⁽³⁷⁾. Por otro lado, la imagen que se cultiva es la que trata de ocultar el paso de los años, pero ello no provoca una modificación de la imagen negativa de la vejez, sino solo su enmascaramiento y refuerza la negatividad que comporta.

La actividad cultural y las iniciativas educativas para personas mayores o para fomentar su participación tampoco abundan, condenando al viejo, si es pobre e iletrado, al «alzheimer social»⁽³⁸⁾.

Desde el punto de vista de la ergonomía los elementos constructivos y los entornos de las ciudades y de los edificios no siempre cumplen con los criterios de accesibilidad universal y diseño para todos. Los cambios en la visión, audición, control motor y capacidades cognitivas afectan a la capacidad de los ancianos para interactuar con lo que les rodea, tanto objetos como entorno⁽³⁹⁾.

Todas estas y otras discriminaciones por razón de la edad o por la pertenencia al grupo de personas mayores se traducen en una falta de respeto y, en ocasiones, en la vulneración de la dignidad de la persona mayor por menoscabarse sus derechos y libertades fundamentales.

II. LA RESPUESTA DEL DERECHO ANTE LA DISCRIMINACIÓN Y ESTIGMATIZACIÓN DE LAS PERSONAS MAYORES

2.1. Normas y declaraciones internacionales emanadas de NN. UU. o de sus organismos y organizaciones

La preocupación por la discriminación y estigmatización de las personas mayores se ido traduciendo normativamente a medida que las sociedades han to-

171 y ss.; COLOMAR PUEYO, *Abuso y maltrato al anciano: análisis y revisión de las sentencias judiciales en España*, tesis doctoral, Barcelona, 2018, págs. 23 y ss.

(37) BELANDO MONTORO, M. R., «Modelos sociológicos de la vejez y su repercusión en los medios», en *Comunicación e persoas maiores*, Actas do Foro Internacional, Bárbara Kristensen y otros (eds.), Colexio Profesional de Xornalistas de Galicia, 2007, págs. 78 y ss.

(38) Expresión atribuida a Fernando Savater al comentar el libro de Bobbio, *De Senectute*, en El País, «Bobbio se autorretrata en "la vejez ofendida"»: https://elpais.com/diario/1997/06/11/cultura/865980001_850215.html.

(39) Vid. en detalle LILLO/MOREIRA, «Envejecimiento y diseño universal», *Anuario de Psicología*, vol. 54, núm. 4, 2004, págs. 493 y ss. Por su parte, MARTÍN GARCÍA, M., *Envejecimiento y derechos humanos: otras perspectivas necesarias*, op. cit., pág. 108, lo pone como ejemplo de edadismo institucional (servicios, normas y prácticas que discriminan a las personas y/o a los grupos por su vejez).

mado conciencia del problema, al igual que previamente se habían identificado otros colectivos objeto de marginación o relegación social (como grupos étnicos, mujeres, menores, extranjeros, etc.). Aunque hay mucho camino recorrido normativamente, falta todavía, sin embargo, una convención propia y particular de NN. UU. sobre la discriminación de las personas mayores de edad.

A) *Declaración Universal de los Derechos Humanos (Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1948)*

Con un valor inicialmente simbólico y declarativo, de esta norma fundamental del Derecho Internacional destacan respecto de la igualdad y la no discriminación los arts. 1 («*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos*»), 2 («*Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición*», entre la que se encuentra la edad) y 7 («*Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación*»). A estas referencias genéricas sobre igualdad y no discriminación aplicables a todas las personas y colectivos, entre ellos a los mayores y ancianos, se suman otras alusiones especialmente relevantes para el conjunto de personas de mayor edad, tales como las que se plasman en los arts. 22 y 25.1. El primero relativo al derecho a la *seguridad social*, y a obtener de cada Estado la satisfacción de los *derechos económicos, sociales y culturales*, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad. El segundo concerniente al derecho de toda persona a un *nivel de vida adecuado* que le asegure, a él y 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, entre los que se incluye el *derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez* u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia.

B) *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966]*

Ambos textos refuerzan alguno de los mandatos de la Declaración universal. En concreto, el primero señala en su art. 2.2 que los Estados Partes se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, *sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*. El art. 26 del segundo destaca que la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas *pro-*

tección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. En ninguna de las causas o motivos de la discriminación se menciona expresamente la edad, probablemente porque para entonces aún no se había tomado conciencia ni se habían recrudecido las conductas y comportamientos discriminatorios hacia las personas de mayor edad, pero sin duda desempeñaron un punto esencial de partida para el reconocimiento explícito posterior⁽⁴⁰⁾.

Ulteriormente, y ante la nueva realidad demográfica, varias han sido las acciones y documentos internacionales con origen en las Naciones Unidas sobre las personas mayores y la discriminación contra ellas.

C) *I Asamblea mundial sobre el envejecimiento, Viena 1982*

La I Asamblea Mundial, cuya finalidad era iniciar un programa internacional de acción para garantizar la seguridad socioeconómica de las personas mayores mediante la aprobación de determinadas medidas. Se instaba a las sociedades a que reaccionaran ante las consecuencias socioeconómicas del envejecimiento de las poblaciones y ante las necesidades especiales de las personas de edad. Esta asamblea propició el «*Plan de acción internacional de Viena sobre el envejecimiento*», que hizo suyo la Resolución 37/51 (1982). Entre sus principios figura que «*un importante objetivo del desarrollo social y económico es el logro de una sociedad integrada desde el punto de vista de la edad, en la que se haya eliminado la discriminación y la segregación por motivos de edad y se aliente la solidaridad y el apoyo mutuo entre las generaciones*» (25.h). También en el ámbito de las recomendaciones destacan tanto la necesidad de eliminar todo tipo de discriminación en el mercado de trabajo, poniendo el acento en los estereotipos negativos sobre los trabajadores de edad, quienes deben gozar del derecho de acceso a los programas y servicios de orientación, capacitación y colocación (R 37), como que la educación debe proporcionarse sin discriminación contra las personas de edad, reflejando el derecho de los senescentes a la educación, mediante la asignación apropiada de recursos y con programas de enseñanza convenientes (R 45).

(40) HERRANZ GONZÁLEZ, R., *La discriminación de las personas mayores: régimen jurídico y realidad social*, op. cit., págs. 171 y ss. Frente a la interpretación extensiva de la cláusula «cualquier otra condición», entre la que se encuentra la edad, en opinión de GARCÍA-MAESTRO GARCÍA, M.J., *El régimen jurídico de la intervención administrativa a favor de la tercera edad. Especial referencia al servicio de ayuda a domicilio*, tesis doctoral, Salamanca, 2013, pág. 127, en estos instrumentos para que la vejez sea objeto de los mismos, tiene que acompañar a otra causa de vulnerabilidad.

D) *Resoluciones de NN. UU. sobre Ejecución del Plan de Acción Internacional sobre el envejecimiento y actividades conexas. Principios de las NN. UU. a favor de las personas de edad*

La Asamblea General, en su Resolución 43/93 (1988) había recomendado que el envejecimiento fuera considerado tema prioritario en el período 1992-1997. Posteriormente, la Resolución 45/106 (1990) había hecho suyo el programa de acción sobre envejecimiento para 1992, al objeto de celebrar el décimo aniversario de la aprobación de dicho Plan, y estimaba la necesidad de que existieran una base y un marco de referencia comunes para la protección y promoción de los derechos de las personas de edad, incluida la contribución que éstas podían y debían aportar a la sociedad.

Aunque con carácter programático, la Resolución 46/91 (1991) adoptó los «Principios de las Naciones Unidas para las Personas de Edad», mediante el cual se alentaba a los Gobiernos a introducir una serie de principios en sus programas nacionales: independencia, participación, cuidados, autorrealización y dignidad⁽⁴¹⁾. Al año siguiente, la Conferencia Internacional sobre el Envejecimiento se reunió para dar seguimiento al Plan de Acción, adoptando una «Proclamación sobre el Envejecimiento»⁽⁴²⁾. En contra de los prejuicios y estereotipos negativos de la vejez en la misma sobresale la referencia a que «se considere que las personas de edad contribuyen a sus sociedades y no son una carga para ellas».

E) *II Asamblea mundial sobre el envejecimiento, Madrid 2002*

En la II AME, celebrada en Madrid, el envejecimiento poblacional había dejado de afectar únicamente a los países de economías más prósperas y se había

(41) La «independencia» incluye, entre otras, necesidades básicas de toda persona mediante la provisión de ingresos, la oportunidad de trabajar o de generar otros ingresos, así como el acceso a la educación y a la formación. Por «participación» entiende que las personas mayores puedan participar en la formulación y aplicación de las políticas que les afecten, compartir sus conocimientos con las generaciones más jóvenes, así como fundar movimientos o asociaciones. «Cuidados» alude a la protección de la familia, el acceso a servicios de salud, sociales y jurídicos, la atención institucional que proporcione protección, rehabilitación y estímulo social y mental, así como a disfrutar de todos los DD. HH. y las libertades fundamentales cuando residan en hogares o instituciones. La «autorrealización» se refiere al desarrollo pleno del potencial de las personas de edad mediante el acceso a los recursos educativos, culturales, espirituales y recreativos de la sociedad. Por último, y sobre «dignidad» se indica que las personas de edad deberán poder vivir con dignidad y seguridad y verse libres de explotación y malos tratos. Una referencia indirecta a la no discriminación se contiene a continuación, al añadirse como aspecto propio de la dignidad de las personas de edad el que deban recibir un trato digno, con independencia de la edad, sexo, raza, procedencia étnica, discapacidad u otras condiciones, y ser valoradas independientemente de su contribución económica.

(42) https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/47/5&Lang=S.

extendido a nivel mundial. Los países asistentes firmaron una declaración política proclamando la dignidad de las personas mayores, y manifestaron el firme compromiso de eliminar cualquier tipo de discriminación por motivos de edad (art. 5 de la Declaración)⁽⁴³⁾.

Con este propósito, se aprobó un proyecto conjunto denominado «*Plan de acción internacional de Madrid sobre el envejecimiento*». En él se recoge, entre otras cosas, la necesidad de garantizar 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 [12.e)]. También se resalta que «*la lucha contra la discriminación por motivos de edad y la promoción de la dignidad de las personas de edad es fundamental para asegurar el respeto que esas personas merecen (...)*». Para ello, la relación mutua entre las generaciones debe cultivarse, acentuarse y alentarse mediante un diálogo amplio y eficaz (13). La discriminación se aborda transversalmente en lo que respecta a las recomendaciones contenidas en el Plan de acción:

— Recomendaciones relativas a las *personas de edad y el desarrollo*. En primer lugar, se aborda como Cuestión 1 la «*participación activa en la sociedad y en el desarrollo*»: «una sociedad para todas las edades incluye el objetivo de que las personas de edad tengan la oportunidad de seguir contribuyendo a la sociedad. Para trabajar en pro de la consecución de ese objetivo es necesario *eliminar todos los factores excluyentes o discriminatorios* en contra de esas personas. La contribución social y económica de las personas de edad va más allá de sus actividades económicas, ya que con frecuencia esas personas desempeñan funciones cruciales en la familia y en la comunidad». La cuestión 2 versa sobre «el *empleo* y el envejecimiento de la fuerza de trabajo». Con relación a la discriminación por razones de edad se indica: «es indispensable adoptar políticas para ampliar las posibilidades de empleo, como nuevas modalidades de trabajo basadas en la jubilación flexible, los entornos laborables adaptables y la rehabilitación profesional para personas de edad con discapacidades, de forma que las personas de edad puedan combinar el empleo remunerado con otras actividades». A tal efecto se fija como objetivo brindar oportunidades de empleo a todas las personas de edad que deseen trabajar⁽⁴⁴⁾.

(43) Destaca HERRANZ GONZÁLEZ, R., *La discriminación de las personas mayores: régimen jurídico y realidad social*, op. cit., pág. 185, que es una fórmula novedosa en la que la discriminación por razón de edad no está englobada en una categoría más general, sino que es citada como la principal discriminación, y son las otras formas de discriminación las que se engloban dentro de la categoría «otras».

(44) Entre las medidas para tal fin se recoge la necesidad de *promover iniciativas de empleo independiente para las personas de edad, por ejemplo, alentando el desarrollo de pequeñas*

— Recomendaciones sobre el *fomento de la salud y el bienestar en la vejez*. Se establece como Cuestión 2, dentro del «acceso universal y equitativo a los servicios de atención de la salud», que «las personas de edad pueden tropezar con obstáculos financieros, físicos, psicológicos y jurídicos para la utilización de los servicios de salud. Es posible también que deban *hacer frente a la discriminación por la edad y a la discriminación por discapacidades relacionadas con la edad en la prestación de servicios* porque tal vez se considere que su tratamiento tiene menos valor que el de las personas más jóvenes». Por lo que respecta a la eliminación de las desigualdades sociales y económicas por razones de edad o sexo o por otros motivos, incluidas las barreras lingüísticas, a fin de garantizar que las personas de edad tengan un acceso equitativo en condiciones de igualdad a la atención de la salud, resaltan las medidas relativas a poner en ejecución las obligaciones internacionales de *garantizar y mejorar el acceso de las personas de edad a la atención primaria de la salud sin discriminación por razones de edad u otras formas de discriminación*, así como tomar medidas para eliminar la discriminación en la atención de salud por razones de edad y otras formas de discriminación.

— Recomendaciones sobre la *creación de un entorno propio y favorable*. Se dirigen, por un lado, como Cuestión 3, al «abandono, maltrato y violencia», donde se resalta al respecto de la *violencia contra la mujer* lo siguiente: «algunas prácticas tradicionales y costumbres perjudiciales se traducen en malos tratos y violencia contra las mujeres de edad, situación que suele verse agravada por la pobreza y la falta de acceso a la protección de la ley». Figura, además, como Cuestión 5 la «*imagen del envejecimiento*», con el objetivo del reconocimiento público de la autoridad, la sabiduría, la productividad y otras contribuciones importantes de las personas de edad, para lo que se alienta a los medios de difusión y a los sectores público y privado a *evitar la discriminación por razones de edad en el empleo y a presentar imágenes positivas de las personas de edad*.

Como señala HERRANZ GONZÁLEZ, la efectividad de estos Planes de Acción (tanto el de Viena como el de Madrid)⁽⁴⁵⁾ ha sido muy limitada, pues sólo incluyen recomendaciones, principios y directrices que puedan servir de guía a la comunidad internacional, a los Estados y a las instituciones implicadas en el desarrollo de políticas relacionadas con el envejecimiento, como inspirador de

empresas y microempresas y garantizando el acceso al crédito a las personas de edad, en particular sin discriminación por razones de sexo (28.e).

(45) HERRANZ GONZÁLEZ, R., *La discriminación de las personas mayores: régimen jurídico y realidad social*, op. cit., pág. 179 (aquí se refiere en especial al Plan de acción internacional de Viena, pero es igualmente predicable del de Madrid).

acciones y políticas, pero sin verdadera fuerza jurídica vinculante para establecerse e imponerse como derechos y obligaciones.

F) *Convenciones de NN. UU. y de los organismos u organizaciones que forman parte*

La prohibición de la discriminación en razón de la edad, y particularmente referida a las «personas adultas mayores»⁽⁴⁶⁾, ha ido incorporándose de forma explícita en diferentes convenciones internacionales, de manera que, más allá de tratarse de meras declaraciones de principios o recomendaciones como hasta entonces, comenzaron a adquirir el significado de una obligación jurídica para los Estados que ratifican dichas convenciones en el ámbito o sector específico de su materia.

Se considera que la *Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias* (adoptada por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 45/158 en 1990), es la primera en hacer alusión expresa a la discriminación por edad en su art. 7. En su virtud los Estados Partes se comprometen a respetar y asegurar a los trabajadores migratorios, y sus familiares, todos los derechos de la Convención sin distinción alguna por motivos de edad.

También en la CDPD, aprobada por la Asamblea General en virtud de su Resolución 61/106 en 2006, aparecen reflejados algunos derechos de las personas mayores con discapacidad y se proscriben agravadas y múltiples formas de discriminación de las personas con discapacidad que incluyen, entre otras la edad.

Son igualmente numerosos los instrumentos jurídicos, acciones, declaraciones y recomendaciones de las distintas organizaciones que forman parte de NN. UU. sobre los derechos de las personas mayores en sus ámbitos de actuación, en los que aparece mencionada la discriminación por razón de edad. Destacan la OIT (en especial el Convenio 111, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, de 25 de junio de 1958), la OMS (dedicó en 2012 el Día Mundial de la Salud al envejecimiento, poniendo el acento en la lucha contra los estereotipos y la discriminación por razones de edad) y ACNUR (mantiene lo que se denomina documentalmente una «política de edad, género y diversidad»⁽⁴⁷⁾, pues el desplazamiento forzado y la apatridia afectan a las personas de manera diferente; con relación a las personas adultas mayores destaca los riesgos específicos derivados de sus condiciones físicas y mentales, pero

(46) Las Naciones Unidas definen a las personas adultas mayores como personas mayores de 60 años.

(47) <https://www.refworld.org/es/pdfid/5b48f83c4.pdf>.

también los obstáculos encontrados debido a las percepciones sociales y a las interacciones de cada persona con su entorno).

G) *Necesidad de una convención internacional para la protección de las personas mayores*

Es verdad que cada vez han ido cobrando mayor protagonismo en la agenda de los DD. HH. los relativos a las personas de edad.

La Resolución 67/139 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 21 de diciembre de 2010, de *Seguimiento de la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento*, decidió establecer un Grupo de Trabajo de composición abierta sobre envejecimiento (OEWGA), con el propósito de aumentar la protección de los DD. HH. de las personas de edad, examinando el marco internacional vigente en materia de DD. HH. 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.

El informe del Secretario General de NN. UU., de Seguimiento de la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, de 22 de julio de 2011, centrado en la situación de los DD. HH. de las personas de edad en todas las regiones del mundo, describía la discriminación como una de las principales cuestiones de tales derechos. En él se reconocía que los prejuicios contra las personas de edad y su estigmatización estaban ampliamente tolerados en las sociedades de todo el mundo, poniendo como ejemplo la contratación, de modo que la legislación no ha bastado para eliminar la discriminación en el empleo por motivos de edad. Pero en general se destacaba la discriminación múltiple, asociando la edad a otras causas de discriminación acumuladas y relativas al sexo, la raza y la etnia, la religión, la discapacidad, la nacionalidad, la salud o las condiciones socioeconómicas⁽⁴⁸⁾.

La Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en su informe del año 2012 destacaba como una de las lagunas en el régimen internacional de protección la discriminación por razón de edad o edadismo como fenómeno generalizado, pues no aparece definida explícitamente en los tratados de DD. HH., ni tampoco las disposiciones nacionales son adecuadas para proteger los DD. HH. de las personas mayores. De manera que requiere medidas especiales de fortalecimiento del régimen internacional de protección, explorando incluso un nuevo instrumento internacional específico⁽⁴⁹⁾.

(48) https://www.ohchr.org/Documents/Issues/SForum/SForum2014/A.66.173_sp.pdf

(49) <https://undocs.org/pdf?symbol=es/E/2012/51>. Vid. también Informe resumido de la consulta sobre la promoción y protección de los derechos humanos de las personas de edad de

La Resolución 67/139 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 20 de diciembre de 2012, que se titulaba *Hacia un instrumento jurídico internacional amplio e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas de edad*, encomendaba al OEWGA el examen de las propuestas relativas a un instrumento jurídico internacional para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas de edad, sobre la base del enfoque holístico adoptado en la labor realizada en las esferas del desarrollo social, los DD. HH. y la no discriminación, así como la igualdad de género y el empoderamiento de la mujer, solicitándole lo antes posible una propuesta que contenga, entre otras cosas, los principales elementos que debería reunir un instrumento jurídico internacional para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas de edad, que actualmente no se contemplan suficientemente en los mecanismos existentes y exigen, por tanto, una mayor protección internacional.

Sin embargo, el creciente interés por los derechos de las personas mayores, a pesar de ciertos derechos concretos reconocidos contra la discriminación, no se ha plasmado todavía en un instrumento jurídico propio e integral de todos sus derechos. La inexistencia a día de hoy de una convención internacional de NN. UU. que se ocupe de la protección de las personas mayores, como un colectivo fuertemente discriminado en multitud de ámbitos, al igual que sucede respecto de otros grupos desfavorecidos o vulnerables, como niños, mujeres y personas con discapacidad, revela que todavía queda por hacer en el ámbito del Derecho internacional para luchar contra la estigmatización y la discriminación de uno de los colectivos más numerosos del mundo (en el año 2050, una de cada cinco personas tendrá más de 60 años, pudiendo alcanzar la cifra de 2.000 millones de personas)⁽⁵⁰⁾. Entre sus objetivos tendría que figurar el establecimiento de un marco jurídico de garantía de los DD. HH. de las personas mayores y, entre ellos, el derecho a la igualdad y la no discriminación por razones de edad en los distintos ámbitos en los que se ha reconocido que se manifiesta⁽⁵¹⁾. Como dice ACLE MAUTONE «aún es necesario reforzar el marco legal

la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, de 1 de julio de 2013: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10176.pdf>

(50) La OMS calculaba en 2011 que 1.500 millones de personas tendrán una edad igual o superior a 65 años en el año 2050; *Global Health and Aging*, 2011; https://www.who.int/ageing/publications/global_health.pdf. Vid. igualmente la publicación del Fondo de Población de las NN. UU. (UNFPA, en sus siglas en inglés): *Ageing in the Twenty-First Century: A Celebration and A Challenge*, 2012; <https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/UNFPA-Exec-Summary.pdf>

(51) Vid. HELP AGE INTERNACIONAL ESPAÑA, *Derechos de las personas mayores: Hacia una Convención de Naciones Unidas para los derechos de las personas mayores*, 2019. En este Dossier se estima que una convención sobre los derechos de las personas mayores sería un marco claro conceptual, legal y de rendición de cuentas para ayudar a los gobiernos, al sector privado, a la sociedad civil y otros a tomar decisiones que aborden positivamente el

en relación a sus derechos mediante un instrumento internacional de carácter vinculante que establezca de manera expresa las obligaciones correspondientes de los Estados para garantizar el derecho de igualdad»⁽⁵²⁾.

2.2. Legislación interamericana

En el ámbito de la OEA figura como instrumento jurídico la *Convención interamericana sobre protección de derechos humanos de las personas mayores* (A-70), hecha en Washington el 15 de junio de 2015⁽⁵³⁾. Se trata del único instrumento interamericano, primero a nivel internacional, que cubre con carácter jurídico vinculante una amplia serie de derechos de las personas mayores: civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. La *igualdad y no discriminación* se incorporan a la citada norma como un «principio general» aplicable a la Convención (art. 3.d), como deber general de los Estados Parte (art. 4) y el primero de los derechos protegidos expresamente (art. 5, incluida la discriminación múltiple⁽⁵⁴⁾). Respecto del resto de derechos protegidos se reconoce el derecho a disfrutarlos «en igualdad de condiciones con las demás personas». Por lo tanto, sitúa el marco de referencia para la garantía y el ejercicio efectivo de los derechos de las personas mayores en la igualdad y el derecho a la no dis-

envejecimiento de la población, eliminar la discriminación por edad y proteger mejor los derechos de hombres y mujeres mayores. Sus objetivos prácticos son cambiar actitudes, aumentar la visibilidad, aclarar las responsabilidades, mejorar la rendición de cuentas y crear un marco de referencia.

- (52) ACLE MAUTONE, M., «El principio de igualdad y no discriminación en la vejez y la introducción de la perspectiva de edad», en *Los derechos de las personas mayores en el siglo XXI: situación, experiencias y desafíos*, VII Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2012, pág. 65.
- (53) Consiste en un mecanismo jurídico que integra las declaraciones, principios y derechos que habían sido recogidos previamente en diversos instrumentos regionales: la Estrategia Regional de implementación para América Latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento (2003), la Declaración de Brasilia de la Segunda Conferencia Intergubernamental sobre Envejecimiento en América Latina y el Caribe (2007), el Plan de Acción sobre la salud de las personas mayores, incluido el envejecimiento activo y saludable de la OPS (2009), la Declaración de Compromiso de Puerto España (2009) y, por último, la Carta de San José sobre los Derechos de las Personas Mayores de América Latina y el Caribe (2012), organizada —en el marco de la Conferencia regional intergubernamental sobre envejecimiento en América Latina y el Caribe— por CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe) y el Gobierno de Costa Rica.
- (54) «(...) incluidas las mujeres, las personas con discapacidad, las personas de diversas orientaciones sexuales e identidades de género, las personas migrantes, las personas en situación de pobreza o marginación social, los afrodescendientes y las personas pertenecientes a pueblos indígenas, las personas sin hogar, las personas privadas de libertad, las personas pertenecientes a pueblos tradicionales, las personas pertenecientes a grupos étnicos, raciales, nacionales, lingüísticos, religiosos y rurales, entre otros».

criminación, por lo que, como pone de manifiesto HERRANZ GONZÁLEZ⁽⁵⁵⁾, se trata del listado más amplio, de circunstancias discriminatorias hacia el colectivo, descrito en un instrumento jurídico internacional, que debería ser muy tenido en cuenta a la hora de la elaboración de instrumentos similares, pero particularmente de una convención internacional universal.

2.3. Normas y declaraciones europeas

A) Consejo de Europa

La CEDH recoge en su art. 14 y bajo el título «*prohibición de la discriminación*» la siguiente declaración: «el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o *cualquier otra situación*». Se considera una cláusula de salvaguarda de todos los derechos recogidos y reconocidos en la convención que, si bien no hace referencia expresa a la edad como causa de la discriminación, hay que entenderla incluida en la cláusula final relativa a cualquier otra situación. La existencia de la discriminación de trato contraria a la convención tiene lugar, según la jurisprudencia del TEDH, cuando la diferencia de trato carece de una justificación objetiva y razonable. El alcance de la prohibición de la discriminación se amplía mediante el Protocolo Adicional núm. 12 a la CEDH (04-11-2000), pues, más allá de los derechos recogidos en el CEDH, la prohibición general de discriminación se extiende también a los derechos reconocidos por la ley (art. 1), es decir, por el Derecho interno de los Estado Parte.

De modo más tangencial también son relevantes al respecto de la discriminación algunas de las recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa: por un lado, la Recomendación núm. (98) 9, de 18 de septiembre de 1998, relativa a la dependencia⁽⁵⁶⁾, y, por otro lado, la Recomendación CM/Rec (2014) 2, de 19 de febrero de 2014, sobre la promoción de los derechos humanos de las personas mayores, que deben poder ejercerse sin discriminación de ningún tipo, tampoco por razones de edad⁽⁵⁷⁾.

(55) HERRANZ GONZÁLEZ, R., *La discriminación de las personas mayores: régimen jurídico y realidad social*, op. cit., pág. 209.

(56) En ella se menciona tanto el deber de tratar sin discriminación a las personas afectadas por la dependencia, en particular en lo que concierne al acceso a la infraestructura y a los servicios creados para ellas, como el principio de no discriminación por motivos de edad para el acceso a la rehabilitación.

(57) Además insta a los Estados a tomar en consideración el hacer referencia explícita a la «edad» en su legislación nacional contra la discriminación, a adoptar medidas efectivas para prevenir la discriminación múltiple de las personas mayores, a prevenir el abuso y

B) Unión Europea

Como observan GARCÍA VALVERDE/MALDONADO MOLINA, la Decisión del Consejo de las Comunidades Europeas de 26 de noviembre de 1990 (Decisión 91/49/CEE), sobre acciones comunitarias en favor de las personas de edad avanzada, tiene especial importancia, pues ya desde este momento se observa el compromiso de la UE por emprender medidas a favor de las personas mayores⁽⁵⁸⁾.

a) Tratado de Ámsterdam

Entró en vigor el 1 de mayo de 1999 y dio el primer paso para el reconocimiento específico de la discriminación por razones de edad. En virtud del mismo se modificó el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea en su art. 6A: «...el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar *medidas adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual*». Esto permitió que las instituciones europeas tuvieran competencias para regular la igualdad de trato en el acceso al empleo, la formación y la promoción profesional, así como a las condiciones de trabajo.

b) Tratado de Lisboa

En vigor desde el 1 de diciembre de 2009, supuso un refuerzo de las competencias de la UE en el ámbito de la igualdad de trato y la no discriminación.

— El art. 2 del TUE define la igualdad como uno de los valores en los que se fundamenta la UE, en el marco de una sociedad caracterizada por el pluralismo, la *no discriminación*, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres. El art. 3 dice que «la Unión combatirá la exclusión social y la *discriminación* y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones (...)

la discriminación respecto a cualquier limitación que sea desproporcionada respecto al derecho de las personas mayores a llevar su vida de manera independiente en los temas que les afectan (propiedades, ingresos, finanzas, lugar de residencia, salud, tratamientos y atención médica, incluso la organización del funeral, así como a garantizar que las personas mayores no sufran discriminación en el trabajo, tampoco por cuestiones de edad, tanto en el sector público como en el privado (Apdos. II, III y V del Anexo a la Recomendación).

(58) GARCÍA VALVERDE/MALDONADO MOLINA, «La protección de la tercera edad, su tratamiento en la Constitución europea», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 57, 2005, pág. 460.

— El TFUE establece en su art. 10 que «en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda *discriminación por* razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, *edad* u orientación sexual». En el art. 19 se añade que el Consejo de la UE, por unanimidad, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la *discriminación por* motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, *edad* u orientación sexual».

— La CDFUE prohíbe en el art. 21 «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.

c) Directivas

Se adoptaron dos directivas para combatir la discriminación: la Directiva del Consejo 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, pero fundamentalmente la que interesa resaltar es la Directiva del Consejo 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, pues establece un conjunto normativo para evitar la discriminación (directa o indirecta) en el empleo por motivos de religión o creencia, discapacidad, *edad* y orientación sexual^{(59)/(60)}.

(59) Aun cuando la prohibición de discriminación por razones de edad constituye un elemento fundamental para alcanzar los objetivos establecidos por las directrices sobre el empleo y para fomentar la diversidad en el mismo, en su art. 6 se reconoce que en determinadas circunstancias se pueden mantener *diferencias de trato por motivos de edad*, y ello siempre que estén «*justificadas objetiva y razonablemente*, en el marco del Derecho nacional, *por una finalidad legítima*, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, *y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios*». De manera que las diferencias de trato pueden incluir: a) el establecimiento de condiciones especiales de acceso al empleo y a la formación profesional, de empleo y de trabajo, incluidas las condiciones de despido y recomendación, para los jóvenes, los trabajadores de mayor edad y los que tengan personas a su cargo, con vistas a favorecer su inserción profesional o garantizar la protección de dichas personas; b) el establecimiento de condiciones mínimas en lo que se refiere a la edad, la experiencia profesional o la antigüedad en el trabajo para acceder al empleo o a determinadas ventajas vinculadas al mismo; c) el establecimiento de una edad máxima para la contratación, que esté basada en los requisitos de formación del puesto en cuestión o en la necesidad de un período de actividad razonable previo a la jubilación. No obstante, los EEMM podrán disponer que no constituirán discriminación

d) Propuesta de Directiva

La Propuesta de Directiva del Consejo, de 2 de julio de 2008, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual [COM(2008) 426] tiene por objeto aplicar el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, *edad* u orientación sexual fuera del contexto laboral y, concretamente, en el ámbito de la protección social (incluida S. S. y atención sanitaria), beneficios sociales, educación, así como acceso a bienes y servicios (incluida la vivienda). Se trataría de la primera vez que una Directiva mencionara la edad de forma directa en su intitulación y se ocupara específicamente de la discriminación por razón de la edad, a la que, junto a otras circunstancias, se les aplicaría el principio de igualdad de trato, entendido como la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por cualquiera de esos motivos. Sin embargo, la propuesta no ha encontrado aún el consenso necesario para salir adelante y se encuentra bloqueada⁽⁶¹⁾.

Con independencia de su aprobación, el principio de igualdad y la prohibición de la discriminación son principios generales del Derecho internacional, europeo y nacional que vinculan a la UE y a los EEMM en todos los asuntos

por motivos de edad, la determinación, para los regímenes profesionales de S. S., de edades para poder beneficiarse de prestaciones de jubilación o invalidez u optar a las mismas, incluidos el establecimiento para dichos regímenes de distintas edades para trabajadores o grupos o categorías de trabajadores y la utilización, en el marco de dichos regímenes, de criterios de edad en los cálculos actuariales, siempre que ello no suponga discriminaciones por razón de sexo. Como dice RODRIGUES CANOTILHO, M., *El principio de igualdad en el Derecho Constitucional Europeo*, tesis doctoral, Granada, 2014-15, pág. 221, este modelo denominado de «semi-igualdad» muestra las contradicciones que resultan del intento de combinar los objetivos de las políticas públicas de empleo —cuya racionalidad es, por norma, de tipo económico— con las exigencias del principio de igualdad y no discriminación, entendido en una perspectiva típica de derechos fundamentales.

(60) Vid. Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de septiembre de 2016, sobre la aplicación de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (2018/C 204/21), que dedica un apartado especial a la edad y en la que la idea central para combatir la discriminación laboral por motivos de edad gira en torno al principio de solidaridad intergeneracional, hasta el punto de destacar que el TJUE señala la solidaridad entre generaciones como el objetivo legítimo más importante que justifica la desigualdad de trato por razón de edad.

(61) HERRANZ GONZÁLEZ, R., *La discriminación de las personas mayores: régimen jurídico y realidad social*, op. cit., págs. 282 y ss., resalta algunas de las causas que entorpecen el acuerdo; vid. también Informe de 20 de marzo de 2009 del Parlamento Europeo: <https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A6-2009-0149&language=ES>.

de su competencia, de modo que jurídicamente están plenamente vigentes y obligan a crear e interpretar las normas del Derecho con respeto a los mismos, también por lo que respecta a las personas mayores de edad.

e) Resolución del Parlamento Europeo de 9 de septiembre de 2015

Con carácter previo, el año 2012 fue declarado «Año Europeo del Envejecimiento Activo y de la Solidaridad Intergeneracional» (a través de la Decisión núm. 940/211/EU, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2011)⁽⁶²⁾, pues no en vano se estima que para 2050 la media de edad de la población de la UE será superior a los 50 años, lo que implica la necesidad de una reacción inmediata. Pues bien, la Resolución del Parlamento Europeo de 9 de septiembre de 2015, *sobre el Informe sobre la puesta en práctica, los resultados y la evaluación general del Año Europeo del Envejecimiento Activo y de la Solidaridad Intergeneracional* (2017/C 316/15) representa un nuevo paso hacia esa meta. El EA⁽⁶³⁾ es considerado en esta resolución uno de los grandes retos del siglo XXI, así como que el éxito de las políticas de EA está fuertemente vinculado a la eficacia de una serie de *políticas de no discriminación*, protección social, inclusión social y salud pública desarrolladas a lo largo del ciclo de vida de los ciudadanos y trabajadores de la UE. Reconoce que las personas mayores son objeto a menudo de discriminación, sobre todo si sufren discapacidad, y están expuestas a estereotipos y barreras por motivos de edad, particularmente en el ámbito del empleo y la ocupación⁽⁶⁴⁾, pero también en el de la atención sanitaria, debiendo priorizarse *políticas de prevención*. Por eso es que el EA y saludable depende en gran medida de la justicia intergeneracional, definida como la distribución uniforme de los beneficios y las cargas entre generaciones, pues «una convivencia eficaz entre las generaciones debe basarse en la solidaridad y caracterizarse por el respeto mutuo, la responsabilidad y la buena disposición a la ayuda».

(62) Entre sus objetivos contaba con promover actividades que sirvan para luchar contra la discriminación por razón de edad, superar los estereotipos relacionados con la edad y eliminar barreras, en particular por lo que respecta a la empleabilidad [art. 2 d)].

(63) Según la OMS, el término «activo» hace referencia a una participación continua en las cuestiones sociales, económicas, culturales, espirituales y cívicas, no solo a la capacidad de estar físicamente activo o de participar en el mercado laboral, y que, por tanto, las personas mayores que se jubilan y las que se jubilan por discapacidad o enfermedad pueden seguir desempeñando un papel activo en sus familias, sus semejantes, sus comunidades y sus naciones.

(64) Uno de los aspectos destacables en este ámbito, por resultar más novedoso en la erradicación de la discriminación, es la promoción de las tecnologías accesibles como una estrategia inclusiva para el mercado único digital y su vinculación con la promoción de la «*economía plateada*» en Europa.

2.4. Legislación española

La CE, tras propugnar que la igualdad es —junto a la libertad, la justicia, y el pluralismo político— uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, en su art. 14 proclama que «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer *discriminación* alguna *por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*». Por tanto, tampoco se reconoce la edad como uno de las posibles causas respecto de las que hay que evitar que se produzca una discriminación o una desigualdad ante la ley (circunstancia discriminatoria típica), aunque implícitamente se debe considerar comprendida dentro de la abierta y extensa cláusula final⁽⁶⁵⁾. En todo caso este artículo se proyecta sobre los preceptos constitucionales y, específicamente, sobre los derechos y libertades de cuyo sentido y alcance forma parte. La única alusión explícita a las personas mayores con la expresión «tercera edad» se recoge en el art. 50 CE, dentro de los «principios rectores de la política social y económica», en virtud del cual: «Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la *suficiencia económica* a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un *sistema de servicios sociales* que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio». Se trata de los considerados «derechos sociales», ya que son aplicables a un colectivo. Sin duda representan intereses jurídicamente protegidos, pero no derechos subjetivos que puedan hacerse valer directamente. Le corresponde, por tanto, al legislador establecer el verdadero alcance y significado de los derechos sociales descritos: garantizar la suficiencia económica durante la tercera edad (fundamentalmente mediante las pensiones de jubilación y de viudedad) y promover el bienestar mediante un sistema de servicios sociales dirigidos específicamente a la salud, vivienda, cultura y ocio⁽⁶⁶⁾. No obstante, de manera indirecta, por la vía del art. 14 y en la medida en que alguna situación pueda suponer discriminación o desigualdad de trato, es posible incluso que el TC se pronuncie en amparo sobre los derechos sociales reconocidos en el art. 50. Como acompañamiento de los dos anteriores y por su proyección práctica y material cabe recordar el contenido del art. 9.2 CE, por el que «corresponde a los poderes públicos promover las *condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas*; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

(65) En este sentido GARCÍA VALVERDE/MALDONADO MOLINA, «La protección de la tercera edad, su tratamiento en la Constitución europea», *op. cit.*, pág. 469.

(66) GARCÍA-MAESTRO GARCÍA, M. J., *El régimen jurídico de la intervención administrativa a favor de la tercera edad. Especial referencia al servicio de ayuda a domicilio*, *op. cit.*, págs. 104 y ss.

Sobre estas normas constitucionales el TC se ha ocupado de trazar la línea divisoria entre discriminación y diferencia de trato constitucionalmente admisible, sometiéndola al juicio de *razonabilidad* (atendiendo al análisis del fin pretendido —que generalmente descansa en razones de equidad, justicia material o la satisfacción de una demanda social— y la adecuación de la medida: justificación objetiva y razonable) y de *proporcionalidad* (si la medida es susceptible de conseguir el fin propuesto; si es necesaria, en el sentido de que no existe otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia; si es ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas, para el interés general, que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto)⁽⁶⁷⁾. El TC ha admitido que los motivos de discriminación que el art. 14 prohíbe puedan ser utilizados excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica (incluida la edad; *vid. p. ej.*, SSTC 75/1983, de 3 de agosto, 69/1991, de 8 de abril, 184/1993, de 31 de mayo, y 37/2004, de 11 de marzo), si bien en tales supuestos el canon de control, al enjuiciar la legitimidad de la diferencia y las exigencias de proporcionalidad, resulta mucho más estricto, así como más rigurosa la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación (STC 233/2007, de 5 noviembre).

También en los Estatutos de Autonomía, debido al reparto competencial entre Estado y CCAA, se recogen alusiones explícitas a la discriminación por razón de la edad de las personas mayores, particularmente en algunos que han sido objeto de reforma ya entrado el nuevo siglo (Cataluña, Andalucía, Castilla-León, Extremadura y Canarias), aunque otros, sin mencionar la discriminación, establecen como uno de los objetivos de las políticas públicas garantizar la protección de las personas mayores para que desarrollen una vida digna, independiente y participativa (Aragón; en sentido semejante Islas Baleares).

Existe una pluralidad de normas estatales en las que se tiene en consideración la edad como elemento con base en el cual puede adoptarse una medida de dife-

(67) Prácticamente se traslada lo señalado por el TEDH; *vid. p. ej.*, Ss. 1474/62, de 23 de julio de 1968 (relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico en Bélgica), 4464/70, de 27 de octubre de 1975 (caso Sindicato Nacional de la Policía Belga), 9063/80, de 24 de noviembre de 1986 (caso Gillow contra Reino Unido), 29515/95, de 18 de febrero de 1999 (caso Larkos contra Chipre), 34369/97, de 6 abril 2000 (caso Thlimmenos contra Grecia), y 42184/05, de 4 noviembre 2008 (caso Carson y otros contra Reino Unido) en relación al art. 14 del CEDH en el sentido de que toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación: «la igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida» (SsTC 22/1981, de 2 julio, 59/1982 de 28 julio, 150/1991 de 4 julio, 119/2002, de 20 mayo y 156/2014, de 25 septiembre).

rencia de trato (legislación electoral, tribunal del jurado, consumidores y usuarios, propiedad horizontal, arrendamientos urbanos, tenencia de armas, tráfico y conducción de vehículos, período de validez de una documentación, etc.).

Por último, de la legislación estatal se pueden destacar dos leyes. Con la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, tuvo lugar la trasposición de la Directiva 2000/78/CE, aun cuando el marco jurídico contra la discriminación por razón de edad se encontraba ya inicialmente recogido en el Estatuto de los Trabajadores (art. 4.2.c)⁽⁶⁸⁾. En segundo lugar, con el LGSS, se permitió el trabajo del pensionista por cuenta propia o ajena, compatibilizándolo por la percepción de una pensión minorada (jubilación flexible; arts. 213 y 214, este último bajo el título: «pensión de jubilación y envejecimiento activo»).

III. PERSPECTIVAS JURÍDICAS DE LA DISCRIMINACIÓN Y ESTIGMATIZACIÓN DE LAS PERSONAS MAYORES

Las últimas décadas han servido para que la estigmatización y la discriminación de las personas mayores, en conjunción con el sustancial incremento del envejecimiento de la población y las transformaciones sociales y económicas asociadas a este fenómeno, hayan sido detectadas como problemas sociales emergentes que urgen soluciones jurídicas, muchas de las cuales han sido plasmadas en el ámbito normativo internacional, nacional o territorial. Como dice HERRANZ GONZÁLEZ⁽⁶⁹⁾, la universalización de las pensiones, junto con la acción de los servicios sociales y la acción de las Administraciones, aunque siempre mejorable, afortunadamente ha producido sustanciales mejoras en la vida de las personas mayores. Sin embargo, y a pesar de la mejora de las normativas a favor de la igualdad de trato y los avances en la regulación jurídica contra la discriminación por razón de edad, no se han superado todas las prácticas, actitudes y efectos estigmatizantes de la sociedad hacia las personas mayores.

Según ACLE MAUTONE, la creciente toma de conciencia, sumada al entusiasmo que se constata en los diversos foros y el carácter transversal del tema, deben verse reflejados en la incorporación decidida de una perspectiva de edad en el momento de diseñar políticas públicas, así como cuando se estudian asuntos relacionados con los DD. HH. en general y aquellos relativos al desarrollo so-

(68) «Los trabajadores tienen derecho (...) a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, *edad* dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español».

(69) HERRANZ GONZÁLEZ, R., *La discriminación de las personas mayores: régimen jurídico y realidad social*, *op. cit.*, pág. 338.

cial, económico y cultural de los países. Esto conlleva, a juicio del citado autor (que compartimos), no solo un cambio en el lenguaje y la terminología, sino que requiere la plena consideración de la edad cuando se elaboran estadísticas, cuando se diseñan programas, al redactar normativas, generar indicadores, entre otras actividades, con el objetivo central de contemplar las necesidades particulares de este grupo, fortalecer su participación activa en la sociedad, garantizar su bienestar y valorar mercedamente la contribución importante que hacen al desarrollo⁽⁷⁰⁾.

Desde un punto de vista jurídico, la tendencia que se observa en la esfera nacional y, ante todo, internacional se dirige al reconocimiento expreso de que la pertenencia al colectivo de personas mayores determina un rasgo específico de discriminación y desigualdad que se traduce en vulneración de derechos fundamentales. Pero en el plano legislativo queda mucho por hacer, no solo en el ámbito internacional (convención) y europeo (directiva), sino en el propio nacional. Hay acuerdo generalizado en que es necesario un tratado internacional específico contra la discriminación de las personas mayores que dé visibilidad al problema y que establezca los mecanismos necesarios para garantizar real y efectivamente la igualdad de trato. La normativa ya existente, tanto en el ámbito internacional como europeo, se muestra dispersa e insuficiente para visibilizar un problema creciente y universal. La misma CE precisaría una revisión de su articulado, tanto del art. 14 (para hacer referencia expresa a la edad como razón de discriminación) como del art. 50 (actualizando los términos y estableciendo la promoción de medidas dirigidas al EA y la solidaridad intergeneracional)⁽⁷¹⁾ y, en general, sería preciso que, tras las necesarias y urgentes normativas internacionales contra la discriminación de los mayores, la legislación interna nacional siguiera sus prescripciones y directrices para contribuir realmente a la igualdad de trato de todas las personas, independientemente de sus circunstancias o condiciones personales o sociales, y a la eliminación de los prejuicios y estereotipos que estigmatizan a las personas mayores. Además, para compensar el desequilibrio preexistente y garantizar el sistema universal de protección de los derechos es preciso mantener y adoptar medidas de acción positiva⁽⁷²⁾, median-

(70) ACLE MAUTONE, M., «El principio de igualdad y no discriminación en la vejez y la introducción de la perspectiva de edad», en *Los derechos de las personas mayores en el siglo XXI: situación, experiencias y desafíos*, VII Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2012, pág. 68.

(71) HERRANZ GONZÁLEZ, R., *La discriminación de las personas mayores: régimen jurídico y realidad social*, op. cit., pág. 462 sugiere modificar ambos preceptos; BARRANCO AVILÉS/VICENTE ECHEVARRÍA, *La discriminación por razón de edad en España*, op. cit., pág. 31 abogan por la modificación referida del art. 14 CE.

(72) P. ej., conceder pensiones no contributivas, de jubilación (art. 369 LGSS) o un trato preferente al funcionario jubilado sobre una vivienda, siempre que exista otra disponible (vid. STC 176/1993, de 27 de mayo).

te una normativa contra la discriminación y estigmatización de ese colectivo que sea integral y, por tanto, que abarque todos los niveles en que se produce.

Partiendo de que los objetivos prioritarios de las políticas públicas hacia las personas mayores, pero también para el conjunto de la sociedad, radican en incentivar el EA y la solidaridad intergeneracional, algunas medidas antidiscriminación que se podrían resaltar y potenciar a modo de ejemplificación para favorecer la igualdad de trato en los próximos años —de las que profusamente se ha dado cuenta en los Planes de acción internaciones sobre envejecimiento de Viena y, sobre todo, Madrid— serían, entre otras muchas, las siguientes:

1. *Medidas en el ámbito político:* establecer cuotas mínimas en listas de candidatos, asegurando su posicionamiento en puestos no meramente testimoniales; fomentar el movimiento asociativo como herramienta de participación, promoción y reivindicación, además de los entes de carácter oficial y representativo de los mismos (como el *Consejo Estatal de las Personas Mayores*, órgano consultivo y asesor de la Administración General del Estado, que también tiene versiones propias en algunas CCAA, o la *Mesa Estatal por los Derechos de las Personas Mayores*).

2. *Medidas en el ámbito sanitario:* reforzar el SNS con respecto a las personas mayores de edad (reducir listas de espera, universalizar el acceso al servicio sanitario, potenciar la geriatría y los estudios geriátricos); profesionalizar académica y laboralmente a los cuidadores de mayores y enfermos; promover un envejecimiento saludable⁽⁷³⁾.

3. *Medidas en el ámbito laboral:* el aumento del gasto social en protección sociosanitaria y el crecimiento de la expectativa de permanencia en situación de pensionista han hecho girar en los últimos años las políticas de jubilación hacia la progresiva elevación de la edad de jubilación y la restricción a la jubilación anticipada, pero también hacia la «flexibilización de la edad de jubilación» para la viabilidad financiera del sistema de protección social⁽⁷⁴⁾. En este marco hay estimar como un derecho la protección que proporciona la jubilación, y no un deber como hasta ahora, avanzando hacia su voluntariedad, el tránsito gradual y la flexibilidad⁽⁷⁵⁾. También es decisivo para combatir la discriminación en el ámbito laboral extender la economía digital con independencia de la edad, así como favorecer con nuevas políti-

(73) MARTÍN BRAVO, C., «Claves psicosociales del envejecimiento saludable», *op. cit.*, págs. 181 y ss.

(74) Desde el punto de vista comunitario este giro tiene lugar antes de finalizar el siglo XX. *Vid.* al respecto GARCÍA VALVERDE/MALDONADO MOLINA, «La protección de la tercera edad, su tratamiento en la Constitución europea», *op. cit.*, págs. 456 y ss.

(75) HERRANZ GONZÁLEZ, R., *La discriminación de las personas mayores: régimen jurídico y realidad social*, *op. cit.*, pág. 446.

cas la contratación de las personas que se encuentran en el último período de su vida laboral.

4. *Medidas en el ámbito económico*: la adecuación y actualización de las pensiones, que está prevista y garantizada constitucionalmente, sigue siendo la medida principal que deben atender los poderes públicos cada curso presupuestario que transcurre; también la solución habitacional que garantice la autonomía personal (vivienda y solo subsidiariamente residencia, en todo caso mejorando su situación y ejerciendo un mayor control por parte de las Administraciones sobre el bienestar de las personas mayores); beneficios o reducciones fiscales, particularmente para bienes y servicios de uso geriátrico.

5. *Medidas en el ámbito educativo, social y cultural*: al margen del indudable valor que tiene la familia para favorecer la inclusión y protección de los mayores, la responsabilidad de ello recae también en la sociedad y en el Estado⁽⁷⁶⁾. De ahí que correspondan a éstos el fomento del derecho de los mayores a estudiar y formarse durante toda la vida (educación permanente); garantizar el acceso digital; la lucha contra los estereotipos; mantener y fortalecer el estado del bienestar (entre ellos los sistemas de asistencia a domicilio, las ayudas a la dependencia, etc.); prestar servicios a la comunidad a través del voluntariado; fomentar el contacto y la ayuda a las personas mayores que viven solas; promover el ocio, la cultura y la actividad física; aplicar los principios del diseño universal al envejecimiento (uso simple e intuitivo, uso equitativo, información perceptible, acomodación a las preferencias y capacidades, tolerancia al error, esfuerzo físico reducido y espacio para la aproximación y el uso)⁽⁷⁷⁾; y, por último, establecer un derecho de acceso a la justicia contemplado de modo preferente y adaptado a las personas mayores de edad.

IV. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ACLE MAUTONE, M., «El principio de igualdad y no discriminación en la vejez y la introducción de la perspectiva de edad», en *Los derechos de las personas mayores en el siglo XXI: situación, experiencias y desafíos*, VII Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2012.

(76) El papel del Estado y de la sociedad en su conjunto en el futuro será crucial, pues la tendencia a tener menos hijos asegura que habrá menos atención y apoyo potenciales para las personas mayores de sus familias en el futuro. Como dicen DEL CAMPO/RODRÍGUEZ-BRISO, «La gran transformación de la familia española durante la segunda mitad del siglo XX», *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 100, 2002, pág. 164, la tendencia a tener menos hijos y a dudar si construir una familia o no puede estar relacionado con el hecho de que la vejez ha pasado como preocupación desde el ámbito familiar al social.

(77) LILLO/MOREIRA, «Envejecimiento y diseño universal», *op. cit.*, págs. 501 y ss.

- AAVV, «Un perfil de las personas mayores en España 2019. Indicadores estadísticos básicos», *Informes envejecimiento en red*, núm. 22, Madrid.
- (descargable desde: <http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/en-red-indicadoresbasicos2019.pdf>)
- AAVV, *La participación social de las personas mayores*, Colección Estudios Serie Personas Mayores, núm. 11005, IMSERSO, 2008.
- BARRANCO AVILÉS/VICENTE ECHEVARRÍA, *La discriminación por razón de edad en España. Conclusiones y recomendaciones para el contexto español desde un enfoque basado en derechos*, HelpAge International España, 2020.
- BELANDO MONTORO, M. R., «Modelos sociológicos de la vejez y su repercusión en los medios», en *Comunicación e pessoas maiores*, Actas do Foro Internacional, Bárbara Kristensen y otros (eds.), Colexio Profesional de Xornalistas de Galicia, 2007, págs. 77-94.
- BUTLER, R., «Ageism: another form of bigotry», en *The Gerontologist*. vol. 9, 1969, págs. 243-246.
- CASTELLANO ARROYO/VILLANUEVA CAÑADAS, «Aspectos médico-legales de la vejez», *Ciencia Forense. Revista Aragonesa de Medicina Legal*, Monográfico Medicina Legal y Geriatría, núm. 3, 2001, págs. 23-39.
- COLOMAR PUEYO, G., *Abuso y maltrato al anciano: análisis y revisión de las sentencias judiciales en España*, tesis doctoral, Barcelona, 2018 (tesis en acceso abierto en TDX; <https://www.tdx.cat/>).
- CUGAT I LESEURS, M., «La discriminación política del mayor», *Discriminación por edad*, VII Congreso Nacional de Asociación de Mayores, Ed. Mapfre, 2006, págs. 62-73.
- DE BEAUVOIR, S., *La vejez.*, trad. Aurora Bernárdez, Edhasa, Barcelona, 1983.
- DE HARO HONRUBIA, A., «El estigma de la vejez. Una etnografía en residencias para mayores», *Intersecciones en Antropología*, vol. 15, núm. 2, 2014, pág. 445-459.
- DE LA TORRE, J., «Daniel Callaghan. In memoriam», *Revista Iberoamericana de Bioética*, núm. 11 / 01-13, 2019,
- DEL CAMPO/RODRÍGUEZ-BRIOSO, «La gran transformación de la familia española durante la segunda mitad del siglo XX», *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 100, 2002, págs. 103-165.
- GARCÍA VALVERDE/MALDONADO MOLINA, «La protección de la tercera edad, su tratamiento en la Constitución europea», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 57, 2005, págs. 455-470.

- GARCÍA-MAESTRO GARCÍA, M.J., *El régimen jurídico de la intervención administrativa a favor de la tercera edad. Especial referencia al servicio de ayuda a domicilio*, tesis doctoral, Salamanca, 2013. (descargable desde: <https://www.semanticscholar.org/paper/El-r%C3%A9gimen-jur%C3%ADdico-de-la-intervenci%C3%B3n-en-favor-de-Garc%C3%ADa-Josefa/655a4f184e36878c47f28183f1da93e8781dedd2>)
- GIMÉNEZ GLUCK, D., «La discriminación múltiple en el Derecho de la Unión», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 45, 2013, págs. 113-136.
- HELP AGE INTERNACIONAL ESPAÑA, *Derechos de las personas mayores: Hacia una Convención de Naciones Unidas para los derechos de las personas mayores*, 2019. (descargable desde su página web: <http://www.helpage.es>)
- HERRANZ GONZÁLEZ, R., *La discriminación de las personas mayores: régimen jurídico y realidad social*, tesis doctoral, Madrid, 2015 (tesis en acceso abierto en TESEO).
- LILLO/MOREIRA, «Envejecimiento y diseño universal», *Anuario de Psicología*, vol. 54, núm. 4, 2004, págs. 493-506.
- LUNA MALDONADO, A., «Anciano y marginación social», *Revista Aragonesa de Medicina Legal*, Monográfico Medicina Legal y Geriátrica, núm. 3, 2001, pág. 141-156.
- MARTÍN BRAVO, C., «Claves psicosociales del envejecimiento saludable», *Revista Pedagógica*, núm. 20 (2006-2007), págs. 167-184.
- MARTÍN GARCÍA, M., *Envejecimiento y derechos humanos: otras perspectivas necesarias*, tesis doctoral, UNED, 2017. (descargable desde: <http://e-spacio.uned.es/fez/view/tesisuned:ED-Pg-DeryCSoc-Mmartin>)
- MINOIS, G., *Historia de la vejez. De la Antigüedad al Renacimiento*, trad. Celia María Sánchez, Nerea, Madrid, 1987.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, D., «Malos tratos a personas mayores: otra forma de violencia», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 2, 2000. (descargable desde: http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_02-r4.html)
- OSO CANTERO, A., «Discriminación sanitaria del mayor», *Discriminación por edad*, VII Congreso Nacional de Asociación de Mayores, Ed. Mapfre, 2006, págs. 74-90.
- PANIZA PRADOS/ORTIGOSA PEROCHENA, «El maltrato a las personas mayores desde el paradigma de la violencia», *Barataria: revista castellano-manchega de ciencias sociales*, núm. 20, 2015, págs. 171-183.
- RODRIGUES CANOTILHO, M., *El principio de igualdad en el Derecho Constitucional Europeo*, tesis doctoral, Granada, 2014-15 (tesis en acceso abierto en: DIGIBUG).

SÁNCHEZ VERA, P., «Tercera y cuarta edad desde la perspectiva de los hogares», *Revista Española de investigaciones sociológicas*, núm. 75, 1996, págs. 57-79.

THAKE/LOWRY, «A systematic review of trends in the selective exclusion of older participant from randomised clinical trials», *Archives of Gerontology and Geriatrics*, núm. 72, 2017, págs. 99-102.

VERDÚ PASCUAL/CASTELLÓ PONCE, «Los ancianos en los ensayos médicos: olvidados, utilizados, ¿tratados mal?», *Revista Aragonesa de Medicina Legal*, Monográfico Medicina Legal y Geriatria, núm. 3, 2001, págs. 171-188.

CAPÍTULO 4

LA JUBILACIÓN

Ana Goerlich León
*Abogada especializada en Derecho Laboral
y de Seguridad Social, Sagardoy Abogados*

I. INTRODUCCIÓN

1.1. La jubilación en el contrato de trabajo y en la Seguridad Social

Si atendemos a las diferentes acepciones de la palabra jubilación de acuerdo con el Diccionario alcanzamos rápidamente la conclusión de que en ella concurren dos elementos. Por un lado, un componente de cese en la actividad, normalmente conectado con la edad, la incapacidad o la prestación de largos servicios. Así, las dos primeras acepciones del verbo «jubilarse» se mueven claramente en esta línea. Por otro lado, se compone y caracteriza por las prestaciones que se perciben con motivo del cese en la actividad, siendo esta la tercera acepción y la cuarta de las acepciones del verbo jubilar.

Este doble componente de la jubilación explica suficientemente la necesidad de que exista un doble tratamiento pues es preciso considerarla tanto desde la perspectiva del contrato de trabajo, como desde la perspectiva de la S. S. En el primer terreno, en cuanto supone el cese de la actividad, aparece como una causa de extinción del contrato de trabajo; y en el segundo, en tanto que implica la iniciación de la protección por el sistema de S. S. de la persona trabajadora.

Por supuesto existen estrechas y evidentes vinculaciones entre ambas facetas, siendo quizá la más evidente la relación de causa-efecto existente entre ambas ya que la percepción de las prestaciones sociales procede precisamente del abandono de la persona trabajadora de la actividad. No obstante, existen otras vinculaciones relevantes tales como la conexión entre la trayectoria profesional y la pensión o el carácter alternativo de la pensión respecto a la actividad.

Por ello, un análisis de la jubilación desde la perspectiva del derecho requiere analizar por separado ambos componentes. Solo así es posible observar el sistema, comprender el conjunto de los problemas y detectar sus posibles insuficiencias. Eso sí, con carácter previo, es preciso poner sobre la mesa los condicionantes de la regulación, esto es, los factores que influyen en el modo en que el ordenamiento regula la institución de la jubilación.

1.2. Los múltiples intereses en juego

Los diferentes intereses —individuales y colectivos— condicionan y determinan la jubilación.

Si se observa la jubilación desde una perspectiva individual son varios los condicionantes que existen. De entrada, la mayor edad se asimila a la posible incapacidad para trabajar, lo que se advierte en algunas de las acepciones del verbo «jubilarse» que utiliza el Diccionario. P. ej. en la segunda acepción, «Dispensar a alguien, por razón de su edad o decrepitud, de ejercicios o cuidados que practicaba o le incumbían», o en la tercera, «Desechar algo por inútil».

La innegable vinculación entre la mayor edad y la incapacidad era comúnmente aceptada en el pasado dada la prevalencia de la actividad y empleo en la industria y las peores condiciones de vida respecto a las actuales. No obstante, mucho más difícil es asimilar la mayor edad con la incapacidad para el trabajo en la actualidad dada la terciarización de la economía, donde los trabajos no requieren la misma dedicación física; el retraso en el acceso al empleo; las mejoras en las condiciones de vida y el aumento exponencial de la esperanza de vida. Por ello, la asociación entre jubilación y menor capacidad para trabajar como consecuencia de la edad se asocia ya únicamente a actividades concretas, en las que los requerimientos físicos son superiores y, por tanto, en las que se produce un desgaste físico mayor.

Por ello, desde esta primera perspectiva individual, la jubilación parece asociarse con la idea de descanso. En otras palabras, se asocia la jubilación con la expectativa de poder dedicar el último período de la vida al descanso y a las actividades que no han podido ser desarrolladas durante el período en que se ha permanecido en el mercado de trabajo. En definitiva, se trata de una cuestión de libertad personal que encuentra su lugar en el art. 50 CE que, cuando establece las directrices de las políticas que los poderes públicos deben desarrollar con respecto a «los ciudadanos durante la tercer edad», incluye la promoción de «su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio».

Por otro lado, si se mira la jubilación desde una perspectiva económica y, por tanto, colectiva, la política de jubilación se integra en las políticas de flexibilidad y de empleo. Y, en las políticas de empleo, la obligatoriedad de la jubilación pasa a un primer plano ya que, como se observa a simple vista, el empleo se reparte entre los trabajadores de edad avanzada y los jóvenes, quienes —en teoría— ocupan sucesivamente los puestos de trabajo que dejan los trabajadores con mayor edad.

También desde una perspectiva colectiva, pero desde un enfoque empresarial, la jubilación aparece como un elemento de suma relevancia en relación con las reestructuraciones de plantillas. Es así la jubilación el instrumento que permite rejuvenecer las plantillas de trabajadores, eliminando los gastos superiores que generalmente conllevan trabajadores con altas antigüedades, incrementando la productividad empresarial ya que, también en general, las perso-

nas trabajadoras más jóvenes tienen una mayor motivación. Al mismo tiempo, las reestructuraciones basadas en la jubilación tienden a ser menos traumáticas para las personas trabajadoras de edad avanzada dado que acceden con mayores facilidades al sistema de protección social, sin quedar tan descubiertas como otros trabajadores.

Se encuentra un tercer grupo de condicionantes: la demografía y la sostenibilidad del sistema de pensiones. La configuración de la protección por jubilación y el propio sistema de S. S. se desarrolló en un contexto demográfico bien diferente ya que, en ese momento, la estructura demográfica se correspondía con una pirámide de amplia base y la esperanza de vida era más reducida. Sin embargo, tanto la estructura demográfica como la esperanza de vida han cambiado y evolucionado significativamente por la caída de la natalidad y el rápido aumento de la esperanza de vida.

Demográficamente hablando, lo que antes era una pirámide es cada día más un rectángulo que descansa en uno de sus lados menores, aproximándose cada vez más a una pirámide invertida, lo que indudablemente afecta y disminuye los ingresos en el sistema de S. S. A lo anterior se añade el aumento de la esperanza de vida, el cual incrementa los costes de las pensiones.

Desde la perspectiva demográfica, y centrándonos en España con las salvedades que se expondrán, la edad ordinaria de jubilación permanece más o menos estable desde la fundación del sistema de S. S. Sin embargo, según los datos del INE, el porcentaje de población mayor de 65 años casi se ha duplicado (en el año 1975 era del 10,20 %, mientras que en el año 2020 es del 19,58 %) y la esperanza de vida al nacer se ha incrementado en más de 10 años (en el año 1975 era de 73,47 años, mientras que en el año 2020 es de 83,59 años).

Los fenómenos demográficos descritos y la falta de una profunda modificación legislativa afectan —y perjudican— a la financiación de la S. S. ya que el sistema de reparto establecido —art. 110.1 LGSS— se basa en la solidaridad intergeneracional, es decir, los trabajadores activos sufragan con sus actuales aportaciones la protección social de los trabajadores pasivos. Por ello, nuestro sistema es extremadamente dificultoso de mantener a largo plazo cuando la *ratio* entre los trabajadores activos y pasivos se modifica. Tal dificultad se observa con la tasa de dependencia de la población mayor, que se calcula dividiendo las personas mayores de 64 entre las personas activas (de edad entre 15 a 64 años), multiplicado por 100. Según datos del INE, sobre la evolución de la tasa de dependencia de la población mayor de 64 años, se puede observar que es casi del doble (en el año 1975 era de 16,82 %, mientras que en el año 2020, es del 30,20 %). Por supuesto, este aspecto provoca que los objetivos de las políticas y reformas legislativas estén dirigidos a eliminar la obligatoriedad de la jubilación y retrasar la edad en la que se produce.

II. JUBILACIÓN Y CONTRATO DE TRABAJO

La existencia de un tratamiento de la jubilación desde la perspectiva del contrato de trabajo es relativamente reciente dado que no había previsión específica en la Ley de Contrato de Trabajo, ni en su versión de 1931 (Ley de 21 de noviembre de 1931) ni en la versión de 1944 (D. 26 de enero de 1944, por el que se aprueba el Texto refundido), y tampoco en las actualizaciones normativas que se produjeron con la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales o con el RDL 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo⁽¹⁾. Por tanto, la jubilación solo adquiriría relevancia en el terreno de la S. S. y, desde la perspectiva del contrato de trabajo, solo porque el abandono de la actividad que la jubilación requería se instrumentaba a través de las causas generales de extinción, pero no constituía una causa específicamente prevista.

No fue hasta el Estatuto de los Trabajadores, Ley 8/1980, de 10 de marzo, que la jubilación se incorporó al listado de causas extintivas previstas en el art. 49 («el contrato de trabajo se extinguirá: (...) Seis. Por jubilación del trabajador. Siete. Por muerte, jubilación en los casos previstos en el régimen correspondiente de la S. S. o incapacidad del empresario...»). Se trata de una redacción que ha llegado a nuestros días sin casi variaciones ya que, actualmente, las letras f) y g) del art. 49 del actual ET mantienen la redacción original a pesar de los numerosos cambios que ha sufrido la norma a lo largo de los años.

Desde la perspectiva del contrato de trabajo no existe una definición de concepto de jubilación, siendo de aplicación el concepto previsto en la LGSS. El concepto de jubilación se encuentra en el art. 204 LGSS que permite entender, como es lógico, que la jubilación implica el cese en el trabajo en atención a haber alcanzado la edad establecida, beneficiándose la persona trabajadora de la correspondiente prestación económica («La prestación económica por causa de jubilación, en su modalidad contributiva, será única para cada beneficiario y consistirá en una pensión vitalicia que le será reconocida, en las condiciones, cuantía y forma que reglamentariamente se determinen, cuando, alcanzada la edad establecida, cese o haya cesado en el trabajo por cuenta ajena.»).

Las referencias del art. 49 del ET no agotan todos los matices que presenta la jubilación en el contrato de trabajo ya que, por un lado, existen otras reglas dentro de la propia norma que contribuyen a delimitar la jubilación y, por otro, en la práctica se han generado supuestos típicos de extinción del contrato de trabajo vinculados a la edad de los trabajadores que no encajan en la noción de jubilación según la S. S. y que plantean problemas específicos. Todo ello se desarrolla a continuación.

(1) Como excepción, la legislación funcionarial (*cf.* art. 37.2 Ley de Funcionarios Civiles del Estado, texto articulado por D. 315/1964, de 7 de febrero, que ya en versión original preveía: «La relación funcionarial cesa también en virtud de jubilación forzosa o voluntaria»).

2.1. Extinción del contrato de trabajo y mayor edad

Al margen de la extinción del contrato de trabajo por el acceso a la jubilación de la persona trabajadora, existe una práctica muy consolidada de asociar la extinción del contrato en base a las causas generales de extinción cuando la persona trabajadora cumple una cierta edad.

Así, las ventajas de extinguir los contratos de personas trabajadoras con una mayor edad, aunque éstas no accedan a la jubilación, existen tanto para la empresa como para las personas trabajadoras. Desde la perspectiva de la empresa, las extinciones de personas de mayor edad permiten una renovación de la plantilla, la eliminación de los mayores costes asociados a trabajadores con mayor antigüedad y la reducción de trabajadores menos motivados. Desde la perspectiva de los trabajadores, si bien es cierto que los trabajadores de edad avanzada tienen más problemas para encontrar una nueva ocupación, también lo es que estas extinciones son menos traumáticas porque pueden acceder a prestaciones sociales específicamente previstas para las mismas. Así, suele tratarse de trabajadores que cuentan con una carrera asegurativa amplia, es decir, que pueden acceder a prestaciones por desempleo con topes máximos o que incluso pueden acceder a específicas prestaciones de desempleo que facilitan el tránsito hacia su futura jubilación tales como el subsidio asistencial de desempleo (art. 274.4 LGSS).

La combinación de las ventajas indicadas anteriormente con las aportaciones económicas que realizan las empresas con motivo de las reestructuraciones de plantilla ha provocado que surja una situación carente de una normativa específica, pero socialmente típica: la llamada «prejubilación». Esto es que, a través de las causas generales de extinción (acuerdo de voluntades, bajas voluntarias, despidos por causas objetivas, etc.), la persona trabajadora abandona el mercado y pasa a encontrarse en una situación similar a la de la jubilación, si bien a una edad notablemente inferior, manteniendo las cotizaciones a la S. S. para garantizarse su acceso a la jubilación cuando alcance la edad correspondiente.

Por tanto, la prejubilación es una situación no exenta de problemas interpretativos desde una perspectiva jurídica, pero también desde una perspectiva legislativa.

Por lo que se refiere a los problemas interpretativos, las personas trabajadoras de mayor edad aparecen como víctimas prioritarias de las reestructuraciones de plantilla, por lo que cabría preguntarse ¿son adecuadas las extinciones conforme a las exigencias del principio de igualdad y no discriminación? Si se analiza el marco legal, aunque la edad no está expresamente contemplada en el art. 14 CE, hay que tener presente el carácter abierto del precepto y, por otro lado, que el art. 21 de la CDFUE contempla expresamente la edad como posible causa de discriminación. En esta línea, también la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de

27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación se refiere expresamente a edad en sus arts. 1 y 6.

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha descartado que la utilización del criterio de la edad en la selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo vulnere el principio de igualdad, ya que se deben tener en cuenta las ventajas que estos trabajadores de mayor edad encuentran en el sistema de protección social (STC 66/2015, de 13 de abril).

Por lo que se refiere a la perspectiva legislativa, se produce un fenómeno de «socialización» de los costes de la reestructuración en tanto que la empresa aprovecha la red protectora y los recursos públicos para facilitar la jubilación a los trabajadores afectados, con un ahorro de coste privado. Como consecuencia de tal fenómeno se han producido las siguientes medidas legislativas con la finalidad de paliar los efectos sobre los gastos de los sistemas de protección social:

(a) Desde el año 2001, con el RDL 16/2001, de 27 de diciembre, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, las «empresas no incursas en procedimiento concursal» deben abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial de los «trabajadores con cincuenta y cinco o más años de edad que no tuvieren la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967», en los términos previstos en la LGSS. Actualmente esta previsión se encuentra en el art. 51.9 del ET y, concretamente, se desarrolla en la DA 13.^a LGSS y en el art. 20 de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social.

(b) Desde el año 2011, se regula la previsión de aportaciones extraordinarias al empleo en los casos en los que la reestructuración de empleo afecte a trabajadores de 50 o más años. La regla base se encuentra en el art. 51.11 del ET: «Las empresas que realicen despidos colectivos de acuerdo con lo establecido en este artículo, y que incluyan a trabajadores de cincuenta o más años de edad, deberán efectuar una aportación económica al Tesoro Público de acuerdo con lo establecido legalmente.» Concretamente, la regulación se encuentra en la DA 16.^a de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social y en el RD 1484/2012, de 29 de octubre, sobre las aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años. En general, se puede observar que se trata de una regulación diseñada para empresas, o grupo de empresas, de tamaño medio o grande y que no se aplica tanto cuando el despido afecta a trabajadores de edad avanzada, sino cuando lo hace de forma desproporcionada en atención a la plantilla anterior. En

todo caso, las prejubilaciones son todavía un fenómeno frecuente que impacta significativamente en el mercado de trabajo, lo que ha llevado a la Comisión del Pacto de Toledo a recomendar en su reciente Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo aprobado el 28 de octubre de 2020 por el Congreso de los Diputados que se reserve la prejubilación a aquellos trabajadores que cuenten con largas carreras de cotización y que opten por acogerse a ella, considerando esencial analizar los costes financieros y la equidad actuarial de los coeficientes reductores que se aplican en los casos de jubilación anticipada, poniendo especial atención en la forma de acceso a la misma, los supuestos de carreras de cotización prolongadas y el sector de actividad en que se produzca la jubilación.

2.2. La jubilación como causa de extinción del contrato de trabajo

A) *Jubilación del trabajador y jubilación del empresario*

Entrando ya en la jubilación, el art. 49 del ET la considera causa extintiva, tanto para trabajador como para empresario.

En ambos casos existen aspectos comunes. En primer lugar, en los dos supuestos la extinción se asocia al cumplimiento de una determinada edad delimitada por la LGSS. Así, para trabajador y empresario es posible jubilarse en la edad ordinaria o acogerse a las diferentes jubilaciones anticipadas establecidas en la normativa de S. S. En segundo lugar, en los dos casos la extinción no queda sujeta a exigencias formales o procedimentales, tan solo el efecto indemnizatorio establecido legalmente para los casos de jubilación del empresario («En los casos de muerte, jubilación o incapacidad del empresario, el trabajador tendrá derecho al abono de una cantidad equivalente a un mes de salario», art. 49.1 letra g), segundo pfo., del ET). Aunque podría pensarse, por su lógica aplastante, que la jubilación del empresario individual podría tener efectos colectivos, los cuales podrían encajar en el ámbito de la Directiva sobre despidos colectivos —con las consecuencias que ello tendría desde una perspectiva procedimental—, lo cierto es que las previsiones del ET han sido aceptadas y validadas por la STJUE de 10 de diciembre de 2009, C-323/08, aunque en relación con la muerte del empresario individual —supuesto incluido en el mismo precepto, art. 49.1 letra g) del ET—.

Los dos supuestos de jubilación también presentan alguna diferencia según afecte a uno u otro. La principal es que la jubilación del empresario no tiene un efecto extintivo automático por dos razones:

(a) Siempre se ha permitido que el empresario acceda a la situación de jubilación conservando la titularidad del negocio. En este sentido, la regulación del RETA establece, en el art. 45.2 del D. 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los tra-

bajadores por cuenta propia o autónomos, que «El disfrute de la pensión de vejez será incompatible con el trabajo del pensionista, con las salvedades y en los términos que reglamentariamente se determinen»; y en el art. 93 de la Orden de 24 de septiembre de 1970 por la que se dictan normas para aplicación y desarrollo del Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, que «1. El disfrute de la pensión de vejez será incompatible con todo trabajo del pensionista, por cuenta propia o ajena, que dé lugar a su inclusión en el campo de aplicación de este Régimen Especial del Régimen General o de alguno de los demás Regímenes Especiales a que se refiere el art. 10 de la Ley General de la Seguridad Social de 30 de mayo de 1974. 2. El disfrute de la pensión de vejez será compatible con el mantenimiento de la titularidad del negocio de que se trate y con el desempeño de las funciones inherentes a dicha titularidad».

(b) La jubilación del empresario abre la posibilidad tanto de la liquidación del negocio como de su traspaso para su continuidad por un sucesor o por un tercero. En este caso, como expresamente se establece en el art. 49.1 letra g) del ET, serían de aplicación las reglas en materia de transmisión de empresa y, por tanto, los contratos de trabajo deberían continuar con el nuevo empresario.

B) Voluntariedad y obligatoriedad de la jubilación de la persona trabajadora

Mientras que no se discute que la jubilación del empresario es siempre voluntaria; por el contrario, la cuestión de voluntariedad u obligatoriedad de la jubilación de la persona trabajadora ha sido objeto de aproximaciones muy diferentes a lo largo de los años.

El Estatuto de los Trabajadores de 1980 (Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores) contenía dos reglas relevantes en relación con la obligatoriedad de la jubilación, ambas contenidas en su DA 5.^a. La primera establecía una edad máxima de admisión al trabajo («La capacidad para trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo, tendrá el límite máximo de edad que fije el Gobierno en función de las disponibilidades de la S. S. y del mercado de trabajo. De cualquier modo, la edad máxima será la de sesenta y nueve años, sin perjuicio de que puedan completarse los períodos de carencia para la jubilación»). La segunda posibilitaba, además, que los convenios colectivos establecieran la obligatoriedad de la jubilación («En la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de S. S. a estos efectos.»).

Las dos disposiciones mencionadas han corrido una suerte distinta. Por lo que se refiere a la primera, la edad máxima para trabajar fue declarada inconstitucional en el año 1981 (STC 22/1981, de 2 de julio). En cuanto a la segunda, la posibilidad de que los convenios establezcan la jubilación obligatoria o forzosa

superó el *test* de constitucionalidad en el año 1985 (por todas, STC 58/1985, de 30 de abril).

A partir de las intervenciones del TC se alcanzan dos conclusiones principales. En primer lugar, que resulta imposible establecer una edad máxima de admisión al trabajo de forma abstracta, sin perjuicio de que sea posible hacerlo en atención a otras finalidades constitucionalmente legítimas. En España, p. ej. se ha admitido esta posibilidad en relación con los funcionarios (STC 99/1987, de 11 de junio) y, aunque no tenemos ejemplos normativos claros sobre regulaciones legales que establezcan una edad máxima de forma abstracta, cabría pensar igualmente en que se pudiera establecer, legalmente, la jubilación obligatoria en relación con determinadas actividades que tienen específicos requisitos para ser realizadas. En este sentido, es de especial relevancia la STJUE de 7 de noviembre de 2019, asunto C-396/18, sobre la jubilación forzosa de los pilotos, y en la misma línea la posterior STJUE de 2 de abril de 2020, asunto C-670/18, que posiblemente reconfigurarán y recapitularán la jurisprudencia de discriminación por edad.

Por otro lado, como segunda conclusión destaca la legitimidad de las jubilaciones obligatorias vinculadas a decisiones de política de empleo. Se trata de una idea que a día de hoy no se ha utilizado por nuestra legislación, salvo en cuanto a los incentivos a la jubilación anticipada que han existido o aún existen a través de los contratos de relevo.

De esta forma, realmente se ha recurrido a las cláusulas de los convenios colectivos para establecer la jubilación obligatoria, ya que la inicial DA 5.^a del Estatuto de los Trabajadores de 1980 se convirtió en la refundición del texto estatutario del año 1995 en la DA 10.^a: «Dentro de los límites y condiciones fijados en este precepto, la jubilación forzosa podrá ser utilizada como instrumento para realizar una política de empleo. La capacidad para trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo, tendrá el límite máximo de edad que fije el Gobierno en función de las disponibilidades de la S. S. y del mercado de trabajo, sin perjuicio de que puedan completarse los períodos de carencia para la jubilación. En la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación sin perjuicio de lo dispuesto en materia de S. S. a estos efectos».

La jubilación obligatoria o forzosa es un mecanismo legal no exento de debate. Prueba de ello es que se han podido observar numerosos episodios de sucesión y cambio normativo a lo largo de los años en relación con los sucesivos cambios de gobierno. En este sentido, en el año 2001 se derogó la DA 10.^a del Estatuto de los Trabajadores sin establecer ningún régimen concreto, lo que dio lugar a múltiples discusiones jurisprudenciales. En el año 2006, la DA 10.^a reapareció tras alcanzarse un acuerdo entre el Gobierno y los interlocutores sociales. Posteriormente, en el año 2012, se volvió a derogar la DA 10.^a, estableciendo en su lugar, esta vez sí, específicas soluciones para los convenios colectivos

que se hubieran negociado en los años anteriores a la derogación. Y, por ahora, el último episodio es la reaparición de la DA 10.^a en el ET, que actualmente y quizá no por mucho tiempo, establece lo siguiente: «Los convenios colectivos podrán establecer cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad legal de jubilación fijada en la normativa de S. S., siempre que se cumplan los siguientes requisitos: a) El trabajador afectado por la extinción del contrato de trabajo deberá cumplir los requisitos exigidos por la normativa de S. S. para tener derecho al cien por ciento de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva. b) La medida deberá vincularse a objetivos coherentes de política de empleo expresados en el convenio colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo por la transformación de contratos temporales en indefinidos, la contratación de nuevos trabajadores, el relevo generacional o cualesquiera otras dirigidas a favorecer la calidad del empleo».

De lo anterior se desprende lo difícil que es saber qué deparará el futuro sobre la jubilación forzosa. Detrás de los cambios normativos existen dos líneas de política bien diferentes: por un lado, aquella que suprime la DA 10.^a que parece más preocupada por la sostenibilidad del sistema y, por tanto, de la edad de las pensiones; mientras que la política que incorpora la DA 10.^a se mueve más en el terreno de la política de empleo. A pesar de la incertidumbre que existe sobre esta materia, el Proyecto de Ley de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones pretende limitar la jubilación forzosa a partir de 68 años de edad, estableciendo que tal límite se podría rebajar en algunos sectores siempre y cuando se incremente la participación de la mujer en los mismos.

2.3. Jubilación y transformación del contrato de trabajo

Se ha partido en el presente capítulo de que la jubilación implica el abandono total de la actividad, siendo ésta la configuración más tradicional dado que supone que solo se accede a la pensión de jubilación si se abandona el trabajo y que, si posteriormente la persona trabajadora se reincorpora nuevamente al trabajo, se suspende la pensión. Se trata así de la regla tradicional de incompatibilidad entre trabajo y pensión, actualmente establecida en el primer pfo. del art. 213.1 LGSS, desarrollado en el art. 16 de la Orden de 18 de enero de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación de Vejez en el Régimen General de la Seguridad Social.

Sin embargo, a medida que se han ido incorporando nuevas finalidades a la protección de jubilación, vinculadas a la libertad personal y a la necesidad de fomentar la permanencia en el mercado de trabajo de los trabajadores de mayor edad por la sostenibilidad del propio sistema de S. S., este esquema tan

cerrado de incompatibilidad y relaciones entre jubilación y contrato se ha visto superado.

Se podría establecer quizá como línea de inflexión el RDL 16/2001, de 27 de diciembre, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, norma ya derogada, pero que por primera vez introdujo conceptos de flexibilidad en la jubilación tales como la jubilación flexible o la jubilación parcial, instrumentos que por primera vez cambiaron las reglas clásicas sobre la compatibilidad y que introdujeron nuevos criterios sobre la idea de que no es obligatorio el abandono completo del mercado de trabajo al alcanzar una edad avanzada. No obstante, no se entra a describir en el presente capítulo los instrumentos jurídicos que permiten la prolongación de la actividad profesional porque son materia del capítulo siguiente de este mismo volumen.

III. LA PROTECCIÓN POR VEJEZ EN LA SEGURIDAD SOCIAL

Si miramos la jubilación desde la perspectiva de la S. S. y, en concreto, desde la perspectiva de la protección social, el art. 50 CE tiene dos facetas: por un lado, «Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad», y por otro, «Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio». A lo largo del presente apartado nos centraremos en la primera dimensión de la protección social, ya que la segunda es analizada en otros capítulos del presente volumen.

Es preciso partir del carácter central de la protección de jubilación en el sistema de S. S., tanto por el número de pensiones como por el esfuerzo económico que supone afrontarlas. Basta atender a los datos del año 2019 para alcanzar tal conclusión. En cuanto al número de pensiones, las de jubilación suponen dos terceras partes de las pensiones del sistema de S. S., considerando solo las contributivas —6.089.294 sobre el total de 9.801.379 pensiones dispensadas por el sistema—. En cuanto al esfuerzo económico, la jubilación también supone casi un 80% del gasto total —6.963.419, sobre 9.759.800 (en miles de euros)—. El elevado gasto que supone la jubilación se justifica, principalmente, en que las pensiones de jubilación suelen ser más altas que las demás pensiones del sistema. Así, p. ej., la pensión media de jubilación —de las nuevas altas— era, a finales del año 2019, de 1.143,55 euros, frente a los 978,40 euros de pensión establecida para la incapacidad, o respecto las cantidades menores previstas para otras pensiones.

Por todo ello, las pensiones por jubilación constituyen el pasivo principal del sistema de la S. S. Conforme a los datos del año 2018, frente al 62% de la pensión por jubilación, la pensión de viudedad tuvo un peso del 24,5%, la de

incapacidad permanente del 9,9 %, la de orfandad, por su parte, supuso el 3,5% y tan solo un 0,4% fue la de favor de familiares.

De esta forma, la protección por jubilación constituye el eje central del sistema de la S. S., siendo el instrumento fundamental de protección y el elemento sobre el que se construye la teoría general de las pensiones de S. S. Es esencial tener en cuenta que la centralidad de la jubilación en nuestro sistema de S. S. cobrará, si cabe, más importancia en los próximos años dadas las previsiones de la evolución demográfica y el impacto económico de la incorporación de la mujer al mundo laboral.

3.1. La protección no contributiva

Como es sabido, son dos las modalidades de protección en la S. S.: la contributiva y la no contributiva. La primera se refiere a las personas que han tenido carreras profesionales de entidad ya que no permite el acceso a la pensión si no se ha mantenido un esfuerzo contributivo de cierta entidad, y por ello, otorga una protección que se ajusta a la entidad de las carreras profesionales, buscando la proporcionalidad ya que la protección se determina conforme a los años cotizados y entidad de las aportaciones realizadas a lo largo de tales años.

Es evidente que la mera existencia de los requisitos mencionados provoca situaciones de desprotección en los casos en que, por las razones que sea, no existe una trayectoria profesional previa de entidad suficiente como para acceder a la prestación contributiva. Aunque serían concebibles otras soluciones para este tipo de problemas en el marco de las competencias de asistencia social de las CCAA, en el ámbito de la S. S. existen las prestaciones no contributivas de jubilación e invalidez, reguladas por primera vez en la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas.

La protección no contributiva tiene una importancia cuantitativa menor en comparación con los datos expuestos anteriormente relativos a la protección contributiva. Así, a finales del año 2019, había 261.044 pensiones no contributivas por jubilación frente a las 6.089.294 de pensiones no contributivas.

Actualmente, la protección no contributiva por jubilación se encuentra regulada en los arts. 369 y ss. LGSS, siendo los requisitos de acceso a la protección los descritos a continuación.

Respecto a la edad, se accede a los 65 años. Además, se exige la residencia legal en territorio español en el momento de solicitar la prestación, así como la residencia en España durante 10 años, entre los 16 años y la edad de devengo de la pensión, y de ellos, «dos deberán ser consecutivos e inmediatamente anteriores a la solicitud».

También se requiere la existencia de una situación de necesidad de la persona trabajadora, es decir, la carencia de rentas e ingresos en los términos establecidos legalmente, siendo las reglas principales las siguientes —art. 363 LGSS—: (a) individualmente, se requieren «rentas o ingresos insuficientes cuando la suma, en cómputo anual, de los mismos sea inferior al importe, también en cómputo anual, de la prestación» —art. 363.1 letra d) LGSS—; (b) en caso de convivencia con otras personas en una unidad económica, se produce un aumento del tope de los ingresos; considerándose unidad económica la «convivencia de un beneficiario con otras personas, sean o no beneficiarias, unidas con aquel por matrimonio o por lazos de parentesco de consanguinidad hasta el segundo grado» —art. 363.4) LGSS—, operando las reglas sobre acumulación de rentas de forma diferente en función del tipo de parentesco —apdos. 2 y 3 del art. 363 LGSS—; y (c) para los criterios de cálculo de los ingresos se aplican con carácter general las reglas en materia de IRPF —art. 363.5 LGSS—.

Existe un control permanente de los requisitos mencionados puesto que el art. 369.2 LGSS establece que el cumplimiento de los mismos condiciona tanto el derecho a la pensión, como la conservación de la misma («Las rentas e ingresos propios, así como los ajenos computables por razón de convivencia en una misma unidad económica, y la residencia en territorio español condicionan tanto el derecho a pensión como la conservación de la misma y, en su caso, su cuantía.»). En esta línea, y sobre todo en relación con los requisitos económicos, se establece la necesidad de informar sobre toda variación de datos —art. 372 LGSS en relación con el art. 368 LGSS—.

En cuanto se refiere a la cuantía de la pensión no contributiva de jubilación, ésta se fija anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado —art. 370 LGSS en relación con el art. 364.1 LGSS—. Existen asimismo derechos complementarios a la pensión no contributiva. P. ej. en relación con el alquiler existe el RD 1191/2012, de 3 de agosto, por el que se establecen normas para el reconocimiento del complemento de pensión para el alquiler de vivienda a favor de los pensionistas de la S. S. en su modalidad no contributiva.

A falta de Ley de Presupuestos Generales del Estado, como sucede desde el año 2018, se debe consultar el RD-L 1/2020, de 14 de enero, por el que se establece la revalorización y mantenimiento de las pensiones y prestaciones públicas del sistema de S. S. dado que las prestaciones reconocidas se actualizan en la misma medida en que se revisan las prestaciones contributivas conforme al art. 62 LGSS.

No obstante, el reciente Proyecto de Ley de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones pretende fijar un nuevo marco estable de revalorización de las pensiones. El nuevo mecanismo prevé que el 1 de enero de cada año se incrementarán las pensiones de acuerdo con la inflación media

anual registrada en el ejercicio anterior. En el caso de que se produzca un año de IPC negativo, la cuantía de las pensiones quedará inalterada.

3.2. La edad de jubilación

A) El marco legal vigente

De acuerdo con lo previsto en el art. 204 LGSS, son tres los requisitos necesarios para el acceso a la protección contributiva por vejez: la edad, el cese en el trabajo y la afiliación y período previo de cotización en la S. S.

Si bien el cese en el trabajo se ha analizado en el apartado anterior, en cuanto al requisito del alta, se trata de un requisito técnico relacionado con la existencia formal de la relación entre la persona trabajadora y la S. S., que ha ido perdiendo importancia a medida que se ha ido permitiendo el acceso a las pensiones desde situaciones de no alta. Por ello, a continuación nos centraremos en el requisito de la edad.

Como se ha observado, existe un profundo debate sobre la edad de jubilación, el cual enfrenta las exigencias de sostenibilidad del sistema con las derivadas de otras finalidades tales como la libertad y el descanso de la persona trabajadora. Tal confrontación entre los intereses en juego provoca serias dificultades para alcanzar cualquier acuerdo en esta materia. De hecho, en la última revisión del Pacto de Toledo no se alcanzó ningún acuerdo lo que ha provocado que, desde entonces, no se hayan aprobado nuevas revisiones a pesar de que siguen existiendo problemas profundos en la actual configuración legal que ponen en riesgo la viabilidad y sostenibilidad del modelo tal como lo conocemos.

Echando la vista atrás, hace justo 25 años de la firma del Pacto de Toledo, la cual se produjo en el año 1995 fruto de una comisión parlamentaria cuyo objetivo principal era analizar el estado de las pensiones, proponer medidas para la mejora del sistema y, en definitiva, alcanzar acuerdos estructurales sobre el sistema de S. S. Se trata del Pacto que ha sentado las bases de numerosas legislaciones y reformas en el ámbito de las pensiones ya que, p. ej., estableció las diferencias esenciales entre las pensiones contributivas y no contributivas y fijó la edad de jubilación, recomendando la prolongación de la vida laboral.

En la revisión que se produjo en el año 2010, cuyos trabajos concluyeron con el Informe de evaluación y reforma del pacto de Toledo en enero de 2011 por el Congreso de los Diputados, se abordaba la edad de jubilación en la R núm. 12. Aunque la comisión consideró «la prolongación de la vida laboral de los ciudadanos como un objetivo necesario y deseable» y planteó una serie de medidas con la finalidad de alcanzar la indicada prolongación, la última afirmación del texto indicaba que «La Comisión constata que no se ha alcanzado acuerdo alguno en materia de edad legal de jubilación». No obstante, aunque no se consiguió un acuerdo en el marco del Pacto de Toledo, el entonces Go-

bierno consiguió el acuerdo para retrasar la edad ordinaria de jubilación de 65 a 67 años a través de un acuerdo con los interlocutores sociales.

Concretamente, lo consiguió a través del Acuerdo Social y Económico, de 2 de febrero de 2011, de composición tripartita —Gobierno, sindicatos y patronal—, en el que se abordaba la reforma de las pensiones e incluía expresamente la reforma de la edad de jubilación. Tal acuerdo se convirtió en la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, una de las normas con mayor trascendencia en cuanto al futuro de las pensiones que, a grandes rasgos, sitúa la edad de jubilación en los 67 años, admitiendo la jubilación a los 65 años en determinados supuestos en los que la persona trabajadora tenga una trayectoria profesional —período cotizado— elevada. Además, las medidas acordadas en el año 2011 no solo incluyeron modificaciones en la edad ordinaria de jubilación, sino también una nueva regulación de las jubilaciones anticipadas, así como incentivos al mantenimiento en activo.

Hasta el momento, y a pesar de la relevancia de la norma indicada, la evolución normativa solo ha tenido un éxito que puede calificarse de parcial toda vez que, aunque la edad real de jubilación ha pasado de 63,4 años (año 2006) a 64,4 años (año 2019), la edad real de jubilación continúa situándose por debajo de las previsiones legislativas (65/67 años) y mostrando una fuerte vitalidad de las jubilaciones que se producen por debajo de los 65 años ya que, en el año 2019, las jubilaciones por debajo de los 65 años fueron más de una tercera parte de las nuevas altas. En concreto, fueron 120.011 sobre el total de las 303.394 nuevas altas. Por ello, el éxito solo puede considerarse parcial, como mucho, dado que *de facto* no se ha conseguido la permanencia ni prolongación de los trabajadores en el mercado de trabajo y se siguen produciendo una gran parte de las jubilaciones por debajo de la edad establecida legalmente, hecho que va en detrimento de la sostenibilidad del sistema. Prueba del largo camino que queda por recorrer en esta cuestión es que el reciente Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo aprobado el 28 de octubre de 2020 por el Congreso de los Diputados, en su R. núm. 12, reitera que es necesario reforzar los mecanismos actuales para aumentar la edad efectiva de jubilación, fomentando la permanencia de los trabajadores en activo y combatiendo la discriminación por edad, restringiendo al máximo el abandono prematuro de la vida laboral.

B) *El aumento de la edad de jubilación*

La edad ordinaria de jubilación es, desde el año 2011, doble —art. 205.1 letra a) LGSS—. Con carácter general, la edad ordinaria de acceso a la jubilación es de 67 años, pero puede accederse con 65 años si se cumple el requisito contributivo de haber cotizado treinta y ocho años y seis meses de cotización.

Para acceder a la jubilación se exigen cotizaciones efectivas, es decir, no se tienen en cuenta los llamados días-cuota, que son la parte proporcional correspondiente a las pagas extraordinarias, ni se producen redondeos con las fracciones de mes.

Respecto a las cotizaciones efectivas son sumamente relevantes las reglas transitorias establecidas en la DT 7.^a LGSS que prevén la implantación gradual de los 67 años, así como la implantación gradual de la carencia reforzada para el acceso a la jubilación a los 65 años. La secuencia cronológica prevista en la DT 7.^a LGSS sitúa en el año 2027 la definitiva entrada en vigor de la regulación aprobada en el año 2011. P. ej. para el próximo año 2021 puede accederse a la pensión de jubilación con 65 años si se han cotizado efectivamente, al menos, treinta y siete años y tres meses; en caso contrario, la edad ordinaria serán 66 años.

Por otro lado, se deben señalar los incentivos que existen al mantenimiento en la actividad profesional, es decir, a la prolongación de la vida profesional y, en definitiva, al retraso de la jubilación. En este terreno existen (a) los aspectos relacionados con el EA —próximo capítulo—; (b) la reducción de los costes sociales cuando la relación laboral continúa una vez cumplida la edad ordinaria de jubilación ya que, en concreto, se cotiza únicamente por contingencias profesionales —art. 152 LGSS—; (c) y el incremento de la prestación cuando se accede a la misma a edad superior a la edad ordinaria legalmente establecida —art. 210.2 LGSS—.

En este último supuesto, la LGSS prevé un porcentaje adicional por cada año que se mantenga la persona trabajadora en activo después de cumplir la edad ordinaria, siendo variable el porcentaje en función de la carrera asegurativa que tenga en el momento de cumplirla: a) hasta veinticinco años cotizados, el 2 por ciento; b) entre veinticinco y treinta y siete años cotizados, el 2,75 por ciento; c) a partir de treinta y siete años cotizados, el 4 por ciento.

La posible superación del límite a la pensión máxima se establece en el art. 57 LGSS, en virtud del cual, los indicados porcentajes se aplican a la base reguladora hasta llegar al máximo de la pensión y el porcentaje que no se haya utilizado se aplica al tope máximo, reconociéndose un complemento adicional. En el año 2020, la pensión máxima asciende a 2.683,34 euros/mes o 37.566,76 euros/año, conforme al RDL 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal. Eso sí, la suma de la pensión y el complemento no puede exceder la base máxima de cotización que, en el año 2020, es de 4.070,10 euros/mes conforme al art. 7 del RD-L 18/2019, de 27 de diciembre, por el que se adoptan determinadas medidas en materia tributaria, catastral y de Seguridad Social.

Se trata, en definitiva, de conceder una mayor relevancia a la carrera de cotización de los trabajadores en la determinación de la cuantía de su pensión tal como ha recomendado el Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo aprobado el 28 de octubre de 2020 por el Congreso de los Diputados.

C) *La anticipación de la edad de jubilación y la jubilación anticipada*

En el sentido de impulsar la edad de jubilación a la baja aparecen otras reglas, siendo dos los principales mecanismos legales que lo consiguen: (a) la anticipación de la edad de jubilación y (b) la jubilación anticipada.

La anticipación de la edad de jubilación es la jubilación ordinaria que, por diferentes razones, se puede alcanzar a una edad anterior. El régimen jurídico es el mismo que se aplica con carácter general, salvo en relación con la edad. Por el contrario, en los casos de jubilación anticipada, la decisión de la persona trabajadora de abandonar el mercado de trabajo antes de la edad normal tiene como efecto la aplicación de un coeficiente reductor sobre la pensión que percibe.

La regulación general de la anticipación de la edad de jubilación se encuentra en el art. 206 LGSS, siendo dos los supuestos legales previstos:

(a) La anticipación por razón de la actividad, referida a aquellos grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad, siempre que los trabajadores afectados acrediten en la respectiva profesión o trabajo el mínimo de actividad que se establezca —art. 206.1 LGSS—. En la actualidad, existe un marco general previsto en el RD 1698/2011, de 18 de noviembre, por el que se regula el régimen jurídico y el procedimiento general para establecer coeficientes reductores y anticipar la edad de jubilación en el sistema de la S. S.

(b) La anticipación en caso de discapacidad, que se refiere a las personas con discapacidad en un grado igual o superior al 65 por ciento, en los términos contenidos en el correspondiente RD acordado a propuesta del titular del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, o también en un grado de discapacidad igual o superior al 45 por ciento, siempre que, en este último supuesto, se trate de discapacidades reglamentariamente determinadas respecto de las que existan evidencias de que determinan de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida —art. 206.2 LGSS—. Son relevantes el RD 1851/2009, de 4 de diciembre, por el que se desarrolla el art. 161 bis LGSS en cuanto a la anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45 por ciento, y el RD 1539/2003, de 5 de diciembre, por el que se establecen coeficientes reductores de la edad de jubilación a favor de los trabajadores que acreditan un grado importante de minusvalía.

En cualquiera de los dos supuestos indicados la anticipación de la edad se obtiene mediante la aplicación de un coeficiente reductor. No obstante, en ningún caso podrá conducir a acceder a la protección antes de los 52 años.

Por lo que se refiere a las jubilaciones anticipadas, su regulación se encontraba en la DT 4.^a.1.2.^a LGSS, la cual permitía anticipar la jubilación a los 60 años siempre y cuando se dieran las siguientes condiciones: (a) cotización anterior al 1 de enero de 1967 (b) reducción del 8 % por año, o inferior para las carreras asegurativas más consistentes. Este primer supuesto de jubilación anticipada jugó un papel de primer orden en las políticas de reestructuración de plantillas.

No obstante, una vez agotada su utilización por la desaparición de los posibles beneficiarios (los que habían cotizado con anterioridad al año 1967), se configuró un sistema general de jubilación anticipada desconectado de las cotizaciones anteriores al año 1967. Concretamente se configuró a través del RD-L 16/2001, de 27 de diciembre, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, y actualmente se encuentra regulado en los arts. 207 y 208 LGSS, que diferencia dos regímenes distintos según la jubilación anticipada se deba a causa no imputable al trabajador o por voluntad del interesado.

La primera expresión, «causa no imputable al trabajador», incluye un listado tasado de supuestos extintivos por voluntad del empresario, a los que se añaden los relacionados con la violencia de género. Sin embargo, no están todos los supuestos de voluntad empresarial, sino solo aquellos vinculados a las reestructuraciones empresariales —art. 207.1 letra d) LGSS—. Por su parte, la «voluntad del interesado» aparece en todos los demás casos. Por tanto, *a sensu contrario*, también incluye a los supuestos de extinción por voluntad del empresario basados en conductas del trabajador (p. ej. despido disciplinario) o en la persona del trabajador (p. ej. despido objetivo por causas diferentes a la de la letra c) del ET).

Sobre la actual regulación de la jubilación anticipada destaca el hecho de que es más favorable el régimen jurídico previsto para la jubilación cuando es por causa no imputable al trabajador —art. 207 LGSS— que cuando se debe a la voluntad del interesado —art. 208 LGSS—. Así, en cierta forma se penaliza o perjudica el acceso voluntario a la jubilación, lo que es coherente con la finalidad de buscar la sostenibilidad del sistema.

Tal conclusión se desprende de que la anticipación de la jubilación por causa no imputable a la persona trabajadora permite anticipar el momento de la jubilación hasta cuatro años, mientras que si se accede por voluntad del interesado solo se puede anticipar el acceso hasta en dos años. Asimismo, los requisitos de acceso son menores para los trabajadores que acceden por causa no imputable a ellos mismos, los cuales deben tener 33 años cotizados; mientras que los que acceden por su propia voluntad deben acreditar 35 años cotizados. Por último, el trato preferente al acceso por causa no imputable al trabajador también se

manifiesta en el coeficiente reductor que se aplica, que es menor para estos, y mayor para los que acceden voluntariamente.

No obstante, el reciente Proyecto de Ley de de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones pretende establecer diversas medidas dirigidas a acercar —voluntariamente— la edad efectiva a la edad ordinaria de jubilación. Por un lado, respecto a la jubilación anticipada «voluntaria», establece coeficientes mensuales y, además, prevé que los coeficientes reductores relacionados con el adelanto de la edad de jubilación se aplicarán sobre la cuantía de la pensión y no sobre la base reguladora de la misma. Por otro lado, en cuanto a la «involuntaria», también se establecen coeficientes mensuales y, en relación con los dos años inmediatamente anteriores a la edad de jubilación ordinaria, prevé la aplicación los mismos coeficientes para la determinación de la pensión que en la modalidad voluntaria en aquellos supuestos en los que el nuevo coeficiente es más favorable que el hasta ahora vigente. A pesar de ello, es difícil anticipar si tales medidas logran un objetivo tan crucial como es el retraso de la edad efectiva de jubilación.

Por último, en el marco de la jubilación parcial también es posible también anticipar la edad de jubilación siempre que aquella se acompañe de un contrato de relevo en los términos establecidos en los arts. 12.7 del ET y 215.2 LGSS. Este tema será tratado en el siguiente capítulo.

3.3. La pensión contributiva de jubilación

Sin entrar en el análisis de las cuestiones relacionadas con la determinación de la pensión de jubilación por su complejidad y tecnicidad, en el presente apartado se analizarán los aspectos más relevantes de la pensión contributiva a la vista de la evolución del conjunto de las pensiones y, esencialmente, teniendo en cuenta las diferencias entre los distintos Regímenes de la S. S. y el creciente aumento de los gastos en protección por vejez.

Existen significativas diferencias en la protección que dispensa el sistema de S. S. a los distintos sujetos protegidos. Esto se evidencia al observar las diferencias en cuanto a la pensión media entre los Regímenes de la S. S. y, sobre todo, entre el RETA y el Régimen General.

Como se ha expuesto, la pensión media de jubilación contributiva era, en el año 2019, de 1.144,61 euros/mes. Pues bien, la pensión media en el Régimen General era de 1.289,39 euros/mes, pero en el RETA era de 765,29 euros/mes. La diferencia entre los dos regímenes no se debe a diferencias normativas en cuanto al sistema de cálculo aplicado ya que las normas de cálculo de la pensión de jubilación se aplican al conjunto del sistema —art. 322 LGSS y DA 1.^a LGSS—.

En consecuencia, las diferencias económicas en las pensiones se deben, posiblemente, a las diferencias que existen en las aportaciones al sistema. Así, como es bien sabido, en el RETA es de aplicación el principio de libre elección de la base de cotización, lo que provoca que muchas personas trabajadoras en el régimen coticen por las bases mínimas, lo que conlleva menores aportaciones y, en definitiva, menores pensiones de jubilación.

En otro orden de cosas y por lo que se refiere a la determinación de la pensión, la base reguladora se obtiene de la fórmula contenida en el art. 209.1 letra a) LGSS y, tras su compleja fórmula, existe una simple idea: computar para su cálculo las cotizaciones aportadas por quien accede a la protección en los últimos veinticinco años (300 meses). Al tomarse un período tan largo de cotizaciones, las más antiguas son objeto de actualización en el momento de hacer los cálculos de la base reguladora.

Al igual que sucede con otras reglas —como la que prevé la edad de jubilación—, la norma tiene un amplio período de transición hasta su entrada en vigor de forma efectiva. Así, los meses que se toman en consideración van aumentando hasta la plena entrada en vigor, que será en el año 2022 —DT 8.^a LGSS—.

A la base reguladora calculada conforme a lo anterior se le aplica un porcentaje que es variable en función del esfuerzo asegurativo hecho por cada persona, es decir, de las cotizaciones y aportaciones que haya realizado —art. 210 LGSS—. En concreto, a los primeros quince años de cotizaciones, que coinciden con el período de carencia genérica para acceder a la prestación, les corresponde un porcentaje del 50%. Las cotizaciones por encima de estas primeras se valoran por meses, conforme a las reglas establecidas en el precepto referido, estableciendo la DT 9.^a LGSS una escala transitoria de los porcentajes previstos en el art. 210 LGSS que entrará en vigor de forma efectiva en el año 2017.

Alcanzado el 100 % de la base reguladora, el cómputo se interrumpe, salvo que el beneficiario acceda a la jubilación a una edad superior a la ordinaria, en cuyo caso se reconoce, como se ha indicado anteriormente, un porcentaje similar.

Por último, atendiendo a la relevancia del coste de la protección por vejez, los datos relativos y publicados por la S. S. muestran un creciente aumento del coste de las pensiones de jubilación que se explica por los aumentos de la pensión media y del número de pensionistas. P. ej. el incremento porcentual en el año 2019 del coste es del 4,87%, del número de pensiones es del 1,57% y de la pensión medio es del 3,25%.

Dado que es evidente que las pensiones duran más en el tiempo, por el aumento de la esperanza de vida, y que se van incrementando en tanto que se actualizan periódicamente, a continuación se comentarán las últimas reformas del sistema de S. S. —relativas esencialmente a garantizar la viabilidad del sis-

tema—, las cuales sin embargo no han llegado a entrar nunca en vigor ya que se encuentran suspendidas.

La Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social añadió la DA 59.^a LGSS, que establecía lo siguiente: «con el objetivo de mantener la proporcionalidad entre las contribuciones al sistema y las prestaciones esperadas del mismo y garantizar su sostenibilidad, a partir de 2027 los parámetros fundamentales del sistema se revisarán por las diferencias entre la evolución de la esperanza de vida a los 67 años de la población en el año en que se efectúe la revisión y la esperanza de vida a los 67 años en 2027. Dichas revisiones se efectuarán cada 5 años, utilizando a este fin las previsiones realizadas por los organismos oficiales competentes.»

Posteriormente, la LO 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, en su art. 18.3 establecía que «los mecanismos de revalorización y ajuste que resulten necesarios para garantizar el equilibrio presupuestario y la sostenibilidad financiera del sistema de Seguridad Social se establecerán mediante norma con rango de Ley. El Gobierno hará un seguimiento de la aplicación de los mecanismos de revalorización y ajuste del sistema de pensiones, con el fin de velar por el equilibrio presupuestario y la sostenibilidad financiera del sistema de Seguridad Social.»

Como consecuencia del indicado mandato, se constituyó un grupo de expertos en el año 2013 para valorar la sostenibilidad del sistema de pensiones y, en el informe que se hizo público ese mismo año, se indicaban dos acciones principales y necesarias: por un lado, el factor de equidad intergeneracional de las nuevas pensiones de jubilación, y por otro, el factor de revalorización anual. Lo anterior se concretó a través de la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social.

Por un lado, el factor de sostenibilidad de la pensión de jubilación —incluido en el art. 211 LGSS— se trata de un novedoso elemento de cuantificación de la pensión de jubilación que implica que, una vez calculada la base reguladora y el porcentaje aplicable, a la cuantía determinada se le aplica el coeficiente en que consiste. La determinación del coeficiente deriva de una complicada formulación matemática que valora fundamentalmente la evolución de la esperanza de vida en períodos quinquenales sucesivos. Si la esperanza de vida no varía, el coeficiente es neutro (es igual a 1), pero si aumenta, el coeficiente disminuye la cuantía de la pensión (al ser menor que 1).

Por otro lado, la revalorización de pensiones es relevante desde una perspectiva constitucional por cuanto el art. 50 CE establece que las pensiones por vejez han de ser adecuadas y periódicamente actualizadas.

Con anterioridad a la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social, existía un sistema de revalorización automática basado exclusivamente en el IPC. Sin embargo, con la indicada Ley 23/2013, se sustituye el sistema basado en el IPC por un índice de revalorización de pensiones mucho más complejo, actualmente previsto en el art. 58 LGSS. Se trata de una también compleja fórmula matemática que pone en relación los ingresos y los gastos del sistema de modo que, en aquellos años con una peor situación, se produce una menor revalorización, y en aquellos con una mejor situación, la revalorización es mayor. En todo caso, se establece una garantía mínima de revalorización (0,25) y un tope máximo (el IPC del año anterior incrementado en 0,5).

La suerte que han corrido los dos índices expuestos ha sido distinta. Por un lado, el índice de revalorización se aplicó —en su franja inferior— durante los años de la crisis económica hasta el año 2018 dado que, tras la moción de censura que se produjo en el año 2018, las normas de la Ley de Presupuestos Generales del Estado —que, a fecha de hoy, siguen prorrogadas— fueron suspendidas por el RD-L 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo y por el RD-L 18/2019, de 27 de diciembre, por el que se adoptan determinadas medidas en materia tributaria, catastral y de Seguridad Social. En definitiva, se ha regresado al modelo de revalorización y revisión conforme al IPC en exclusiva.

Por otro lado, en cuanto al factor de sostenibilidad, lo cierto es que nunca ha llegado a aplicarse. Así, aunque su entrada en vigor se había previsto para el 1 de enero de 2019, la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 modificó la DF Única de la LGSS, a través de su art. 38.5, estableciendo la suspensión del factor de sostenibilidad hasta que «en el seno de la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo, se alcance un acuerdo acerca de la aplicación de las medidas necesarias para garantizar la sostenibilidad del sistema». No obstante, su entrada en vigor no parece que vaya a producirse dado que, recientemente, con el objetivo de garantizar el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones y corregir la fórmula establecida en el año 2013, el Consejo de Ministros ha aprobado el Proyecto de Ley de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones pretende establecer un nuevo mecanismo para que el 1 de enero de cada año se incrementen las pensiones de acuerdo con la inflación media anual registrada en el ejercicio anterior y, en caso de que el IPC sea negativo, que la cuantía quede inalterada.

Son también novedosas las recientes recomendaciones en materia de sostenibilidad y viabilidad económica del sistema incluidas en el Informe de eva-

luación y reforma del Pacto de Toledo aprobado el 28 de octubre de 2020 por el Congreso de los Diputados, entre las que se pueden destacar las siguientes:

(i) la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones exige que se promuevan medidas para aproximar las bases de cotización de los trabajadores autónomos a sus ingresos reales, de manera que no se vean perjudicados los elementales principios de contributividad y de solidaridad en los que se fundamenta el sistema (R núm. 4).

(ii) la viabilidad del sistema requiere que se fomenten los instrumentos de ahorro a medio y largo complementarios a las pensiones públicas, impulsando preferentemente los sistemas sustentados en el marco de la negociación colectiva, de empleo. Estas entidades deben permitir desarrollar un sistema de aportaciones suficiente, eficaz y duradero, en un porcentaje de la base de contingencias comunes u otros criterios objetivos, y con fórmulas específicas de apoyo a los salarios más bajos o a las carreras profesionales más vulnerables, incorporando la solidaridad en determinadas contingencias. Deben impulsarse también los mecanismos de ahorro individual (R núm. 16).

(iii) para combatir los posibles efectos negativos de la creciente economía informal relacionada con el nuevo entorno digital, en la que el trabajo se desarrolla a través de plataformas digitales y se caracteriza por ser esporádico o marginal, resulta clave favorecer la inclusión de los trabajadores dentro del sistema, revisar el tratamiento que merecen las situaciones de pluriempleo y pluriactividad y prever mecanismos que palien los problemas de infracotización que pueden plantear este tipo de trabajos atípicos. Esta cuestión lleva a la Comisión a alertar sobre la necesidad de corregir una excesiva dependencia de las cotizaciones sociales en un contexto productivo y demográfico muy distinto al de las últimas décadas del siglo XX (R núm. 19 bis).

IV. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ÁLVAREZ CORTÉS, J. C. (DIR.), *Trabajadores maduros y seguridad social*, Aranzadi, Navarra, 2018.

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL, *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible: III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional (Vols. I y II)*, Laborum, Madrid, 2019.

BOLTAINA BOSCH, X., «Las cláusulas de jubilación forzosa por razón de edad del personal laboral a partir del Real Decreto-Ley 26/2018 de 28 de diciembre», *La administración práctica: enciclopedia de administración municipal*, núm. 8, 2019.

GUTIÉRREZ BENGOCHEA, M., «El sistema de reparto de la Seguridad Social versus envejecimiento poblacional», *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 1, 2020.

- LÓPEZ BALAGUER, M., «La jubilación» en ROQUETA BUJ, R. (DIR.) Y GARCÍA ORTEGA, J. (DIR.), *Derecho de la seguridad social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 413-446.
- LÓPEZ CUMBRE, L. (COORD.), *Tratado de jubilación: Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Iustel, Madrid, 2007.
- MERCADER UGUINA, J. R., DE LA PUEBLA PINILLA, A., MUÑOZ RUIZ, A.B., «Compatibilidad entre el trabajo y las pensiones de jubilación» en ARACÓN GÓMEZ, C. (COORD.) Y MERCADER UGUINA, J. M.R (DIR.), *La compatibilidad de las prestaciones del sistema de seguridad social y el trabajo*, Thomson Reuters, Madrid, 2013, págs. 143-252.
- MORALES VÁLLEZ, C., «La jubilación forzosa en el derecho de la UE», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2020.
- MORENO I GENÉ, J., Y ROMERO BURILLO, A. M. (COORDS.), *Los trabajadores maduros: entre el trabajo y la jubilación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- ORDÓÑEZ CASADO, I., *Los trabajadores maduros ante el reto del envejecimiento activo: especial atención a la empleabilidad, la protección por desempleo y la jubilación*, Laborum, Madrid, 2019.
- ORTEGA LOZANO, P.G., «La pensión de jubilación», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 16, 2016.
- ORTIZ GONZÁLEZ-CONDE, F. M., «La jubilación parcial, flexible y activa como fórmulas para el envejecimiento activo», *Revista Derecho social y empresa*, núm. 10, 2019.

CAPÍTULO 5

PROLONGACIÓN DE LAS ACTIVIDADES PROFESIONALES O LABORALES

Alberto Godino de Frutos

*Abogado especializado en Derecho Laboral
y de Seguridad Social, Sagardoy Abogados*

I. HACIA UN SISTEMA DE PENSIONES (IN)SOSTENIBLE

Abstrayéndose de cuestiones ideológicas, un sistema público de pensiones ideal sería sostenible financieramente y equitativo actuarialmente, con independencia de si se defiende el sistema de reparto⁽¹⁾ o el sistema de capitalización⁽²⁾.

La sostenibilidad financiera, explicada de forma muy sencilla, consiste en ingresar lo suficiente con las cotizaciones para hacer frente al gasto en pensiones y, lo que es más importante, que se ingresará lo suficiente en cotizaciones para lo que se gastará en pensiones, tomando un horizonte temporal determinado. Por su parte, la equidad actuarial consistiría en que la persona jubilada percibiría aproximadamente lo que cotizó más una rentabilidad equivalente a la capacidad de crecimiento del PIB⁽³⁾.

En un sistema de reparto, como es el sistema público de pensiones español, debe concedérsele una mayor importancia a la sostenibilidad financiera que a la equidad actuarial, teniendo cuenta que la pensión de la persona jubilada se paga con las cotizaciones actuales y no con las cotizaciones que esa persona

(1) HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, D., «Los sistemas de reparto puro y de capitalización individual como base de la prestación de jubilación contributiva», *Economía Española y Protección Social*, I, 2009.

«El sistema de reparto simple puro o anual consiste en distribuir en cada ejercicio las prestaciones de un colectivo entre los ingresos por cotizaciones que dicho colectivo ha realizado durante ese periodo. (...) El sistema de reparto puro no genera reservas matemáticas y se basa en la solidaridad y la transferencia de recursos entre generaciones, aunque no establece económicamente garantías para los pasivos por cuanto sus prestaciones dependen de la necesaria aportación de los activos. Tiene por ello una alta sensibilidad a la evolución demográfica del colectivo objeto de cobertura».

(2) HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, D., «Los sistemas de reparto puro y de capitalización individual como base de la prestación de jubilación contributiva», *Economía Española y Protección Social*, I, 2009.

«el sistema de capitalización consiste en el equilibrio vitalicio entre aportaciones y prestaciones, equilibrio para cada persona en la capitalización individual y para la totalidad del colectivo en la capitalización colectiva».

(3) DEVESA, E. (Coord.), «Informe del Instituto de Actuarios Españoles sobre la Seguridad Social española: situación actual y perspectivas futuras», Instituto de Actuarios Españoles, octubre de 2019.

fue aportando durante su vida laboral, lo que se conoce como *solidaridad intergeneracional*. De hecho, en un sistema como el español, la búsqueda de la equidad actuarial en el corto plazo —mediante mecanismos de revalorización de las pensiones con indicadores como el IPC— genera problemas de sostenibilidad financiera a corto, medio y largo plazo.

Siguiendo con una simplificación algo burda pero muy ilustrativa del sistema público de pensiones en España, que ayude a comprender el grave problema de sostenibilidad financiera actual y futura, deben analizarse los componentes de ingresos y de gastos que soporta el sistema en su configuración actual. Los componentes de ingresos —es decir, las cotizaciones— serán: (i) el número de cotizantes; (ii) el número de años durante los cuales se realizan las cotizaciones; y (iii) el importe de las cotizaciones. En lo que respecta a los gastos que soporta el sistema, habrá que considerar: (i) el número de pensionistas; (ii) el número de años durante los cuales se percibe la pensión; y (iii) el importe de las pensiones⁽⁴⁾.

Varios de estos componentes de ingresos y gastos en el sistema de pensiones guardan una estrecha relación con factores demográficos. Así, pueden destacarse los siguientes, con el correspondiente impacto que tiene sobre los citados componentes de ingresos y gastos:

— De acuerdo con los últimos datos publicados por el INE en 2018 la esperanza de vida a los 65 años era de 21,25 años. En el año 2050, se prevé que la esperanza de vida a los 65 años sea de 24 años⁽⁵⁾. Como es lógico, ello implica que la partida de gastos incrementará como consecuencia del considerable aumento en el número de años durante los cuales la persona jubilada percibe una pensión hasta su fallecimiento.

— En esta misma línea, los datos del INE muestran que el porcentaje de población mayor de 65 años en 2018 era del 19,20%, mientras que las proyecciones para el año 2050 muestran un porcentaje esperado de población de más de 65 años del 34,5%⁽⁶⁾. El lector podrá observar lo preocupante de este dato ya que implica un notable aumento del número de pensionistas —con el consecuente incremento de gasto— e, indirectamente, un descenso importante del número de cotizantes —con la consiguiente disminución de ingresos—.

(4) PRICEWATERHOUSECOOPERS, «Por un sistema de pensiones sostenible e inteligente», 2010.

(5) AYUSO, M. y HOLZMANN, R., «Longevidad: Un breve análisis global y actuarial», Instituto BBVA de Pensiones, 8 de mayo de 2014.

(6) AYUSO, M. y HOLZMANN, R., «Natalidad, pirámide poblacional y movimientos migratorios en España: su efecto en el sistema de pensiones», *Documento de Trabajo núm. 8/2014*, Instituto BBVA de Pensiones, septiembre de 2014.

— La tasa de natalidad en 1975 según el INE era de 18,70 nacidos por cada mil habitantes, mientras que en la actualidad se sitúa en 7,60 nacidos por cada mil habitantes. Este dato indica que en los próximos años habrá más personas entrando en la categoría de pensionista que integrándose en el mercado laboral con la categoría de cotizante, lo cual agrava la desproporción entre los ingresos y gastos del sistema.

— Además, según los datos publicados por la AIREF, la población de entre 16 y 66 años en 2018 era de 31,432 millones (un 66,9% del total). En 2050, se espera que la población en ese mismo rango de edad sea de 30,527 millones (un 56,6% del total). Es decir, en 2050 habrá aproximadamente un 10% menos de población en edad ordinaria de cotizar para sostener a un mayor número de pensionistas.

Si los datos demográficos muestran una evolución y unas proyecciones pesimistas en lo que respecta a la sostenibilidad futura del sistema de pensiones, tampoco son más halagüeños los factores que inciden en el importe de las cotizaciones y de las pensiones. Es más, estas partidas dependen de algo más difícil de corregir que la evolución demográfica de la población, en concreto, de las decisiones políticas de los Gobiernos de turno.

En el importe de las cotizaciones se puede afectar, bien aumentando el porcentaje de cotización a la S. S., bien incrementando los límites máximos de cotización —hasta el límite del conocido *destope* de las cotizaciones—. Lo cierto es que el incremento del porcentaje de cotización podría suponer un ahogo para las empresas, con el consiguiente impacto negativo en el empleo (y, con ello, en el número de cotizantes), así como un aumento de la economía sumergida, que tampoco ayuda a incrementar el importe de las cotizaciones. Por su parte, las propuestas de aumento de los topes máximos en la base de cotización e incluso la eliminación de dichos topes, en un plano teórico, supondría lógicamente un alivio para el sistema de pensiones por el aumento del importe de las cotizaciones, pero impactaría nuevamente de forma negativa en el empleo —por el aumento del coste de cotizaciones para las empresas— y sería una medida frontalmente contraria a la referida equidad actuarial. Es decir, salvo que también se eliminaran los topes máximos en el importe de las pensiones, en cuyo caso el impacto sería nulo o negativo para la sostenibilidad del sistema, los trabajadores por encima de los topes en la base de cotización estarían aportando mucho más al sistema de lo que percibirían durante su jubilación.

El importe de las pensiones y la fórmula para su revalorización es, probablemente, el tema de moda durante los últimos años —y seguramente los próximos— en lo relativo al sistema de pensiones. Es hasta entendible que ningún Gobierno haya sido capaz de vincular realmente el importe de las pensiones a la sostenibilidad futura del sistema. Esa vinculación posiblemente nunca su-

pondría un incremento de las pensiones, sino en mayor o menor medida, un descenso, con la pérdida de poder adquisitivo que ello supone para los pensionistas. Y sería suicida para un Gobierno adoptar una medida de ese calado con el porcentaje que supone el votante pensionista que, por otra parte, no para de crecer en proporción por la propia evolución demográfica de la población.

En el año 2013 se intentó ajustar el importe de las pensiones mediante el famoso *factor de sostenibilidad*, pero su aplicación práctica fue nula al establecerse un mínimo de subida de las pensiones del 0,25%. Por tener una referencia, sin la aplicación del tope mínimo, el importe de las pensiones debería haber descendido en un 2,58% en 2018 y un 2,13% en 2019⁽⁷⁾. Por tanto, dicho de forma sencilla, estamos casi un 3% por debajo de la sostenibilidad financiera del sistema. Si lo anterior no fuera suficiente, el RDL 1/2020, de 14 de enero, por el que se establece la revalorización y mantenimiento de las pensiones y prestaciones públicas del sistema de Seguridad Social, ha establecido una revalorización de las pensiones para el año 2020 del 0,9%. Por tanto, ya estaríamos por encima del 3% de desajuste sobre la sostenibilidad financiera.

Ante esta situación de profundo desequilibrio e insostenibilidad del sistema de pensiones, en aumento y con previsiones extremadamente pesimistas, se constituyó el conocido Pacto de Toledo, cuyo desarrollo a día de hoy permitiría escribir una colección de varios tomos, pero cuyas soluciones reales al problema se pueden resumir en una palabra: ninguna.

De hecho, muy recientemente se ha publicado el Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo aprobado el 28 de octubre de 2020 por el Congreso de los Diputados, en el que se contienen una serie de Recomendaciones que, lejos de ofrecer una solución estructural al sistema de pensiones, pretenden abordar ineficiencias del sistema mediante parches puntuales. Sin perjuicio de lo anterior, es cierto que estas Recomendaciones están alineadas con lo que se recoge en este capítulo de forma que su implementación efectiva ayudaría a reequilibrar en cierta medida el sistema público de pensiones.

Así, p. ej., la R 11 «constata la necesidad de preservar y reforzar el principio de contributividad, entendido como la existencia de una relación equilibrada entre el importe de la prestación reconocida y el esfuerzo de cotización previamente realizado por cada trabajador». En relación con la edad de jubilación, la R 12 establece la necesidad de aproximar la edad efectiva de jubilación con la edad ordinaria de jubilación, fomentando la permanencia de trabajadores en

(7) DEVESA, E., DEVESA, M., ENCINAS, B., DOMÍNGUEZ, I., GARCÍA, M.A. y MENEU, R., «El Índice de Revalorización de las Pensiones (IRP) adelantado para el año 2020 se estima en un -1,87% tras la ejecución presupuestaria del segundo trimestre de 2019», *Documento de trabajo sobre datos, metodología y resultados*, Universidad de Valencia, 2019.

activo y profundizando en la prolongación voluntaria de la vida laboral más allá de la edad ordinaria de jubilación.

En línea con las recomendaciones del Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo aprobado el 28 de octubre de 2020 por el Congreso de los Diputados, uno de los principales mecanismos que permiten incidir en los factores de ingresos y gastos del sistema es la prolongación de las actividades profesionales y laborales. Existen, principalmente, dos vías para ello: (1) retrasar la edad de jubilación; y (2) compaginar la jubilación con el desarrollo de actividades profesionales y laborales.

II. RETRASO EN LA EDAD DE JUBILACIÓN

Reiterando lo ya tratado en el Capítulo anterior, los requisitos que establece el art. 205 de la LGSS, para ser tener derecho a la pensión de jubilación son dos: (i) haber cumplido 67 años, o 65 si se acreditan 38 años y 6 meses de cotización; y (ii) tener cubierto un período mínimo de cotización de 15 años y, al menos 2 de ellos, comprendidos dentro de los 15 años anteriores al momento de la jubilación.

Sin embargo, es sabido que los 67 años que establece el referido precepto son fruto de la aplicación de un régimen transitorio que alcanzará esa edad mínima de jubilación a partir del año 2027. Hasta entonces, y desde 2013 —momento en el que se produjo la modificación legislativa—, la edad mínima de jubilación se retrasa dos meses cada año, tomando como referencia la edad mínima de jubilación de 65 años en 2013.

Sobre el papel, retrasar la edad de jubilación es una medida obvia para ajustar el sistema de pensiones. En primer lugar, se consigue que el período durante el cual se percibe la pensión (desde la jubilación hasta el fallecimiento) se reduzca o, al menos, no aumente como consecuencia de las tendencias demográficas de aumento de la esperanza de vida. Por otro lado, aumentan los ingresos debido al incremento de número de años de cotización en el mercado laboral.

Tampoco se trata de una medida ajena al contexto del resto de países, especialmente de la UE donde los estados presentan problemas similares de envejecimiento poblacional⁽⁸⁾. Es más, forma parte de las recomendaciones específicas por país que emite la Comisión Europea.

No obstante, la realidad presenta mayores dificultades para implantar una medida tan lógica en el plano teórico —y exclusivo— del sistema de pensiones. Para empezar, retrasar la edad legal de jubilación no supone retrasar automá-

(8) FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, S., «Un estudio en torno a la edad de jubilación», *Estudios de Progreso*, Fundación Alternativas, 2011.

ticamente la edad real o efectiva de jubilación. Además, el mercado laboral en España no es actualmente capaz de absorber el suficiente empleo para que retrasar la edad de jubilación no dificulte el acceso de los jóvenes al mercado de trabajo.

2.1. Edad legal de jubilación vs. Edad efectiva de jubilación

Sería inocente pensar que retrasar legalmente la edad a la que se puede acceder a la jubilación supone automáticamente que la población no se jubila hasta alcanzar esa edad. Por ello, es necesario diferenciar entre la edad legal o teórica de jubilación, retrasada hasta los 67 años⁽⁹⁾, y la edad efectiva o real de jubilación. El incremento en la primera debería llevar aparejado un aumento de la segunda, pero existen otros factores que tienen una incidencia en la edad efectiva de jubilación, como puede ser la facilidad de acceso a mecanismos de jubilación parcial o anticipada, o la articulación de sistemas de jubilación obligatoria.

Según la AIReF, la edad de jubilación efectiva en España en el año 2018 se situaba en 62,7 años, mientras que la edad legal de jubilación —en aplicación del régimen transitorio— estaba fijada en los 65 años y 6 meses. A la finalización del régimen transitorio en 2027, cuando la edad legal alcance los 67 años, se prevé que la edad efectiva de jubilación alcance los 64,5 años⁽¹⁰⁾.

Son, por tanto, muchas piezas con las que jugar para lograr el objetivo real de ajustar la edad efectiva de jubilación a la evolución demográfica de la población.

2.2. Dificultades en el acceso de los jóvenes al mercado de trabajo

Si se permite la licencia de acudir al refranero español, *soplar y sorber, todo no puede ser*. Es una forma muy gráfica de describir la situación que se produce cuando se intenta alargar la vida laboral de los trabajadores antes de acceder a la jubilación y, al mismo tiempo, se trata de mejorar las posibilidades de los jóvenes para acceder al mercado laboral.

El mercado de trabajo es limitado, requiere un número limitado de recursos para satisfacer su capacidad productiva. Y, aunque no es objeto de análisis en el presente capítulo, no se espera que en el futuro se vayan a requerir más recursos

(9) Recuérdese que esta edad legal de jubilación será efectiva en el año 2027, aplicándose desde 2013 el régimen transitorio previsto en la DT Séptima de la LGSS.

(10) ESCRIVÁ, J.L. (presidente de la AIReF), «Opinión sobre la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social», *Opinión 1/2019*, AIReF, 2019. Resulta especialmente ilustrativo el gráfico incluido en el citado artículo, que se reproduce a continuación:

en forma de mano de obra, sino todo lo contrario, debido entre otros aspectos al avanza incesante de la tecnología y la automatización.

Por ello, el incremento en la edad de jubilación puede no tener el efecto deseado o, al menos, no totalmente. Es cierto que al incrementar la edad legal de jubilación —y con ello la edad efectiva de jubilación—, se contiene la partida de gasto del sistema de pensiones ya que el número de años durante los que se percibe la pensión disminuye. Sin embargo, el efecto que puede tener alargar la vida laboral de las personas que van a acceder a la jubilación en términos de aumentar los ingresos por cotización, puede verse anulado por el descenso en el número de jóvenes accediendo al mercado laboral, con el impacto negativo que tiene sobre la recaudación de cotizaciones.

Paradójicamente, a la vez que se toman decisiones para retrasar la edad efectiva de jubilación, tratando de mantener cierta sostenibilidad en el sistema de pensiones, también se adoptan medidas para favorecer la incorporación de los jóvenes al mercado laboral, que tienen precisamente como efecto la reducción de la edad efectiva de jubilación. En concreto, puede destacarse la conocida como *jubilación forzosa* que reintroduce la DF primera del RDL 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo.

El mecanismo de la jubilación forzosa debe articularse a través de los convenios colectivos, siempre que se haya cumplido la edad ordinaria de jubilación para tener derecho al 100% de la pensión y que la medida esté vinculada, entre otros extremos, al «relevo generacional». Ya son varios los convenios colectivos que han introducido esta figura, destacando el Convenio colectivo general del sector de la construcción o el Convenio colectivo estatal de empresas de seguridad.

III. POSIBILIDAD DE COMPAGINAR LA JUBILACIÓN CON EL DESARROLLO DE ACTIVIDADES PROFESIONALES Y LABORALES

La regla general que dispone la normativa en materia de jubilación ha sido —y sigue siendo— la incompatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo por cuenta propia o ajena. Así lo dispone con carácter general el art. 213 de la LGSS: «El disfrute de la pensión de jubilación será incompatible con el trabajo del pensionista, con las salvedades y en los términos que legal o reglamentariamente se determinen».

Lo cierto es que en los últimos años se han venido dictando un conjunto de normas que han tratado de flexibilizar esa regla general, precisamente con el objetivo de sostener el sistema de pensiones. Por ello, la normativa vigente prevé determinados mecanismos que permiten simultanear la situación y pensión de jubilación con el desarrollo de actividades profesionales, aunque estos conti-

núan sometidos a múltiples requisitos que, según se ahondará en la exposición, encorsetan en exceso esas figuras legales.

En general, estos mecanismos legales permiten prolongar o, en su caso, no adelantar el fin de la vida laboral, lo cual tiene efectos en las partidas de gastos del sistema de jubilación. Por un lado, se reducen los gastos ya que un menor número de personas percibe la pensión —total o parcialmente— al igual que disminuye el número de años durante los cuales se percibe la pensión. De forma similar, los ingresos del sistema aumentan ligeramente durante la compatibilización de actividades profesionales o laborales derivados de las cotizaciones, completas o reducidas, que se aportan al sistema.

En la actualidad, existen básicamente cuatro mecanismos previstos legalmente que permiten compaginar la jubilación con el desarrollo de actividades profesionales o laborales.

3.1. La jubilación parcial

Se define como jubilación parcial a la situación de jubilación iniciada después del cumplimiento de los 60 años que permite simultanear la pensión de jubilación con la prestación de servicios a través de un contrato de trabajo a tiempo parcial. Dicho contrato puede estar vinculado o no a un contrato de relevo celebrado entre la empresa y un trabajador en situación de desempleo o que tenga suscrito un contrato de duración determinada.

De acuerdo con lo previsto en el art. 215 de la LGSS, la jubilación parcial puede estar vinculada o no a la celebración de un contrato de relevo.

A) Jubilación parcial sin contrato de relevo

En este caso, la edad mínima para acceder a la jubilación parcial será la edad ordinaria de jubilación que resulte de aplicación conforme al régimen transitorio dispuesto en la DT Séptima de la LGSS, sin aplicación de coeficientes reductores en la edad de jubilación. Igualmente, se exige el período mínimo de cotización de 15 años, de los cuales dos deben estar incluidos centro de los 15 años anteriores al hecho causante, al igual que para el acceso a la jubilación ordinaria.

En este caso, el contrato que une al trabajador con la empresa puede ser a tiempo completo o a tiempo parcial, pero para acceder a la jubilación parcial la jornada de trabajo debe reducirse entre un mínimo del 25% y un máximo del 50%⁽¹¹⁾. Estos

(11) La reducción de jornada podrá ser de hasta un 75% para aquellos trabajadores que les resulte de aplicación la DT Cuarta de la LGSS que permite la aplicación de la legislación anterior a la entrada en vigor de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, a las pensiones que se

porcentajes se entenderán referidos a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable.

En este tipo de jubilación parcial, no se exige la celebración de un contrato de relevo ni tampoco haber alcanzado determinada antigüedad en la empresa.

Este tipo de jubilación podría encuadrarse, en puridad, en la llamada prolongación de las actividades profesionales y laborales ya que no implica un adelanto en la edad de jubilación, sino que, una vez alcanzada la edad ordinaria, se permite compaginar la situación de jubilación —percibiendo la correspondiente pensión— con el desarrollo de una actividad laboral por cuenta ajena.

B) *Jubilación parcial con contrato de relevo*

Se permite la jubilación parcial, sin haber alcanzado la edad ordinaria de jubilación, siempre que la empresa celebre con carácter simultáneo al acceso a la jubilación parcial un contrato de relevo en los términos del art. 12.7 del RDLeg ET. Para ello, se deben cumplir una serie de requisitos:

— La edad mínima para acceder a esta situación será de 65 años, o 63 años, si se acreditan 36 años y 6 meses de cotización. No obstante, al igual que con la edad ordinaria de jubilación, existe un régimen transitorio desde el año 2013 hasta el año 2027, en función de los periodos cotizados, que viene regulado en la DT décima de la LGSS: «Normas transitorias sobre jubilación parcial»⁽¹²⁾. Para aquellos trabajadores con la condición de mutualistas, la edad mínima será de 60 años de edad real.

— El período mínimo de cotización exigido es de 33 años de cotizaciones efectivas, 30 años de cotizaciones efectivas para aquellos trabajadores que

causen antes de 1 de enero de 2019, en caso de que haya producido alguna de las siguientes circunstancias:

Las personas con relación laboral suspendida o extinguida como consecuencia de decisiones adoptadas en expedientes de regulación de empleo, o por medio de convenios colectivos de cualquier ámbito, acuerdos colectivos de empresa, así como por decisiones adoptadas en procedimientos concursales, aprobados, suscritos o declarados con anterioridad a 1 de abril de 2013, siempre que la extinción o suspensión de la relación laboral se produzca con anterioridad a 1 de enero de 2019.

Quienes hayan accedido a la pensión de jubilación parcial con anterioridad a 1 de abril de 2013, así como las personas incorporadas antes de dicha fecha a planes de jubilación parcial recogidos en convenios colectivos de cualquier ámbito o acuerdos colectivos de empresa con independencia de que el acceso a la jubilación parcial se haya producido con anterioridad o posterioridad a 1 de abril de 2013.

(12) De acuerdo con el apdo. 2 de la DT décima de la LGSS, «la exigencia del requisito de edad a que se refiere el art. 215.2.a) se aplicará de forma gradual, en los términos que resultan del siguiente cuadro».

les resulte de aplicación la DT cuarta (n. al pie 11), o 25 años para aquellas personas con discapacidad en grado igual o superior al 33%.

— Los trabajadores que pretendan acceder a la jubilación parcial vinculada a un contrato de relevo deberán estar contratados a jornada completa, aunque también tendrán la posibilidad aquellos contratados a tiempo parcial cuyas jornadas, en conjunto, equivalgan a días teóricos de un trabajador a tiempo completo comparable, siempre que se cumplan en los distintos empleos los requisitos de antigüedad, reducción de jornada y contratación del relevista.

— En estos supuestos, la reducción de jornada (referida a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable) del jubilado parcial deberá estar comprendida entre un mínimo de un 25% y un máximo del 50%, o del 75% si el contrato de relevo es a jornada completa y por tiempo indefinido, siempre que se acrediten el resto de requisitos. En los casos en que resulte de aplicación el apdo. 5 de la DT cuarta de la LGSS, la reducción de jornada estará comprendida entre un mínimo del 25% y un máximo del 75%, o del 85% si el contrato de relevo es a jornada completa y por tiempo indefinido.

La reducción de jornada indicada se debe articular a través de la formalización por escrito de un contrato a tiempo parcial, según el modelo oficial, en el que deben constar los elementos propios del contrato a tiempo parcial, incluyendo la jornada que el trabajador realizaba con anterioridad a la jubilación parcial y la jornada que resulte de la reducción, con los límites referidos anteriormente.

— Se exige una antigüedad en la empresa (o en las empresas en caso de contratos a tiempo parcial cuya jornada sea equiparable a un contrato a tiempo completo) de 6 años inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación parcial. Para el cómputo de dicha antigüedad, se tendrá en cuenta la antigüedad en la empresa anterior si el cambio de empresario deriva de una sucesión de empresas prevista en el art. 44 ET, o si las empresas pertenecen al mismo grupo.

— Debe celebrarse un contrato de relevo con los requisitos establecidos en el art. 12.7 del ET⁽¹³⁾.

(13) De conformidad con el art. 12.7 del ET, las características y requisitos del contrato de relevo serán las siguientes:
Se puede celebrar con un trabajador que se encuentre en situación de desempleo, o bien, con uno que preste servicios para la empresa a través de un contrato de duración determinada.

La cotización durante la jubilación parcial también está sometida a un régimen transitorio previsto en la DT Décima de la LGSS, según el cual, en 2013, la base de cotización del jubilado parcial será equivalente al 50% de la que hubiera correspondido a jornada completa. A partir de ese año, la base de cotización se incrementaría en un 5% cada año hasta alcanzar, en el año 2023, el 100% de la base de cotización que hubiera correspondido a jornada completa. En todo caso, el porcentaje de cotización nunca podrá ser inferior al porcentaje de actividad laboral efectivamente realizada por el jubilado parcial.

Se tiene que formalizar por escrito en el modelo oficial, y en él deben figurar el nombre, edad y circunstancias profesionales del trabajador sustituido, así como las características del puesto de trabajo que vaya a desempeñar el relevista.

El puesto de trabajo del trabajador relevista puede ser coincidente con el del trabajador sustituido. En todo caso, deberá existir una correspondencia entre las bases de cotización relevista y del jubilado parcial, de modo que la correspondiente al trabajador relevista no podrá ser inferior al 65% del promedio de las bases de cotización correspondientes a los 6 últimos meses del período de base reguladora de la pensión de jubilación parcial.

Para quienes resulte de aplicación la DT cuarta, apdo. 5, de la LGSS, el puesto de trabajo del trabajador relevista podrá ser el mismo del trabajador sustituido o uno similar, entendiéndose por tal el desempeño de tareas correspondientes al mismo grupo profesional o categoría equivalente.

En los supuestos en que, debido a los requerimientos específicos del trabajo realizado por el jubilado parcial, el puesto de trabajo de éste no pueda ser el mismo o uno similar que el que vaya a desarrollar el trabajador relevista, deberá existir una correspondencia entre las bases de cotización de ambos, de modo que la correspondiente al trabajador relevista no podrá ser inferior al 65 % de la base por la que venía cotizando el trabajador que acceda a la jubilación parcial.

Su duración podrá ser como mínimo, igual al tiempo que falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de jubilación ordinaria exigida en cada caso. También cabe que sea de duración indefinida. Podrá celebrarse a jornada completa o a tiempo parcial. En todo caso, la duración de la jornada deberá ser como mínimo, igual a la reducción de jornada acordada por el trabajador sustituido. El horario de trabajo del trabajador relevista podrá completar el del trabajador sustituido o simultanearse con él.

En los casos en que no resulte de aplicación el apdo. 5 de la DT Cuarta de la LGSS, cuando se reduzca la jornada hasta un 75% y, por tanto, el contrato de relevo sea de carácter indefinido y a tiempo completo, la permanencia del relevista en la empresa deberá ser igual al resultado de sumar 2 años al tiempo que le falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad ordinaria de jubilación

En el caso del trabajador jubilado parcialmente no accediera a la jubilación tras alcanzar la edad de jubilación exigida, la duración del contrato de relevo que podrá celebrar la empresa para sustituir la parte de jornada dejada vacante por el mismo podrá ser indefinida o anual. En este segundo caso, el contrato se prorrogará automáticamente por períodos anuales, extinguiéndose en todo caso al finalizar el período correspondiente al año en que se produzca la jubilación total del trabajador relevado.

Evidentemente, además de lo anterior, el contrato de relevo estará sujeto a la cotización que corresponde a este tipo de contrato y por el porcentaje efectivo de jornada.

A modo de conclusión, la jubilación parcial vinculada a un contrato de relevo no implica necesariamente una prolongación de las actividades profesionales o laborales, sino más bien una forma de adelantar el acceso a la jubilación de forma simultánea con la continuación de la actividad laboral por cuenta ajena.

3.2. La jubilación flexible

Debe recordarse que la regla general en el sistema español de pensiones es la incompatibilidad del disfrute de la pensión de jubilación con el trabajo del pensionista. Sin embargo, el mismo art. 213.1 de la LGSS que regula la incompatibilidad general, dispone igualmente que «las personas que accedan a la jubilación podrán compatibilizar el percibo de la pensión con un trabajo a tiempo parcial en los términos que reglamentariamente se establezcan. Durante dicha situación, se minorará el percibo de la pensión en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable».

Podría pensarse que la excepción expuesta se está refiriendo a la jubilación parcial, pero la realidad es que se trata de una remisión a la llamada *jubilación flexible* introducida la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, y desarrollada por el RD 1132/2002, de 31 de octubre, de desarrollo de determinados preceptos de la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible (en adelante, el RD 1132/2002).

La diferencia básica entre la jubilación parcial y la jubilación flexible es el momento temporal en el que se compatibiliza la situación de jubilación y el trabajo por cuenta ajena. Así, de acuerdo con el art. 5 del RD 1132/2002, la jubilación flexible se produce una vez causada la situación de jubilación, mientras que la jubilación parcial se inicia —una vez alcanzada cierta edad— para simultanear la continuación de la actividad laboral con el acceso parcial a la situación de jubilación.

La primera problemática que surge de la jubilación flexible se encuentra en su ámbito de aplicación que, según dispone el art. 4 del RD 1132/2002, abarca «a todos los Regímenes de la S. S., con la salvedad establecida en la disposición adicional primera del presente Real Decreto». Sin embargo, debe aclararse que el significado de esa disposición, que ya ha sido matizado por el TS, entre otras, en la STS, Sala de lo Social, de 15 de julio de 2020 (RCUD 2094/2018). Así, señala el Alto Tribunal que «la hermenéutica de su contenido resulta circunscrita a la jubilación ya causada, es decir, a la obtenida en cualquiera de los regímenes

de la seguridad, a excepción de los relatados en la DA 1ª (que no es el caso), y no a la actividad laboral que provocaría seguidamente el acceso a una jubilación flexible».

Atendiendo a lo anterior, puede concluirse que el acceso a la jubilación flexible —una vez causada la situación de jubilación— está abierta a todas las personas que hayan accedido a la jubilación en virtud de cualquiera de los regímenes de S. S.⁽¹⁴⁾. Pero ese ámbito de aplicación no puede interpretarse como una compatibilidad de la jubilación flexible con una actividad laboral o profesional encuadrada en cualquier régimen de S. S.

Es decir, la jubilación flexible será compatible, según dispone el tenor literal del art. 5 del RD 1132/2002 con un trabajo a tiempo parcial, dentro de los límites de jornada a que se refiere el art. 12.6 del ET, y con la consecuente minoración de la pensión de jubilación en proporción inversa a la reducción de jornada aplicable a la jornada de trabajo del pensionista en relación con un trabajador a tiempo completo comparable. En línea con esta definición, cabe concluir que la jubilación flexible —aunque permita su utilización a la jubilación obtenida por cualquier régimen—, solo es compatible con el trabajo por cuenta ajena encuadrado en el régimen general de la S. S. En consecuencia, no será compatible con la prestación de servicios por cuenta propia encuadrada en el RETA pues, como bien señala el TS, «no cabe el alta parcial en el régimen especial que encuadra a estos trabajadores, ya que la actividad profesional de un autónomo, por su propia naturaleza, no está sometida en principio a límites temporales».

Este mecanismo es mucho más sencillo que el articulado para la jubilación parcial. En este caso, el importe de la pensión que percibirá el jubilado flexible se reducirá en proporción inversa a la reducción de la jornada de trabajo desempeñada por el pensionista, a través de un contrato a tiempo parcial, en relación con la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable. El porcentaje de jornada que podrá desempeñar el jubilado parcial estará sometido a los límites mínimos (25%) y máximos (50%) previstos en el art. 12.6 del ET.

Para ejercer la opción legal de la jubilación flexible, el pensionista debe comunicar esta circunstancia a la Entidad gestora, con carácter previo al inicio de las actividades realizadas en virtud del contrato a tiempo parcial. La falta de esta comunicación tendrá como consecuencia que la pensión —parcial— que perciba desde el inicio de la actividad tendrá carácter indebido, con la conse-

(14) Excepto el Régimen especial de la S. S. de los Funcionarios Civiles del Estado, el Régimen especial de la S. S. de las Fuerzas Armadas y el Régimen especial de la S. S. del personal al servicio de la Administración de Justicia, de conformidad con la DA Primera del RD 1132/2002.

cuenta obligación de reintegro de lo indebidamente percibido, y sin perjuicio de las sanciones que podrían corresponder en virtud de la LISOS⁽¹⁵⁾.

La pensión de jubilación flexible será compatible con las prestaciones por incapacidad temporal o maternidad derivadas de la actividad efectuada a tiempo parcial. No obstante, no será compatible con las pensiones de incapacidad permanente que se deriven de la actividad desarrollada después del reconocimiento de la pensión de jubilación.

Uno de los aspectos más interesantes de esta modalidad de jubilación compatible con la prestación de servicios por cuenta ajena a tiempo parcial es el efecto que producen las cotizaciones efectuadas durante ese período en el que la pensión está —parcialmente— suspendida y se está desarrollando una actividad a tiempo parcial. Así, esas nuevas cotizaciones podrán surtir efectos en la mejora de la pensión una vez producido el cese en el trabajo y el reingreso total a la situación de jubilación. Esta mejora en la cuantía de la pensión puede derivar: (i) del recálculo de la base reguladora mediante el cómputo de las nuevas cotizaciones aplicando las reglas vigentes en el momento del cese de actividad (art. 209 de la LGSS); (ii) de la modificación —aumento— del porcentaje aplicable a la base reguladora de acuerdo con el nuevo período de cotización acreditado (art. 210 de la LGSS); o (iii) de la disminución o supresión del coeficiente reductor que se hubiese aplicado en el momento del acceso anticipado a la jubilación (arts. 207 y 208 de la LGSS).

De la regulación expuesta, y a diferencia de la jubilación parcial con contrato de relevo, la jubilación flexible permite prolongar de forma efectiva el desarrollo de actividades laborales —por cuenta ajena y a tiempo parcial— en cualquier momento posterior al acceso a la jubilación.

3.3. La jubilación activa

Se trata del tercer mecanismo creado para compatibilizar la pensión de jubilación y el trabajo. En este caso, como se analizará a continuación, se incluye

(15) Art. 25.3 de la LISOS: «No comunicar, salvo causa justificada, las bajas en las prestaciones en el momento en que se produzcan situaciones determinantes de la suspensión o extinción del derecho, o cuando se dejen de reunir los requisitos para el derecho a su percepción cuando por cualquiera de dichas causas se haya percibido indebidamente la prestación, siempre que la conducta no esté tipificada como infracción leve en el art. 24.4.b) de esta ley».

Art. 26.1 de la LISOS: «Actuar fraudulentamente con el fin de obtener prestaciones indebidas o superiores a las que correspondan, o prolongar indebidamente su disfrute mediante la aportación de datos o documentos falsos; la simulación de la relación laboral; y la omisión de declaraciones legalmente obligatorias u otros incumplimientos que puedan ocasionar percepciones fraudulentas».

la posibilidad de desarrollar la prestación de servicios por cuenta ajena o por cuenta propia, siendo en ambos casos compatible con la situación de jubilación, sometido como es lógico a determinados y exigentes requisitos.

La jubilación activa es la medida más novedosa de las analizadas en este capítulo. Fue introducida por el RDL 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 EA y modificada en ciertos aspectos por la DF Quinta de la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo. Actualmente, su regulación se encuentra en la redacción vigente del art. 214 de la LGSS.

A diferencia de la jubilación parcial y la jubilación flexible, la jubilación activa permite la compatibilidad de la pensión de jubilación con el desempeño del trabajo tanto por cuenta propia como por cuenta ajena, a jornada completa o a tiempo parcial. No obstante, debemos recordar la regla general que establece la LGSS respecto de la incompatibilidad de jubilación y trabajo. Y, por ello, es necesario detallar cuáles son los requisitos o exigencias que deben cumplir los jubilados activos y las empresas.

En primer lugar, para poder acogerse a la jubilación activa, el acceso a la pensión debe haber tenido lugar una vez cumplida la edad de jubilación ordinaria que resulte de aplicación en cada momento según lo dispuesto en el art. 205.1.a) de la LGSS, y atendiendo al régimen transitorio previsto en la DT Séptima. Es decir, no resulta viable cuando la jubilación se haya producido de forma anticipada o acogida a bonificaciones. El criterio del INSS es ciertamente rígido en este requisito, excluyendo de la posibilidad de acceso a este mecanismo cuando la jubilación ha sido anticipada por mutualismo laboral, involuntaria a partir de los 61 años, voluntaria a partir de los 63 años, o como medida de fomento de empleo a los 64 años, incluso aunque con posterioridad se hayan realizado trabajos mediante los cuales se hayan suprimido los coeficientes correctores. Tampoco es posible si la jubilación ordinaria ha venido precedida por una jubilación parcial anterior a la edad ordinaria de jubilación⁽¹⁶⁾.

El segundo requisito establece que el porcentaje aplicable a la base reguladora para calcular la cuantía de la pensión debe alcanzar el 100%, según lo establecido en el art. 210 de la LGSS. También es restrictivo en este aspecto el INSS al entender que no es posible el acceso a la jubilación activa cuando la situación de jubilación se ha iniciado con un porcentaje inferior al 100%,

(16) BENAVIDES VICO, A., «Análisis de la jubilación activa. Compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo», 2018.

aunque posteriormente se hayan realizado trabajos nuevos que hayan permitido aumentar el porcentaje de la base reguladora hasta el 100%⁽¹⁷⁾.

En tercer lugar, y a diferencia de la jubilación parcial y flexible, el trabajo compatible podrá realizarse por cuanto propia o por cuenta ajena, a jornada completa o a tiempo parcial.

Cumplidos los anteriores requisitos, el jubilado parcial podrá compatibilizar el trabajo por cuenta propia o ajena con el 50% del importe de la pensión que tuviera reconocida el empleado, una vez aplicados los límites máximos correspondientes. Esa cuantía de la pensión será aplicable con independencia de la jornada laboral o la actividad que realice el pensionista durante la jubilación activa.

Como supuesto excepcional, el art. 214.2 de la LGSS regula la posibilidad la llamada *jubilación activa plena*, introducida en 2017. A través de esta figura, puede compatibilizarse el 100% de la pensión de jubilación con la realización de una actividad por cuenta propia, si se acredita tener contratado —al menos— un trabajador por cuenta ajena. Como es lógico, esta novedosa previsión ha generado múltiples dudas y, como no podía ser de otra manera, conductas fraudulentas ante las lagunas existentes en la regulación.

Por poner de relieve alguna de estas cuestiones, la Dirección General de Ordenación de la S. S. ya emitió un criterio el 25 de julio de 2018 —que modificaba uno anterior— en el cual el contrato por cuenta ajena que ha de formalizar el autónomo que quiera compatibilizar el 100% de la cuantía de la pensión de jubilación con la actividad por cuenta propia, debe enmarcarse en la actividad por la que se dio de alta en el RETA. Antes de ello, por el interés desmedido que generó esta medida, se había interpretado que el trabajador contratado podría perfectamente ser el empleado del hogar.

Igualmente, se ha concluido que «la medida no puede ser de aplicación a los pensionistas de jubilación incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos por su condición de societarios o entidades sin personalidad de conformidad con lo previsto en el art. 305.2 b), c), d), e) y l) LGSS, ya que en estos supuestos la inclusión en el Régimen Especial viene determinada por su condición de consejero, administrador, socio o comunero de una entidad con personalidad jurídica propia distinta de la de la trabajador autónomo»⁽¹⁸⁾.

Una nueva duda que se ha planteado, y para la que todavía no hay una solución definida, tiene su origen en la situación actual de crisis derivada de la

(17) BENAVIDES VICO, A., «Análisis de la jubilación activa. Compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo», 2018.

(18) STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 14 de febrero de 2020 (RCUD 3225/2019).

pandemia. En concreto, se plantea si es compatible el mantenimiento del 100% de la pensión de jubilación cuando el autónomo tiene contratado a uno o varios trabajadores por cuenta ajena, que se encuentran en situación de suspensión de contrato como consecuencia de la tramitación de un Expediente de Regulación Temporal de Empleo o si, por el contrario, pasaría a tener derecho únicamente el 50% de la pensión de jubilación. El Criterio del INSS 12/2020, de 19 de mayo de 2020, parecía resolver la cuestión indicando que «la suspensión del contrato conlleva mantener la obligación de cotizar (puesto que) no parece que haya justificación alguna para no tener en cuenta el contrato suspendido a efectos de reconocer o mantener la pensión de jubilación activa».

Sin embargo, ante las exenciones previstas por la normativa de urgencia dictada en materia de Expedientes de Regulación Temporal de Empleo en determinados supuestos, surge nuevamente la duda de si, ante la exoneración de la obligación de cotizar por los trabajadores contratados por el autónomo en situación de suspensión, cesaría el derecho a la percepción del 100% de la pensión de jubilación al entenderse no cumplido el requisito de tener contratado un trabajador por cuenta ajena. Con buen criterio —a nuestro juicio— la gestión de la S. S. concluye que la exoneración de cotización en los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo no es la norma general, sino que se ha adoptado, como otras muchas medidas, con carácter excepcional y, por tanto, no existe razón suficiente para que dicha coyuntura afecte a la aplicación ordinaria de la pensión de jubilación⁽¹⁹⁾.

En el caso de que la jubilación activa se compatibilice con la prestación de servicios por cuenta ajena, el art. 214.6 de la LGSS establece ciertas condiciones a las empresas que contraten los servicios del jubilado activo. Así, las referidas empresas no deberán haber adoptado decisiones extintivas improcedentes en los seis meses anteriores al inicio de la compatibilidad de trabajo y pensión. Apunta la norma que esa limitación «afectará únicamente a la cobertura de aquellos puestos de trabajo del mismo grupo profesional que los afectados por la extinción». Además, una vez iniciada la situación de jubilación activa, la empresa deberá mantener el nivel de empleo existente antes del inicio, durante toda la vigencia del contrato de trabajo del jubilado activo⁽²⁰⁾.

(19) LÓPEZ CUMBRE, L. «Jubilación activa del autónomo con trabajadores en ERTE», Publicaciones Gómez-Acebo & Pombo, 28 de junio de 2020.

(20) Para este cálculo, dispone el apdo. 6 del art. 214 de la LGSS que «se tomará como referencia el promedio diario de trabajadores de alta en la empresa en el periodo de los noventa días anteriores a la compatibilidad, calculado como el cociente que resulte de dividir entre noventa la suma de los trabajadores que estuvieran en alta en la empresa en los noventa días inmediatamente anteriores a su inicio».

No se computarán a los efectos de las obligaciones de mantenimiento del empleo exigidas a la empresa en la que el jubilado parcial desarrolle su trabajo por cuenta ajena: (i) las extinciones por causas objetivas o por despido disciplinario cuando estos sean declarados o reconocidos como procedentes; (ii) las extinciones causadas por dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de los trabajadores; ni (iii) las extinciones por la expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato.

Durante la realización del trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia, los empresarios y pensionistas cotizarán a la S. S. únicamente por incapacidad temporal y por contingencias profesionales, si bien quedarán sujetos a una cotización especial de solidaridad del 8 %, no computable para las prestaciones (6% a cargo del empresario y 2% a cargo del trabajador).

La finalización de la situación de jubilación activa y, por consiguiente, el restablecimiento del percibo íntegro de la pensión de jubilación se producirá al finalizar la relación laboral por cuenta ajena o por el cese en la actividad por cuenta propia.

3.4. La jubilación compatible con el trabajo por cuenta propia con ingresos escasos

El art. 213.4 de la LGSS menciona un supuesto muy concreto que permite compaginar la pensión de jubilación con la realización de trabajos por cuenta propia, siempre que los ingresos anuales totales no superen el salario mínimo interprofesional en cómputo anual. Esta posibilidad fue incorporada por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, pero carece todavía del necesario desarrollo reglamentario.

Si bien sería necesario un desarrollo reglamentario de esta figura, la ausencia de mayor limitación permite concluir que se puede acceder a esta posibilidad con independencia de que se trate de una pensión por jubilación ordinaria, anticipada, parcial, flexible, etc., siendo igualmente irrelevante el porcentaje aplicable a la base reguladora del pensionista.

Esta posibilidad está abierta únicamente para ser compatible con el trabajo por cuenta ajena, cualquier que sea el tipo de actividad, y con el escaso límite en el importe de los ingresos. Estos no pueden superar el límite del salario mínimo interprofesional en cómputo anual⁽²¹⁾.

(21) Según el RD 231/2020, de 4 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2020, este será de 13.300 euros anuales en cómputo anual.

No existe obligación de comunicar al INSS, lógicamente siempre que no se superen los límites máximos de ingresos, en cuyo caso sí será necesaria la comunicación a efectos de la suspensión de la pensión de jubilación⁽²²⁾.

IV. EFICACIA DE LOS SISTEMAS DE COMPATIBILIZACIÓN DE TRABAJO Y JUBILACIÓN

Según la OCDE, España es el país de la UE en el que menos se compatibiliza el trabajo y la jubilación en las personas con edades comprendidas entre los 55 y 67 años. En concreto, según los datos de dicho estudio, solo un 0,5% de los españoles en esa franja de edad compatibilizan pensión y trabajo, frente al 6,21% de media europea⁽²³⁾.

Las causas de esta visible ineficacia de los mecanismos expuestos en apartados anteriores son muy diversas. Sin embargo, de una simple lectura de la regulación legal de cada una de las figuras que habilitan a compatibilizar la jubilación y el trabajo, puede extraerse las más evidentes.

En lo que respecta a la jubilación parcial y la jubilación flexible, se imponen unas limitaciones muy restrictivas en cuando al trabajo que puede compatibilizarse con la pensión. En ambos casos, debe tratarse de la prestación de servicios por cuenta ajena, con unas restricciones de reducción de la jornada de entre un 25% y un 50%. Por tanto, quedan automáticamente excluidos los contratos a jornada completa y las actividades por cuenta propia, bastante más comunes entre las personas jubiladas.

Además, la jubilación parcial vinculada al contrato de relevo genera obligaciones, no solo para el jubilado parcial, sino para la empresa que debe aceptar este mecanismo. Estas obligaciones relacionadas con la suscripción de un contrato de relevo, sujeto a numerosos condicionantes y requisitos, disminuyen los incentivos de las empresas para fomentar la jubilación parcial entre sus trabajadores más mayores. Además, por poner un ejemplo de las barreras que la empresa puede encontrarse, los costes en cotizaciones derivados de la jubilación parcial son más elevados puesto que debe asumirse la cotización del trabajador con contrato de relevo, por la jornada que corresponda, y la cotización del jubilado parcial, con una base de cotización superior a la que correspondería por la jornada efectivamente realizada.

(22) GALA DURÁN, C., BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. y GARCÍA CALVENTE, Y. «El impacto de las últimas reformas en materia de jubilación: envejecimiento activo, sostenibilidad financiera y planes de pensiones», *Cuadernos de la Fundación MAPFRE*, 2017.

(23) INSTITUTO BBB DE PENSIONES, 2019: <https://www.jubilaciondefuturo.es/es/blog/la-jubilacion-activa-no-termina-de-despegar-en-espana.html>

La compatibilidad de la jubilación con actividades por cuenta propia con ingresos reducidos tampoco está exenta de elementos muy limitantes. En particular, el hecho de que los ingresos no puedan superar el salario mínimo interprofesional en cómputo anual supone una barrera importante para su utilización. Es cierto que no se conocen los datos sobre cuántas personas se benefician de ello, en tanto que no es necesario comunicar al INSS dicha situación, pero asumimos que serán escasos. Al menos, aquellos en los que se cumplan los límites establecidos legalmente, sin excederlos, pero no declararlos de forma fraudulenta.

Ante todas estas limitaciones que desvirtuaban, en la práctica, la compaginación de la jubilación y el trabajo, la fórmula de la jubilación activa parecía la solución adecuada. Según se ha expuesto, es compatible con el trabajo por cuenta propia y por cuenta ajena, tanto a jornada completa como a tiempo parcial. Sin embargo, los requisitos previstos legalmente para el jubilado activo son muy limitantes. Debe haberse jubilado en la edad ordinaria de jubilación, lo cual excluye a todos los supuestos de jubilación anticipada, parcial, etc. cada vez más habituales. Debe haber tenido derecho al 100% de la base reguladora en su reconocimiento inicial, para lo cual se requieren también una serie de años de cotización muy elevados, y poco comunes con los sistemas de prejubilación y jubilación anticipada existentes en la actualidad. Por si fuera poco, también se establecen exigencias para las empresas que contraten a un jubilado parcial, en términos de mantenimiento de empleo, exigencias a las que muchas empresas no están dispuestas a someterse.

En definitiva, puede llegarse a la conclusión de que los sistemas articulados actualmente, con su exceso de requisitos y exigencias para los jubilados y las empresas, no permiten una compatibilización efectiva de la jubilación y las actividades laborales y profesionales.

Sin embargo, resulta imprescindible buscar soluciones para que estos sistemas —o los que puedan configurarse— funcionen. Con carácter principal, y en relación con la exposición de la problemática del sistema español de pensiones, es absolutamente necesario para normalizar esta compatibilización para conseguir una sostenibilidad a corto y medio plazo del sistema de pensiones. El propio Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo aprobado el 28 de octubre de 2020 por el Congreso de los Diputados recoge en su R 12 «merece así una valoración positiva la mejora del régimen de compatibilidad de la pensión con los ingresos provenientes de una actividad profesional, si bien son necesarias nuevas medidas que favorezcan esta compatibilidad, sin que ello produzca menoscabo de las cuentas del sistema».

Una compatibilización efectiva y normalizada permitiría reducir el gasto en pensiones ya que se reduciría —temporalmente— el número de pensionistas y los años durante los cuales un pensionista percibe la pensión. Además, aumen-

tarían los ingresos por el mayor número de cotizantes y mayores cotizaciones aportadas al sistema.

Adicionalmente, y aunque no sea el objeto central de este estudio, no se trata de una cuestión que pueda analizarse exclusivamente desde el prisma de la sostenibilidad del sistema de pensiones. Es necesario tomar en consideración las preferencias de las personas que acceden a la jubilación individualmente consideradas. Así, según el Dictamen del Consejo Económico y Social, cuatro de cada diez trabajadores que alcanzan la edad ordinaria de jubilación habrían preferido continuar su actividad profesional, bien sea por razones familiares, profesionales o por su interés personal⁽²⁴⁾.

V. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AYUSO, M. y HOLZMANN, R., «Longevidad: Un breve análisis global y actuarial», Instituto BBVA de Pensiones, 8 de mayo de 2014.
- AYUSO, M. y HOLZMANN, R., «Natalidad, pirámide poblacional y movimientos migratorios en España: su efecto en el sistema de pensiones», *Documento de Trabajo núm. 8/2014*, Instituto BBVA de Pensiones, septiembre de 2014.
- BENAVIDES VICO, A., «Análisis de la jubilación activa. Compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo», 2018.
- CABEZA PERIORO, J., «Estado actual de la compatibilidad entre jubilación y trabajo en Europa» en CABEZA PEREIRO, J., BALLESTER PASTOR, M. y FERNÁNDEZ PRIETO, M. (Dirs.) «La relevancia de la edad en la relación laboral y de seguridad social», Thomson Reuters, 2009, p. 140.
- DEVESA, E. (Coord.), «Informe del Instituto de Actuarios Españoles sobre la Seguridad Social española: situación actual y perspectivas futuras», Instituto de Actuarios Españoles, octubre de 2019.
- DEVESA, E., DEVESA, M., ENCINAS, B., DOMÍNGUEZ, I, GARCÍA, M.A. y ME-NEU, R., «El Índice de Revalorización de las Pensiones (IRP) adelantado para el año 2020 se estima en un -1,87% tras la ejecución presupuestaria del segundo trimestre de 2019», *Documento de trabajo sobre datos, metodología y resultados*, Universidad de Valencia, 2019.
- ESCRIVÁ, J.L. (presidente de la AIREF), «Opinión sobre la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social», *Opinión 1/2019*, AIREF, 2019.

(24) CABEZA PERIORO, J., «Estado actual de la compatibilidad entre jubilación y trabajo en Europa» en CABEZA PEREIRO, J., BALLESTER PASTOR, M. y FERNÁNDEZ PRIETO, M. (Dirs.) «La relevancia de la edad en la relación laboral y de seguridad social», Thomson Reuters, 2009, p. 140.

- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, S., «Un estudio en torno a la edad de jubilación», *Estudios de Progreso*, Fundación Alternativas, 2011.
- GALA DURÁN, C., BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. y GARCÍA CALVENTE, Y. «El impacto de las últimas reformas en materia de jubilación: envejecimiento activo, sostenibilidad financiera y planes de pensiones», *Cuadernos de la Fundación MAPFRE*, 2017.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, D., «Los sistemas de reparto puro y de capitalización individual como base de la prestación de jubilación contributiva», *Economía Española y Protección Social*, I, 2009.
- INSTITUTO BBB DE PENSIONES, 2019: <https://www.jubilaciondefuturo.es/es/blog/la-jubilacion-activa-no-termina-de-despegar-en-espana.html>
- LÓPEZ CUMBRE, L. «Jubilación activa del autónomo con trabajadores en ERTE», Publicaciones Gómez-Acebo & Pombo, 28 de junio de 2020.
- PRICEWATERHOUSECOOPERS, «Por un sistema de pensiones sostenible e inteligente», 2010.

CAPÍTULO 6

SUPERVISIÓN Y TRANSPARENCIA DE LOS FONDOS DE PENSIONES EN TIEMPOS DE PANDEMIA

Félix Benito Osma

*Profesor Asociado de Derecho Mercantil
de la Universidad Carlos III de Madrid*

I. LOS FONDOS DE PENSIONES. NATURALEZA Y CLASES

1.1. Concepto, finalidad y naturaleza

Los FP constituyen el elemento patrimonial-financiero y finalista de los PP. Responden al cumplimiento del objeto de los PP que es garantizar las prestaciones derivadas de la ejecución y desenvolvimiento del plan de pensiones adscrito.

Por ello, el PP y el FP constituyen una unidad institucional patrimonial, organizativa y financiera, en la cual perviven necesariamente dos compartimentos patrimoniales básicos y esenciales indisolublemente unidos⁽¹⁾ con caracteres distintos. No puede ser entendida la institución de forma separada e independiente. Todo ello, en cumplimiento de un principio legal básico de integración necesaria y obligatoria.

Los FP son patrimonios⁽²⁾ sin personalidad jurídica⁽³⁾ constituidos, previa autorización administrativa, en escritura pública que es otorgada por las entidades

(1) Art. 10 TRLPPF. Integración en el fondo de pensiones. 1. Para la instrumentación de un plan de pensiones, las contribuciones económicas a que los promotores y los partícipes del plan estuvieran obligados se integrarán inmediata y necesariamente en una cuenta de posición del plan en el fondo de pensiones, con cargo a la cual se atenderá el cumplimiento de las prestaciones derivadas de la ejecución del plan. Dicha cuenta recogerá, asimismo, los rendimientos derivados de las inversiones del fondo de pensiones que, en los términos de esta Ley, se asignen al plan.

2. Reglamentariamente se fijarán las condiciones a que se sujetarán las relaciones entre el plan y el fondo de pensiones, y en particular las referentes al traspaso de la cuenta de posición del plan desde un fondo de pensiones a otro, así como a la liquidación del plan. Reglamentariamente se podrán establecer las condiciones y requisitos en los que la comisión de control de un plan de pensiones adscrito a un fondo puede canalizar recursos de su cuenta de posición a otros fondos de pensiones o adscribirse a varios, gestionados, en su caso, por diferentes entidades gestoras.

(2) Sobre la naturaleza de fondo de pensiones, patrimonio, sociedad, comunidad de bienes, fiducia y *trust*, vid. BENITO OSMA, F., *Los partícipes y beneficiarios en la nueva regulación de los planes y fondos de pensiones*, La Ley, 2008, pp. 123-192. También, MADRID PARRA, A., «Una propiedad especial: la del patrimonio de los fondos de inversión», GÓMEZ SEGADE, J. A y GARCÍA VIDAL, A., *El Derecho Mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro homenaje al prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños*, Marcial Pons, 2010, pp. 695-710, quien configura el patrimonio del fondo como una propiedad especial con una estructura fiduciaria o una propiedad fiduciaria que se fundamenta en la Ley.

(3) Vid. BENITO OSMA, F., *Los partícipes y beneficiarios en la nueva regulación de los planes y fondos de pensiones*, *op. cit.*, pp. 99 y ss.

promotora, gestora y depositaria. Son inscritos tanto en el RM⁽⁴⁾ como en el RAFP en el que se harán constar el plan o planes de pensiones integrados en el FP, así como las sucesivas incidencias que les afecten. Un PP puede pertenecer a un único FP, mientras que un FP puede integrar uno o varios PP.

La Ley prevé la constitución de fondos de pensiones abiertos⁽⁵⁾, previa autorización administrativa con dicha denominación —fondos de pensiones abiertos—, en escritura pública junto con las normas de funcionamiento en las que se especificará su ámbito de actuación, expresando el objeto como fondo abierto, su categoría de empleo o personal.

El FP no podrá integrar PP si no se ha inscrito previamente en el RAFP. Tanto la autorización administrativa como la inscripción en el Registro administrativo habilitan la formalización de la constitución de la organización institucional y patrimonial, en cumplimiento del principio básico de los PP que es la integración obligatoria a un FP, mediante su aceptación, así como del patrimonio afecto a la satisfacción del derecho a las prestaciones de las personas afectas al propio PP que desarrolla.

Responden a entidades nuevas y separadas de la entidad promotora, con una cierta personificación, que desarrollan una actividad económica con fines sociales mediante un modelo organizativo diverso y similar a los fondos de inversión.

Los FP son al mismo tiempo instrumentos de financiación y de canalización del ahorro privado de los inversores particulares que se destinan a los inversores institucionales —los fondos—, para dar cumplimiento el compromiso suscrito en los contratos de planes de pensiones adheridos.

Son administrados necesariamente por una EGFP con el concurso de una EDFP sin perjuicio, en su caso, de las funciones de la comisión de control del plan y del fondo de pensiones⁽⁶⁾. Ambas entidades autorizadas actuarán en interés del FP dentro de sus competencias de administración, representación y custodia, siendo responsables frente a los sujetos constituyentes y personales del plan por el incumplimiento de sus respectivos deberes y obligaciones.

El patrimonio de los FP no responde de las deudas de las entidades promotora, gestora y depositaria.

(4) Art. 11 bis. Inscripción de los fondos de pensiones en el Registro Mercantil y coordinación con el Registro Administrativo de Fondos de Pensiones.

(5) Art. 11. Ter TRLPFP. Fondos de Pensiones abiertos. Dicho precepto se remite a los arts. 11 y 11 bis con las particularidades específicas contenidas en este precepto.

(6) BENITO OSMA, F., «El estatuto del administrador del fondo de pensiones en tiempos de crisis», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 270, 2008, pp. 1475 y ss.

Los FP tienen un patrimonio independiente y autónomo tanto de la promotora, gestora y depositaria, al igual que el de los partícipes cuya responsabilidad queda limitada exclusivamente a sus compromisos de aportación al plan adscrito. La responsabilidad es limitada, lo que supone un claro signo de su estructura asociativa finalista.

La titularidad de los recursos patrimoniales del FP corresponde a los partícipes y beneficiarios. Dichos recursos patrimoniales se integran en una cuenta de posición del plan en el fondo de pensiones, con cargo a la cual se abonarán las prestaciones.

Esa titularidad no es identificable con un derecho de propiedad⁽⁷⁾ en el sentido de que las facultades dominicales corresponden al órgano de administración y representación⁽⁸⁾. Los partícipes tan sólo tienen la facultad de cambiar y trasladar sus derechos económicos de un instrumento a otro, pudiéndose convertir en ciertos momentos de una facultad de transferencia a una facultad resolutoria, sin penalización alguna, en tanto que la movilización de sus derechos consolidados sea total y no parcial.

Los activos del FP corresponden colectiva y proporcionalmente a todos los planes adscritos y a todos los partícipes y beneficiarios de estos.

La cuenta de posición representa la participación de un plan en el patrimonio del fondo de pensiones, de tal manera que la suma del saldo de cada cuenta de posición representa el patrimonio total del fondo.

1.2. Clases de Fondos de Pensiones

Los FP se clasifican en *función de las de las modalidades de los PP que integren*⁽⁹⁾, en fondos de empleo —planes del sistema de empleo— y en fondos personales —planes del sistema individual y asociado—.

Cada fondo de pensiones podrá integrar uno o varios planes correspondientes. Un mismo plan de pensiones de empleo puede estar adscrito a dos o más fondos de pensiones de empleo. Esta adscripción múltiple se articula a través de subplanes delimitados.

(7) Sobre la problemática respecto a la titularidad, la movilización y derechos políticos de los partícipes, *vid.* BENITO OSMA, F., *Los partícipes y beneficiarios en la nueva regulación de los planes y fondos de pensiones*, *op. cit.*, pp. 131-138, 272-274, 280.

(8) Sobre la relación entre gestora, fondo de pensiones y partícipes puede verse en BENITO OSMA, F., «El estatuto del administrador del fondo de pensiones en tiempos de crisis», *op. cit.*, pp. 1492 y ss. En lo que se refiere a los fondos de inversión, *vid.* ALBA FERNÁNDEZ, M., *El deber de ejercicio de los derechos políticos del socio de las sociedades gestoras de fondos de inversión*, Marcial Pons, 2009, pp. 77-83.

(9) Arts. 3.3 y 56.1. RFPF.

También se clasifican *en función de la actividad transfronteriza de los fondos de pensiones de empleo* domiciliados en España y de fondos de pensiones de otros EEMM⁽¹⁰⁾, con integración de planes o promociones de planes de empresa de otros EEMM en un fondo de pensiones con domicilio en España. Un plan de pensiones de empleo sujeto a la legislación social y laboral española adscrito a un fondo de pensiones de empleo autorizado en otro Estado miembro.

Los planes de pensiones de empleo autorizados y registrados en España pueden transferirse, desde el fondo de pensiones transferente autorizado y registrado en España, en fondos de pensiones de empleo autorizados y registrados en otro Estado miembro. Y viceversa, transferencia transfronteriza desde un fondo de pensiones autorizado o registrado en otro Estado miembro a otro fondo de pensiones de empleo autorizado y registrado en España.

También, *en función de los procesos de inversión*⁽¹¹⁾ desarrollados, los FP pueden ser cerrados⁽¹²⁾ que instrumentan las inversiones del plan o planes integrados en él y, por otro lado, abiertos⁽¹³⁾ que canalizan inversiones de otros fondos de pensiones y de planes de pensiones adscritos a otros fondos. Y, a su vez, pueden ser personales y de empleo.

Los fondos de pensiones cerrados personales o de empleo pueden convertirse en fondos de pensiones abiertos.

Las características esenciales de tales fondos de pensiones abiertos son las siguientes:

- a) fondos de pensiones abiertos de empleo⁽¹⁴⁾ que canalizan inversiones de fondos de pensiones de empleo y permiten canalizar los recursos de su cuenta de posición a fondos de pensiones abiertos de empleo y
- b) fondos de pensiones abiertos personales⁽¹⁵⁾, destinados a canalizar inversiones de fondos de pensiones personales. Los planes de pensiones individuales y asociados pueden canalizar recursos de su cuenta de posición a fondos abiertos personales.

En relación con el *cumplimiento de las obligaciones*, podemos distinguir entre fondos internos de pensiones (FIP) y fondos externos de pensio-

(10) Directiva (UE) 2016/2341, de 14 de diciembre de 2016, relativa a las actividades y la supervisión de los fondos de pensiones (art. 31). Esta Directiva —IORP II— ha sido traspuesta parcialmente por el RDL 3/2020 (T. II del L. II) que modifica diversos preceptos del TRLPFP. En concreto, el art. 31 de la Directiva.

(11) Art. 56.2 RFPF.

(12) Art. 11.9 a) TRLPFP.

(13) Art. 11 ter. TRLPFP. *Fondos de pensiones abiertos*.

(14) Art. 11.ter.1. a) TRLPFP.

(15) Art. 11.ter.1. b) TRLPFP.

nes (FEP), constituidos en el marco laboral de compromisos por pensiones asumidos por las empresas con sus trabajadores, hayan exteriorizado o no el cumplimiento del compromiso de pago (DA 1.ª TRLPFP y RICP). En el primero, los compromisos y los riesgos por pensiones no se encuentran garantizados por terceros garantes de las prestaciones en caso de insolvencia del empresario. Mientras que los segundos se encuentran garantizados por un tercero «garante» en caso de insolvencia del empresario, distinto y separado del patrimonio de la entidad obligada en virtud del compromiso por pensiones.

En relación con la vocación inversora desarrollada, los FP pueden ser de renta fija (corto, largo plazo, mixta), renta variable, renta mixta y garantizados.

En relación con la *garantía externa en PP de aportación definida*⁽¹⁶⁾, los FP pueden ser garantizados o asegurados, en el caso de que una entidad garante ofrezca su garantía hasta la fecha de su vencimiento por la totalidad de lo aportado.

II. RÉGIMEN DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LOS FONDOS DE PENSIONES

2.1. La organización y funcionamiento del Fondo de Pensiones

Los FP se organizan o articulan mediante los sujetos fundadores y gestores con las facultades que le son propias y atribuidas en virtud de los documentos constituidos al efecto —la *escritura pública de constitución y las normas de funcionamiento* del FP—.

La escritura documenta el negocio jurídico fundacional. En ella, se formaliza, por un lado, la voluntad de los otorgantes en la creación de un contrato plurilateral y de organización y, por otro, el conjunto de normas que regirán el FP de acuerdo con la normativa vigente.

Estas normas de funcionamiento determinan el régimen de organización y funcionamiento del FP, estableciéndose por Ley un contenido mínimo⁽¹⁷⁾. Dicho contenido mínimo responde al menos a identificar su denominación y ámbito de actuación, la CCFP, la política de inversiones, los criterios de imputación de resultados, los sistemas actuariales que pueden utilizarse en la ejecución de PP, las comisiones máximas a satisfacer a las entidades que concurren en la gestión y depósito de los FP, las normas de distribución de los gastos de funcionamiento de la CCFP, las condiciones de movilización de la cuenta de posición y los criterios de su cuantificación, la modificación de estas normas de funcionamiento y la sustitución de las entidades gestoras y

(16) Art. 77 RPPF.

(17) Art. 11.2. c) TRLPFP; art. 59 RPPF.

depositarias, las causas y las normas de disolución y liquidación de los FP, así como las normas de movilización de las cuentas de posición de los planes de pensiones.

2.2. La Comisión de Control del Fondos de Pensiones

A. *Funciones, clases, composición y funcionamiento*

Uno de los pilares básicos generales de los PP es que su funcionamiento, ejecución y supervisión queda reservada a una CC constituida al efecto.

Las CCFP son las encargadas de la vigilancia, cumplimiento, participación y representación de los intereses de los partícipes y beneficiarios en los planes y fondos de pensiones⁽¹⁸⁾ con las particularidades correspondientes de cada modalidad, especialmente en los fondos de empleo⁽¹⁹⁾.

(18) Art. 14.2 TRLPPF: Las funciones de la comisión de control del fondo de pensiones son, entre otras:

- a) Supervisión del cumplimiento de los planes adscritos.
- b) Control de la observancia de las normas de funcionamiento, del propio fondo y de los planes.
- c) Nombramiento de los expertos cuya actuación esté exigida en la presente Ley, sin perjuicio de las facultades previstas dentro de cada plan de pensiones.
- d) Propuesta y, en su caso, decisión en las demás cuestiones sobre las que la presente Ley le atribuye competencia. Podrá recabar de las entidades gestora y depositaria la información que resulte pertinente para el ejercicio de sus funciones.
- e) Representación del fondo, pudiendo delegar en la entidad gestora para el ejercicio de sus funciones.
- f) Examen y aprobación de la actuación de la entidad gestora en cada ejercicio económico, exigiéndole, en su caso, la responsabilidad prevista en el art. 22 de esta Ley.
- g) Sustitución de la entidad gestora o depositaria, en los términos previstos en el art. 23.
- h) Suspensión de la ejecución de actos y acuerdos contrarios a los intereses del fondo.
- i) En su caso, aprobación de la integración en el fondo de nuevos planes de pensiones.
- j) Establecer su sistema de gobierno y el sistema de control interno, que faciliten la gestión de la actividad y, en especial, el cumplimiento de las obligaciones en materia de gestión de riesgos, auditoría interna y, en su caso, actuarial conforme al tamaño, la naturaleza, la escala y la complejidad de las actividades del fondo de pensiones.
- k) Ser oída, con carácter preceptivo, en los procesos de externalización de funciones o actividades por parte de la gestora recogidas en el art. 30 sexies.

(19) Art. 64.1 RPPF: Las funciones de la comisión de control del fondo de pensiones de empleo son, entre otras:

- a) La supervisión del cumplimiento de los planes adscritos.
- b) El control de la observancia de las normas de funcionamiento, del propio fondo y de los planes.
- c) El nombramiento de los expertos cuya actuación esté exigida en el texto refundido de la ley y en este reglamento, sin perjuicio de las facultades previstas dentro de cada plan de pensiones.

Los gastos de funcionamiento de las comisiones de control serán de cargo de los fondos, si bien podrá acordarse la asunción total o parcial por la entidad promotora, salvo en el caso de integración única de planes individuales en cuyo caso será soportado por las entidades promotoras.

En los planes de pensiones individuales no se constituirá dichas comisiones, cuyas funciones quedan reservadas a las entidades promotoras del PP. Para subsanar su carácter no esencial, se impone la obligación a las entidades promotoras de constituir un Defensor del partícipe y de los beneficiarios⁽²⁰⁾, desapareciendo el mecanismo de control o de autotutela institucional en el desinvolvemento de los planes y fondos de pensiones individuales⁽²¹⁾.

En los fondos de pensiones de empleo y personales deben necesariamente constituirse una CCFP que estarán formadas por representantes de cada uno de los planes adscritos al FP. Los FPE sólo podrán integrar planes de esta modalidad. En el caso de que el FPE integre varios PPE, la composición de la CCFP podrá formarse con representantes de cada uno de los PP o mediante una representación conjunta de los planes de pensiones integrados en el mismo. En el caso de que el FPE integre un único PP la CCFP ejercerá las funciones que en su caso corresponden a la CCFP.

La composición, procedimiento de elección y renovación, así como su funcionamiento de las CCFP difieren de la modalidad de fondo —fondos personales⁽²²⁾ y de empleo⁽²³⁾—. En consecuencia, existen normas específicas para cada uno de ellos.

d) La representación del fondo, pudiendo delegar en la entidad gestora para el ejercicio de sus funciones de representación.

e) El examen y aprobación de la actuación de la entidad gestora en cada ejercicio económico, exigiéndole, en su caso, la responsabilidad prevista en el art. 22 del texto refundido de la ley y en el art. 4 de este reglamento.

f) La sustitución de la entidad gestora o depositaria, en los términos previstos en el art. 23 del texto refundido de la ley y art. 85 de este reglamento.

g) La suspensión de la ejecución de actos y acuerdos contrarios a los intereses del fondo, en los términos y con los límites derivados de la naturaleza de aquéllos.

h) En su caso, la aprobación de la integración en el fondo de nuevos planes de pensiones, función que podrá delegar en alguno de sus miembros o en la entidad gestora. La admisión del primer plan que pretenda integrarse en el fondo será acordada por su entidad gestora.

i) La propuesta y, en su caso, la decisión en las demás cuestiones sobre las que este reglamento le atribuye competencia.

Podrá recabar de las entidades gestora y depositaria la información que resulte pertinente para el ejercicio de sus funciones.

(20) Arts. 7.5 TRLPFP y 49 RFPF.

(21) BENITO OSMA, F., *Los partícipes y beneficiarios en la nueva regulación de los planes y fondos de pensiones*, op. cit., pp. 458-459.

(22) Art. 68 RFPF.

(23) Art. 64.2 y 3 RFPF.

La composición de dichas Comisiones dependerá del plan adscrito, de su número y de su carácter exclusivo.

a) Fondos de pensiones asociados

En dichos planes de pensiones sus representantes serán designados por la CCPP. Para el caso de que el FP integra un único plan, no será necesaria la constitución de la CC, en cuyo caso, sus funciones corresponderán a la CCPP.

b) Fondos de pensiones individuales

En dichos planes de pensiones sus representantes serán designados por la entidad promotora, por cuanto que no es necesaria su constitución de comisiones de control en esta modalidad. En el caso de hubiera dos o más PP adscritos promovidos por la misma entidad promotora, ésta podrá designar una representación conjunta de dichos planes en la CCFP. Para el caso de que el FP integre exclusivamente uno o varios PP por la misma entidad promotora no será necesaria la constitución de una CCFP, correspondiendo a la entidad promotora del plan o planes las funciones y responsabilidades de la CCFP.

c) Fondos de pensiones de empleo

La composición podrá ser mediante un sistema de representación agregada, de representación conjunta y el mediante una agrupación mediante representación conjunta en el marco de la negociación colectiva

Las normas de funcionamiento de cada uno de los fondos de pensiones adscritos a cada PP determinarán las normas de composición y funcionamiento de las CCFP (procedimiento y acuerdos para la designación de representantes, etc.)

B. La Comisión de Control de Fondos de Pensiones abiertos

En los fondos de pensiones abiertos personales no será precisa la constitución de una Comisión de control del fondo abierto, correspondiendo, en su caso, a la entidad gestora las funciones que la normativa atribuye a aquella, a la que nos hemos referido con anterioridad.

La Comisión de control del fondo de pensiones abierto tendrá las funciones que por Ley se le asignan como a cualquier CCFP, entendiéndose, en su caso, realizadas a fondos de pensiones inversores o planes de pensiones inversores las referencias a planes de pensiones⁽²⁴⁾.

(24) Art. 68 bis RFPF.

Los gastos de funcionamiento de la Comisión de control del fondo de pensiones abierto se soportarán por el fondo, si bien, podrá acordarse su asunción total o parcial por las entidades gestoras o depositarias o promotoras de los planes de pensiones.

En los fondos de pensiones abiertos de empleo se constituirá una Comisión de Control del fondo formada por representantes de los fondos y de los planes de pensiones inversores⁽²⁵⁾ y, en su caso, de los planes integrados directamente.

III. RÉGIMEN FINANCIERO, DE INVERSIÓN Y DE LIQUIDEZ DE LOS FONDOS DE PENSIONES

3.1. Los activos financieros de los Fondos de Pensiones

Los Fondos de Pensiones se componen de recursos patrimoniales e instrumentos financieros siempre que los mismos sean aptos a los criterios y a los límites de inversión establecidos en la normativa (arts. 70-74 RPPF).

Son *recursos patrimoniales* aptos de inversión:

1. Bienes inmuebles, créditos hipotecarios, derechos reales inmobiliarios
2. Créditos pignoraticios siempre que el objeto de la garantía sea también un activo apto para la inversión de fondos de pensiones y créditos frente a la Hacienda Pública por retenciones a cuenta del impuesto sobre sociedades
3. Depósitos en entidades de crédito a la vista o a plazo
4. Provisiones matemáticas de entidades aseguradoras en los casos en que los fondos de pensiones tengan integrados uno o varios planes de pensiones total o parcialmente asegurados
5. Deudas de los promotores de los planes integrados en el fondo de pensiones correspondientes a fondos pendientes de trasvase o a un déficit pendiente de amortizar en virtud de planes de reequilibrio.

Son *activos financieros* aptos de inversión:

1. Valores e instrumentos financieros de renta fija y variable
2. Activos financieros estructurados
3. Acciones y participaciones en instituciones de inversión colectiva
4. Instrumentos derivados con cobertura de riesgo y de inversión
5. Acciones y participaciones de entidades de capital riesgo

(25) Arts. 65 RPPF.

6. Valores e instrumentos financieros no cotizados en mercados regulados
7. Instrumentos del mercado monetario
8. Valores y derechos negociados en mercados alternativos Bursátil y de Renta Fija
9. Fondos de pensiones abiertos.

Los activos y recursos financieros deberán hallarse situados en el Espacio Económico Europeo.

En aquellos supuestos en los que un activo calificado como apto en el momento de su adquisición, deje de cumplir los requisitos de aptitud exigidos, el plazo para su regularización o venta será de seis meses. Este plazo podrá ser ampliado previa solicitud justificada a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones por parte de la entidad gestora en la que se indicarán los perjuicios que el cumplimiento del plazo de seis meses pudiera ocasionar a los partícipes y beneficiarios.

Los fondos de pensiones calcularán diariamente el valor de la cuenta de posición de los planes integrados en él.

La cuantificación de la cuenta de posición de cada plan integrado en el fondo se derivará de la aplicación de los criterios de valoración de inversiones anteriormente indicados, y supletoriamente, de las normas de valoración contable generales o, en su caso, de las que se establezcan para su aplicación específica a fondos de pensiones.

En los fondos de pensiones donde se integren planes de pensiones individuales deberá definirse la unidad de cuenta entendida como la unidad autónoma de igual valor, representativa de una parte alícuota de la cuenta de posición del plan de pensiones, de tal forma que, el saldo de la cuenta de posición coincida con el número de unidades de cuenta multiplicado por el valor liquidativo de las mismas.

Las entidades gestoras deberán calcular y publicar diariamente el valor liquidativo de las unidades de cuenta de los planes individuales integrados en los fondos que gestionen. A estos efectos, se considerarán medios de difusión aptos, entre otros, la publicación en el sitio web de la entidad gestora o de su grupo. Las normas de funcionamiento podrán prever que la movilización de una cuenta de posición se haga mediante la transmisión a otro fondo de pensiones de los activos que proporcionalmente correspondan a aquella cuenta de posición.

3.2. Los Principios generales y restricciones de Inversión de los Fondos de Pensiones

Los activos de los FP serán invertidos en interés de los partícipes y beneficiarios, de acuerdo con criterios de seguridad, rentabilidad, diversificación,

dispersión, liquidez, congruencia monetaria y de plazos adecuados a sus finalidades.

Las inversiones de los FP deben ser adecuadas con unos criterios de prudencia, seguridad y diversificación que cumplan unas exigencias de liquidez, en lo que respecta a unos límites mínimos y máximos de inversión del activo del FP y unos límites máximos de adquisición de instrumentos financieros en circulación de una entidad.

Los valores e instrumentos financieros se valorarán conforme a su valor de reposición mientras que los bienes inmuebles se valorarán conforme a su valor de tasación. Los créditos se valorarán por su valor actual, con el límite del valor de la garantía.

Las entidades gestoras y depositarias de un fondo de pensiones, así como sus consejeros y administradores, y los miembros de la comisión de control del fondo de pensiones, los miembros de la comisión de control del plan, así como los promotores de los planes de pensiones, no podrán comprar ni vender para sí los activos del fondo directamente ni por persona o entidad interpuestas. Análoga restricción se aplicará a la contratación de créditos. A estos efectos, se entenderá que la operación se realiza por persona o entidad interpuesta cuando se ejecuta por persona unida por vínculo de parentesco en línea directa o colateral, consanguínea o por afinidad, hasta el segundo grado inclusive, por mandatarios o fiduciarios o por cualquier sociedad en que los citados consejeros, administradores, directores, entidades o integrantes de la comisión de control tengan, directa o indirectamente, un porcentaje igual o superior al 25 por ciento del capital o ejerzan en ella funciones que impliquen el ejercicio del poder de decisión.

Por lo que se refiere a las normas de inversión de los fondos de pensiones de empleo han de ajustarse a las normas singularmente establecidas que, en este caso, vienen establecidas en el art. 19⁽²⁶⁾ de la Directiva (UE) 2016/2341 relativa

(26) 1. Los EEMM exigirán a los FPE registrados o autorizados en su territorio que inviertan sus activos de acuerdo con la «regla de la persona prudente» y, en particular, con arreglo a las siguientes normas: a) los activos se invertirán defendiendo al máximo los intereses a largo plazo de los partícipes y beneficiarios en su conjunto. En caso de posible conflicto de intereses, el FPE, o la entidad que gestione su cartera velará por que la inversión se realice defendiendo únicamente el interés de los partícipes y beneficiarios; b) en el marco de la «regla de la persona prudente», los EEMM permitirán a los FPE tener en cuenta los posibles efectos a largo plazo de las decisiones de inversión sobre factores ambientales, sociales y de gobernanza; c) los activos se invertirán de manera que se vele por la seguridad, calidad, liquidez y rentabilidad de la totalidad de la cartera; d) los activos se invertirán mayoritariamente en mercados regulados. Las inversiones en activos que no puedan negociarse en un mercado financiero regulado deberán en todo caso mantenerse dentro de niveles prudenciales; e) la inversión en instrumentos derivados será posible en la medida en que dichos instrumentos contribuyan a la reducción del riesgo de inversión o facilite

a las actividades y la supervisión de fondos de pensiones de empleo, a falta de transposición completa a la normativa nacional de planes y fondos de pensiones.

Por último, los derechos inherentes a los valores integrados en el fondo deberán ser ejercidos directamente por la comisión de control o por la entidad gestora y, en su caso, por la entidad promotora, en los planes individuales, en

la gestión eficaz de la cartera. Tales instrumentos derivados se valorarán con prudencia, teniendo en cuenta el activo subyacente, y se incluirán en la valoración de los activos del FPE. El FPE también evitará la excesiva exposición al riesgo en relación con una única contrapartida y con otras operaciones con derivados; f) los activos estarán suficientemente diversificados, de forma que se evite la dependencia excesiva de un activo, de un emisor determinado o de un grupo de empresas y las acumulaciones de riesgo en el conjunto de la cartera. Las inversiones en activos emitidos por el mismo emisor o por emisores que pertenezcan al mismo grupo no expondrán al FPE a un riesgo de concentración excesivo; g) la inversión en la empresa promotora no será superior al 5 % de la cartera en su conjunto, y cuando la empresa promotora pertenezca a un grupo la inversión en las empresas pertenecientes al mismo grupo que la empresa promotora no será superior al 10 % de la cartera. L 354/58 ES DOUE 23.12.2016 Cuando el FPE esté promovido por cierto número de empresas, la inversión en esas empresas promotoras se hará con prudencia, teniendo en cuenta la necesidad de diversificación apropiada. Los EEMM podrán decidir no aplicar los requisitos mencionados en las letras f) y g) a la inversión en deuda pública. 2. Habida cuenta del tamaño, la naturaleza, la escala y la complejidad de las actividades de los FPE supervisados, los EEMM garantizarán que las autoridades competentes vigilen la adecuación de los procesos de evaluación crediticia de los FPE, valoren el uso de referencias a las calificaciones crediticias definidas en el art. 3, apdo. 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 1060/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo (1), en sus políticas de inversión y, cuando proceda, fomenten la mitigación del impacto de tales referencias, con vistas a reducir la dependencia exclusiva y automática de dichas calificaciones crediticias. 3. El Estado miembro de origen prohibirá al FPE que contraiga préstamos o que haga de garante por cuenta de terceros. No obstante, los EEMM podrán autorizar a los FPE a contraer cierto nivel de endeudamiento tan solo con objeto de obtener liquidez y con carácter temporal. 4. Los EEMM no podrán exigir a los FPE registrados o autorizados en su territorio que inviertan en determinadas categorías de activos. 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 30, los EEMM no supeditarán las decisiones de inversión de los FPE registrados o autorizados en su territorio o del gestor de las inversiones de estos a ningún tipo de autorización previa o requisito de notificación sistemática. 6. De conformidad con lo dispuesto en los apdos. 1 a 5, los EEMM podrán, respecto de los FPE registrados o autorizados en su territorio, fijar normas más detalladas, incluidas normas cuantitativas, siempre que se justifiquen según el principio de prudencia, y resulte de aplicación al conjunto de planes de pensiones integrados en dichos FPE. No obstante, los EEMM no impedirán que los FPE: a) inviertan hasta el 70 % de los activos representativos de sus provisiones técnicas, o del total de su cartera, en los planes en que los partícipes soportan el riesgo de inversión en acciones, valores negociables asimilables a las acciones y bonos de sociedades cuya compraventa esté autorizada en mercados regulados, o a través de SMN o SOC y decidan sobre el peso relativo de esos valores en su cartera de inversiones. Sin embargo, y siempre que así se justifique por motivos de prudencia, los EEMM podrán aplicar un límite más bajo no inferior al 35 % a los FPE que gestionen planes de pensiones con un tipo de interés garantizado a largo plazo, soporten el riesgo de inversión y se ofrezcan a

beneficio y en interés de los partícipes y beneficiarios. El ejercicio de los derechos políticos inherentes a los valores ha de ser informado en el informe de gestión anual del FP, en lo que se refiere a la política asumida en cuanto a su ejercicio o no (art. 69.7 RFPF)⁽²⁷⁾.

3.3. La Política de Inversión y Estrategia Inversora de los Fondos de Pensiones

La Comisión de Control del Fondo de Pensiones, con la participación de la EGFP elaborará por escrito la Política de Inversión del FP. Será revisada al menos cada tres años y en todo caso inmediatamente después de que se produzcan cambios significativos en la política de inversión del FP. A esta política deberá darse suficiente publicidad en general y también a los propios partícipes tanto en el momento de su incorporación al plan como con carácter periódico.

Esta *Declaración de la Política de Inversión*⁽²⁸⁾ mencionará:

a) los métodos de medición del riesgo de inversión

sí mismos como garantía; b) inviertan hasta el 30 % de sus activos que cubran provisiones técnicas en activos expresados en divisas distintas de aquellas en que estén expresados los pasivos; c) inviertan en instrumentos que tengan un horizonte de inversión a largo plazo y que no se negocien en mercados regulados, SMN o SOC; d) inviertan en instrumentos que emita o garantice el BEI en el marco del Fondo Europeo para Inversiones Estratégicas, los fondos de inversión a largo plazo europeos, los fondos de emprendimiento social europeos y los fondos de capital riesgo europeos. 7. El apdo. 6 se entenderá sin perjuicio del derecho de los EEMM a exigir a los FPE registrados o autorizados en su territorio que apliquen normas más rigurosas de inversión también con carácter individual, siempre que así se justifique por razones de prudencia, en particular por el FPE. 8. La autoridad competente del Estado miembro de acogida de un FPE que lleve a cabo actividades transfronterizas, con arreglo al art. 11, no establecerá normas de inversión, además de las establecidas en los apdos. 1 a 6, para la parte de los activos que cubran las provisiones técnicas de la actividad transfronteriza.

(27) En relación con el activismo de los fondos de pensiones en las sociedades cotizadas, *vid.* BENITO OSMA, F., «Las entidades de crédito en los fondos de pensiones y participación en las sociedades cotizadas», *Revista Derecho de los Negocios*, núm. 176, 2005, pp. 5-19; HERRERO MORANT, R., *Los inversores institucionales en las sociedades cotizadas españolas. Caracterización y activismo accionarial*, Marcial Pons, 2019, pp. 115 y ss. Téngase en cuenta la enmienda parlamentaria al proyecto de ley núm. 269 de modificación del art. 16 apdo. 9, atribuyendo directamente el ejercicio de los derechos inherentes a los valores integrados a la Comisión de Control del Fondo de Pensiones en aplicación de la Directiva (UE) 2017/828 relativa al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas (BO-CG, núms. 5-2, de 22 de mayo 2020, p. 214).

(28) Considerando (60) Directiva (UE) 2016/2341 relativa a las actividades y la supervisión de fondos de pensiones de empleo: «La política de inversión de un FPE constituye un factor decisivo para la seguridad y la sostenibilidad económica a largo plazo de los planes de pensiones de empleo. Por este motivo los FPE deben fijar y, al menos cada tres años revisar, las directrices de su política de inversión. Dicha declaración debe ponerse a disposición de la autoridad competente y, previa solicitud, ponerse igualmente a disposición de los partícipes y beneficiarios de cada plan».

- b) los procesos de gestión del control de riesgos empleados
- c) la asignación de activos con respecto a la naturaleza y duración de sus compromisos en concepto de pensiones
- d) la indicación sobre si se tienen en consideración en las decisiones de inversión, los criterios de inversión socialmente responsable⁽²⁹⁾ (éticos, sociales, medioambientales y de buen gobierno) que afectan a los diferentes activos que integran el fondo de pensiones. Esta mención es esencial en los fondos de pensiones de empleo hasta el punto de que en el informe de gestión del fondo de pensiones se debe dejar constancia de la política ejercida en relación con estos criterios, así como del procedimiento para su implantación, gestión y seguimiento.

Cuando se produzca un incumplimiento sobrevenido de la declaración comprensiva de la política de inversión o un exceso sobre cualquiera de los límites máximos de inversión indicados en este reglamento que se deba exclusivamente al ejercicio de derechos incorporados a los títulos que formen parte de la cartera, a la variación del valor de títulos que fueron adquiridos con sujeción a las normas legales, a una reducción de activo del propio fondo de pensiones por movilización de cuentas de posición o liquidación de planes, o cuando la pertenencia a un mismo grupo sea una circunstancia sobrevenida con posterioridad a la inversión, el fondo dispondrá del plazo de un año a contar desde el momento en que el exceso se produjo, para proceder a su regularización.

(29) Téngase en cuenta que el RDL 3/2020 transpone parcialmente la Directiva (UE) 2016/2341, relativa a las actividades y la supervisión de fondos de pensiones de empleo. Suprime el apdo. 7 del art. 14 TRLFPF referido a la Comisión de Control de Fondo de Pensiones para añadir dos apdos. en el art. 16 referido a las inversiones del Fondo de Pensiones. El considerando (58) de la Directiva dispone: «Los factores ambientales, sociales y de gobernanza a que se refieren los Principios de Inversión Responsable de las Naciones Unidas son importantes para la política de inversiones y los sistemas de gestión del riesgo de los FPE. Los EEMM deben exigir a los FPE que indiquen explícitamente si esos factores se toman en consideración en las decisiones sobre inversión y la manera en que forman parte de su sistema de gestión del riesgo. En la información facilitada por el plan en virtud de la presente Directiva por un FPE se debe incluir la relevancia y el nivel de importancia de los factores ambientales, sociales y de gobernanza para las inversiones de un plan y la manera en que se toman en consideración. Esto no impide a un FPE cumplir el requisito en cuestión declarando en el marco de dicha información que los factores ambientales, sociales y de gobernanza no se toman en consideración en su política de inversiones, o que los costes de un sistema de seguimiento de la relevancia y el nivel de importancia de dichos factores y cómo se tienen en cuenta son desproporcionados con respecto al tamaño, a la naturaleza, la escala y la complejidad de sus actividades». Principios para una inversión responsable (PRI) (www.unpri.org).

La Comisión de Control del Fondo de Pensiones⁽³⁰⁾, con la participación de la EGFP elaborará por escrito una *Declaración de Estrategia de Inversión a largo plazo*. A esta declaración de inversión se habrá de dar publicidad.

Esta Declaración de la Estrategia de Inversión mencionará:

a) información relativa a cómo los elementos principales de su estrategia de inversión en sociedades cuyas acciones están admitidas a negociación en un mercado regulado situado u opere en un Estado miembro, son coherentes con el perfil y la duración de sus pasivos, en particular sus pasivos a largo plazo, y a la manera en que contribuyen al rendimiento a medio y largo plazo de sus activos

3.4. La liquidez y garantía de los Fondos de Pensiones

Los bienes de los fondos de pensiones sólo podrán ser objeto de garantía para asegurar el cumplimiento de las obligaciones del fondo.

Las obligaciones frente a terceros no podrán exceder en ningún caso del 5 por ciento del activo del fondo.

No se tendrán en cuenta a estos efectos los débitos contraídos en la adquisición de elementos patrimoniales en el período que transcurra hasta la liquidación total de la correspondiente operación, ni los existentes frente a los beneficiarios hasta el momento del pago de las correspondientes prestaciones, ni las correspondientes a los derechos consolidados de los partícipes.

Sin perjuicio de lo señalado en el art. 17.1 y 72.j) RPPF, el fondo de pensiones deberá tener en todo momento la titularidad y la libre disposición sobre los activos en que se materialice la inversión de su patrimonio.

En general, los fondos de pensiones no podrán otorgar crédito a los partícipes de los planes de pensiones adscritos, salvo en los casos excepcionales que se señalen reglamentariamente.

Los planes y fondos de pensiones pueden ser garantizados mediante garantía externa⁽³¹⁾ por parte de una entidad financiera garante (art. 77 RPPF).

(30) Téngase en cuenta la enmienda parlamentaria al proyecto de ley núm. 243 de modificación del art. 16 apdo. 9, restringe su aplicación sólo a la Comisión de Control del Fondo de Pensiones de Empleo y no a todos los FP incluidos los personales (BOCG, núm. 5-2, de 22 de mayo 2020, p. 193-194).

(31) BENITO OSMA, F., «Supervisión y garantías en caso de insolvencia de los planes y fondos de pensiones», *Revista Española de Seguros*, núm. 150-151, 2012.

IV. LA SUPERVISIÓN PRUDENCIAL DE LOS PLANES Y FONDOS DE PENSIONES

La Directiva IORP (II) 2016 /2341, de 14 de diciembre, tiene por objeto establecer:

- 1) un sistema de *supervisión prudencial de riesgos* —funciones clave— y,
- 2) un sistema *elevado de protección de los derechos de los partícipes y de los beneficiarios, en lo que respecta a la transparencia informativa* durante todas las fases de un plan y fondo de pensiones, en especial sobre los derechos de pensión devengados, el nivel de las prestaciones de jubilación, los riesgos y garantías, y los costes.

La causa de la Directiva IORP II⁽³²⁾ constituye en garantizar la seguridad jurídica en la mejora sistemática de la normativa y de las referencias europeas en los sistemas de supervisión prudencial de los riesgos y de las autoridades competentes, la protección de los partícipes y beneficiarios y, en definitiva, la garantía de la estabilidad y de la solvencia de los fondos de pensiones de empleo. Tras el *COVID-19*, EIOPA ha publicado unos principios fundamentales generales, con fecha 17 abril, dirigida a las autoridades nacionales de supervisión, para mitigar el impacto del *COVID-19* en los Fondos de Pensiones de Empleo, como instituciones de previsión de jubilaciones en la legislación laboral y de estabilización en los mercados bursátiles especialmente en estos momentos tan volátiles. Las ANC deben adherirse a los siguientes principios generales utilizando un enfoque proporcional y basado en el riesgo. Son los siguientes: *business continuity and operational risks, liquidity position, funding situation and pro-cyclicality, protection of members and beneficiaries, communication*⁽³³⁾.

4.1. Las competencias y facultades de ordenación y supervisión de planes y fondos de pensiones

Los planes y fondos de pensiones y sus entidades gestoras están sujetos a la supervisión prudencial, que incluirá, cuando proceda, entre otros, los siguientes aspectos:

- a) las condiciones de funcionamiento
- b) las provisiones técnicas

(32) Vid. BENITO OSMA, F., «30 años de planes de pensiones. Presente y futuro», en BATALLER, J. y PEÑAS, M.^a J. (Dirs.), *Un Derecho del Seguro más social y transparente*, Civitas-Thomson, 2017, pp. 531-534; *Id.*, «Planes de pensiones y derechos complementarios en la UE», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 135, 2014., pp. 380-382.

(33) <https://fbenitosma.blogspot.com/2020/04/covid-19-principios-para-mitigar-sus.html>;
https://www.eiopa.europa.eu/content/statement-principles-mitigate-impact-coronavirus-covid-19-occupational-pensions-sector_en

- c) la financiación de las provisiones técnicas
- d) la exigencia de fondos propios
- e) el margen de solvencia disponible
- f) el margen de solvencia obligatorio
- g) las normas de inversión
- h) la gestión de las inversiones
- i) el sistema de gobierno, y
- j) la información que debe proporcionarse a los partícipes y beneficiarios

El sistema prudencial se basará en un planteamiento prospectivo y orientado al riesgo.

Las funciones de supervisión prudencial serán ejercidas por la DGSFP⁽³⁴⁾ principalmente sobre los sujetos anteriormente referidos, pero también respecto a otras personas y entidades involucradas en la representación, comercialización, gestión, administración, depósito, promoción y de control, así como a aquellas otras en las que hayan delegado o externalizado funciones.

La autoridad administrativa de supervisión (DGSFP) ajustará sus funciones con arreglo a los siguientes principios:

- a) Oportunidad
- b) Proporcionalidad
- c) Transparencia
- d) Independencia
- e) Responsabilidad
- f) Confidencialidad y secreto profesional⁽³⁵⁾
- g) Naturaleza de la actividad
- h) Escala de la actividad

(34) Respecto a las funciones de ordenación y supervisión de la DGSFP conforme al nuevo marco de supervisión, *vid.* BENITO OSMA, F., «Autoridades y competencias supervisoras en el marco europeo de supervisión y en la futura Ley de Supervisión de Seguros privados», CUÑAT EDO, V. y BATALLER GRAU, J., *Supervisión en Seguros Privados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 117-136. En el marco de EIOPA, LÓPEZ-BREA LÓPEZ DE RODAS, J., *La autoridad europea de seguros y pensiones de jubilación (EIOPA). Su estudio desde el Derecho administrativo*, Dykinson, 2015.

(35) Información confidencial y deber de secreto profesional de las personas que ejerzan o hayan ejercido la actividad de ordenación, supervisión e intervención (art. 24 *quater* TRLPFP. *Secreto profesional e intercambio de información*).

i) Complejidad de la actividad

j) Adecuación y combinación de las actuaciones inspectoras⁽³⁶⁾

La función de supervisión consistirá en la verificación del correcto cumplimiento de la normativa de planes y fondos de pensiones y de las de ejercicio de la actividad, de la situación financiera y de las conductas de mercado.

Los planes y fondos de pensiones, así como las entidades gestoras están sometidos a las normas de supervisión⁽³⁷⁾ y de inspección de entidades aseguradoras. Aunque la función de inspección queda reservada y vinculada a la actividad aseguradora y a la de los planes y fondos de pensiones no significa que no pueda adoptar las medidas oportunas en base a la función de verificación de cumplimiento de la normativa de planes y fondo de pensiones.

Así pues, las entidades comercializadoras y aquellas otras, como las entidades depositarias, serán objeto de supervisión por inspección al encontrarse involucradas en el correcto funcionamiento de los planes y fondos de pensiones. Todo ello, sin perjuicio de su comunicación a quien corresponda el control y supervisión de la actividad del prestador del servicio, así como de la mutua y coordinada colaboración entre las autoridades de supervisión, pudiéndose solicitar su actuación o asistencia en los supuestos en que sea necesario.

Las facultades supervisoras de la Autoridad de Supervisión (DGSFP) comprenderán las siguientes:

a) Revisión, sobre estrategias, procesos y procedimientos de información establecidos por los fondos a fin de cumplir con la normativa reguladora de los planes y de los fondos de pensiones, teniendo las circunstancias en que operan los fondos de pensiones y, en su caso, las partes que desempeñan las funciones clave u otras funciones externalizadas. En particular, comprenderá:

1º) una evaluación de los requisitos cualitativos en relación con el sistema de gobierno,

2º) una evaluación de los riesgos que afronta el fondo de pensiones

3º) una valoración de la capacidad del fondo de pensiones de evaluar y gestionar esos riesgos

b) Evaluación, sobre la adecuación de los métodos y prácticas de los fondos de pensiones incluidas pruebas de resistencia, que le permita detectar el deterioro de las condiciones financieras de un fondo de pensiones y controlar la forma en que se corrige ese deterioro

(36) La norma menciona de práctica *in situ* o en otro lugar.

(37) También lo estarán los demás sujetos involucrados en la actividad de planes y fondo de pensiones.

c) Inspección y comprobación

d) Requerimiento en plazo siempre que sea motivado consistente en:

d.1. toda información que resulte necesaria a efectos de:

1º) supervisión, estadísticos y contables

2º) comprobación del correcto cumplimiento de la normativa de la planes y fondos de pensiones por las entidades gestoras, depositarias, comercializadoras, entidades personas en las que hayan delegado o externalizado las funciones, en general de todas entidades y personas involucradas en el funcionamiento de los planes y fondos de pensiones

d.2. Registros telefónicos y de tráfico de datos de que dispongan las personas o entidades involucradas en la actividad de los planes y fondos de pensiones

d.3. Aportación por la entidad gestora de informes de expertos independientes, del responsable de la función de auditoría o de cualquier otro informe que, conforme a la normativa, deba realizarse.

d.4. Subsanación de las carencias o deficiencias detectadas en el desarrollo de la supervisión

e) Medidas preventivas y correctoras que sean necesarias a fin de garantizar que las entidades gestoras de fondos de pensiones se atengan a las normas reguladoras de su actividad que deben cumplir.

f) Cualesquiera otras que sean necesarias para el ejercicio de la supervisión prudencial en el ámbito de los planes y fondos de pensiones.

La DGSFP podrá adoptar medidas de control especial contra las entidades aseguradoras y los planes de pensiones en relación con deficiencias relevantes en el sistema de gobierno o en el sistema de control interno que impidan la gestión de la actividad y, en especial, el cumplimiento de las obligaciones en materia de gestión de riesgos, auditoría interna y en su caso actuarial, o en la externalización de funciones o actividades. Será constitutiva de responsabilidad administrativa cuando tales deficiencias disminuyan la solvencia o pongan en peligro la viabilidad de la entidad gestora o los planes y fondos de pensiones.

4.2. El Sistema de Gobierno en la gestión de los fondos de pensiones

La gestión adecuada de los riesgos desde el nuevo marco regulatorio de supervisión financiera⁽³⁸⁾ que, en nuestro caso, se corresponde con Solvencia II y

(38) Vid. TAPIA HERMIDA, A. J., «El sistema europeo de supervisión financiera», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 121, 2011, pp. 9-60.

reglamentos delegados⁽³⁹⁾, se basa principalmente en un sistema de gestión y de supervisión prudencial aplicable a las entidades aseguradoras en el mercado de seguros⁽⁴⁰⁾ y a las entidades gestoras, hoy, en el mercado de los planes y fondos de pensiones⁽⁴¹⁾.

Son las entidades gestoras y, en su caso, las comisiones de control quienes adoptarán un sistema eficaz de gobierno que garantice una gestión adecuada y prudente tanto de la actividad propia como de los fondos gestionados. Dicho sistema estará sujeto a una revisión periódica y guardará una proporción con el tamaño, la naturaleza, la escala y la complejidad de las actividades de la entidad y de los fondos de pensiones.

¿En qué consistirá el sistema de gobierno? Comprenderá:

a) Políticas escritas de gobierno corporativo con una estructura organizativa apropiada⁽⁴²⁾, transparente que garantice una clara distribución y una adecuada separación de funciones, y un sistema eficaz que garantice la transmisión de la información, así como políticas y prácticas de remuneración adecuadas a las características de las entidades.

b) Políticas escritas de remuneraciones adecuadas respecto a todas las personas que las dirijan de manera efectiva y desempeñen funciones clave y de otras categorías cuyas actividades profesionales incidan de forma significativa en el perfil de riesgo de los planes y fondos de pensiones gestionados.

Dichas políticas deberán respetar una serie de principios basados en la estabilidad financiera, el rendimiento a largo plazo de los fondos de pensiones y los intereses de los partícipes y beneficiarios de acuerdo con una gestión sólida, prudente efectiva exenta de riesgos y de conflictos de intereses⁽⁴³⁾.

c) Políticas escritas de inversión en las cuales se incluirán la consideración de los factores ambientales, sociales y de gobierno en las decisiones

(39) BENITO OSMA, F., «Reglamento Delegado (UE) 2015/2035 de la Comisión, de 10 de octubre de 2014, por el que se completa la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II)», *Revista La Ley Mercantil*, núm. 11, 2015.

(40) Vid. TAPIA HERMIDA, A.J., «El sistema de gobierno de entidades aseguradoras», ROJO, A. y CAMPUZANO, B. (Dir.), *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán*, 2015, pp. 985-1013. RUIZ ECHAURI, J y FERNÁNDEZ MANZANO, L.A., (Coord.), «Comentarios a LOSSEAR y ROSSEAR», *Revista Española de Seguros*, núm. 165-166, 2016.

(41) BENITO OSMA, F., «Supervisión y garantías en caso de insolvencia de los planes y fondos de pensiones», *Revista Española de Seguros*, núm. 150-151, 2012, pp. 211-215 y 220.

(42) Deberán contar con un consejo de administración formado por no menos de tres miembros que será el responsable último del sistema de gobierno (art. 27.6 TRLPPF).

(43) Art. 29 TRLPPF.

de inversión de los fondos de pensiones, de acuerdo con lo previsto en los principios de la política de inversión.

d) Políticas escritas de gestión de riesgos que estarán sujetas a la aprobación previa del órgano de administración, que será objeto de revisión o adaptación en función de cualquier modificación significativa del sistema o del ámbito correspondiente.

e) Políticas escritas de auditoría interna y, en su caso, actuariales con las actividades que realice la entidad y las actividades externalizadas que será objeto de revisión o adaptación en función de cualquier modificación significativa del sistema o del ámbito correspondiente.

f) Procedimientos de control interno relativos a procedimientos administrativos y contables, de un marco de control interno, y de mecanismos adecuados de información a todos los niveles de la entidad y de los fondos de pensiones e incluirá una verificación de cumplimiento⁽⁴⁴⁾ que comprenderá asesoramiento del órgano de administración y evaluación de impacto a acerca del cumplimiento de la normativa vigente y de cualquier entorno legal de modificación que afecte a la entidad y a los fondos de pensiones.

g) Planes de ejecución y, en su caso, de emergencia que garanticen la continuidad y la regularidad en la ejecución de sus actividades, mediante sistemas, recursos y procedimientos adecuados y proporcionados.

4.3. Las Funciones Clave: clases, modo ejercicio, aptitud y honorabilidad

Las entidades gestoras y, en su caso, las comisiones de control⁽⁴⁵⁾ deberán disponer de las siguientes funciones clave:

- 1) gestión de riesgos⁽⁴⁶⁾,
- 2) auditoría interna⁽⁴⁷⁾ y, en su caso,
- 3) actuarial⁽⁴⁸⁾ en el caso de que se presten servicios actuariales respecto de los planes de pensiones

(44) Vid. SEAIDA, «La función de verificación del cumplimiento. Foro asegurador de cumplimiento», Cuaderno núm. 7, *Revista Española de Seguros*, 2016.

(45) Las Comisiones de Control pueden delegar expresamente en las entidades gestoras las funciones que decidan (art. 30.1 TRLPFP).

(46) Art. 30 bis TRLPFP. *Función de gestión de riesgos*. Se establece únicamente a las entidades gestoras

(47) Art. 30 ter TRLPFP. *Función de auditoría interna*. Se establece a las entidades gestoras y, en su caso a las comisiones de control.

(48) Art. 30 quater TRLPFP. *Función actuarial relativa a los planes de empleo y servicios actuariales*.

Aunque la normativa no señale expresamente la función de verificación de cumplimiento, las entidades gestoras por aplicación de LOSSEAR y de la propia instauración del sistema de gobierno habrán de constituirla, sin perjuicio de los controles y procedimientos internos dentro de las entidades.

Las funciones clave pueden encomendarse a una persona o una unidad organizativa todas funciones clave⁽⁴⁹⁾, a excepción de la de auditoría interna, que será independiente de las otras funciones clave.

Los titulares de las funciones clave deberán actuar de manera: objetiva, justa e independiente. Además, deberán informar en modo de conclusiones o informe al órgano de administración o de dirección de la entidad gestora y, en su caso, a las comisiones de control de los planes y fondos de pensiones, dentro de su ámbito de responsabilidad, para la adopción de las medidas que hayan de adoptarse o tomarse. En el caso de que las entidades gestoras y en su caso, las comisiones de control no tomen las medidas correctoras adecuadas y oportunas, los titulares de las funciones clave deberán informar a la DGSFP cuando:

- a) Se haya detectado un riesgo sustancial de que la entidad gestora o los planes o los fondos de pensiones no cumplan un requisito legal que pueda tener repercusiones importantes en los intereses de los partícipes y beneficiarios, haya informado de ello a la dirección efectiva o a las comisiones de control, o
- b) Se haya observado un incumplimiento grave de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas aplicables a la entidad gestora o a los planes y fondos de pensiones y sus actividades en el contexto de su función clave y haya informado de ello a la dirección efectiva o a la comisión de control correspondiente.

Por ello, en atención estas particularidades que se establecen en este último pfo., venimos a corroborar lo antedicho sobre la necesaria inclusión de la función de verificación de cumplimiento como función clave, incluso independiente como la función de auditoría interna.

A. *La Función de Gestión de Riesgos y su evaluación interna*

¿En qué y cómo consistirá? La función comprenderá las estrategias, los procesos y los procedimientos de necesarios, de forma proporcionada con su tamaño y su organización interna, y con el tamaño, la naturaleza, la escala y la complejidad de sus actividades y de los fondos de pensiones.

(49) En el caso de planes y fondos de empleo cuando la entidad promotora realice de forma única las funciones clave, las comisiones de control del plan deberán adoptar las medidas oportunas para evitar o gestionar posibles conflictos de interés entre el promotor y los partícipes y beneficiarios que pudieran derivarse del ejercicio de dicha función.

¿*Cuál será su finalidad?* Dicha función constituirá un sistema eficaz para detectar, medir, vigilar, gestionar y notificar regularmente al órgano de administración de las entidades gestoras y a las comisiones de control, los riesgos a los que, a nivel individual y agregado, estén o puedan estar expuestos los planes y fondos de pensiones gestionados, así como sus interdependencias.

¿*Dónde se establecerá?* Dicha función deberá figurar debidamente integrado en la estructura organizativa y en el proceso de toma de decisiones.

¿*Cuál será su cobertura?* Este sistema de gestión de riesgos cubrirá los riesgos que puedan surgir en los planes y fondos de pensiones o en las empresas a las que se hayan externalizado las tareas o actividades de la entidad al menos en ellos ámbitos siguientes, cuando proceda:

- a) la suscripción y la constitución de reservas
- b) la gestión de activos y pasivos
- c) la inversión, en particular, en instrumentos derivados, titulizaciones y compromisos similares
- d) la gestión del riesgo de liquidez y de concentración
- e) la gestión del riesgo operacional
- f) el seguro y otras técnicas de reducción del riesgo
- g) los riesgos ambientales, sociales y de gobierno relacionados con la cartera de inversiones y su gestión⁽⁵⁰⁾, en los términos establecidos en su declaración de los principios de política de inversión
- h) los riesgos asumidos por los partícipes y beneficiarios, cuando así se prevean en las condiciones de los planes y fondos de pensiones

Cuando la función actuarial no sea ejercida por la entidad gestora, quien se encargue de ella tendrá que proporcionar la información actuarial necesaria para la eficaz aplicación de la función de gestión de riesgo de los fondos de pensiones de empleo gestionados.

Aparte de ello, las entidades gestoras y, en su caso las comisiones control de fondos de pensiones⁽⁵¹⁾ deberán documentar una evaluación interna de

(50) Opinion on the supervision of the management of environmental, social and governance risks faced by (IORP EIOPA-BoS-19-248, 10 July 2019). <https://www.eiopa.europa.eu/content/joint-consultation-concerning-environmental-social-and-governance-esg-disclosure>

(51) Art. 30 *quinquies*. Téngase en cuenta la enmienda parlamentaria al proyecto de ley núm. 247 de modificación de modificación que elimina a la Comisión de Control del Fondo de Pensiones (BOCG, núms. 5-2, de 22 de mayo 2020, p. 198).

riesgo⁽⁵²⁾ de cada fondo de pensiones de empleo con carácter periódico, al menos cada tres años, y en todo caso inmediatamente después de que produzcan cambios significativos. A tales efectos, deberán disponer de métodos de detección y evaluación de los riesgos a los que estén o puedan estar expuestos a corto y a largo plazo los fondos de pensiones. Esta evaluación interna habrá de tenerse en cuenta en las decisiones estratégicas del fondo de pensiones. Sus resultados tendrán que ser comunicados a la DGSFP y a las Comisiones de Control, en el plazo de quince días hábiles desde su aprobación por el órgano de administración.

B. *La Función de Auditoría Interna*

¿En qué y cómo consistirá? La función comprenderá una evaluación de la adecuación y eficacia del sistema de control interno y de otros elementos del sistema de gobierno, incluidas, cuando proceda, las actividades externalizadas. Este sistema eficaz será de forma proporcionada con su tamaño y su organización interna, y con el tamaño, la naturaleza, la escala y la complejidad de sus actividades y de los fondos de pensiones.

¿Cómo se ejercerá y desarrollará? La función deberá ser objetiva e independiente de las funciones operativas y de otras funciones clave. Se desarrollará de acuerdo con lo establecido en la normativa de los planes y fondos de pensiones.

¿En qué forma? Los responsables de la función deberán elaborar conclusiones y recomendaciones que habrá de notificarse al órgano de administración, quien determinará qué acciones habrán de adoptarse con respecto a las emitidas y garantizará que dichas acciones se lleven a cabo. De forma anual, deberán elaborar un informe sobre la efectividad de los procedimientos internos, incidiendo en las deficiencias significativas detectadas, sus implicaciones y con propuesta, en su caso, sobre las medidas que se consideran adecuadas para su subsanación. Tanto las conclusiones como el informe anual deben remitirse a las comisiones de control de los fondos de pensiones gestionados.

C. *La Función Actuarial*

Esta función clave se extiende únicamente respecto a los planes de empleo en la modalidad de prestación definida o mixto cuando cubran riesgos biométricos⁽⁵³⁾ y no garantice, el resultado de la inversión o un nivel determinado de las

(52) Téngase en cuenta el art. 66.2 LOSSEAR y 46 ROSSEAR, así como las Directrices de EIOPA sobre la evaluación interna y de solvencia. Informe de evaluación interna de riesgos y de solvencia (EIRS/ORSA) de las entidades aseguradoras.

(53) Se entiende por riesgos biométricos: los riesgos que recaen sobre las personas relacionados con el fallecimiento, la invalidez y la supervivencia (art. 30 *quater*.2 TRLPFP).

prestaciones, y siempre que no esté asegurado por terceros. Resulta entendible, pues los planes de pensiones individuales sólo pueden ser de aportación definida⁽⁵⁴⁾, mientras que los planes asociados pueden ser de todas las modalidades⁽⁵⁵⁾.

Así pues, el sistema financiero y actuarial de los planes de empleo y asociados de prestación definida y mixtos deberá ser revisado actuarialmente, al menos cada tres años, por un actuario independiente designado por la comisión de control⁽⁵⁶⁾.

La función actuarial consistirá:

- a) Coordinación y supervisión del cálculo de las provisiones matemáticas
- b) Evaluación sobre la idoneidad de los métodos y modelos subyacentes utilizados para calcular las provisiones matemáticas y las hipótesis empleadas en ello.
- c) Evaluación sobre la suficiencia y calidad de los datos utilizados en el cálculo de las provisiones técnicas.
- d) Cotejo de las hipótesis en que se basa el cálculo de las provisiones técnicas con la experiencia.
- e) Información sobre la viabilidad y la adecuación del cálculo de las provisiones técnicas al órgano de representación y administración del plan de pensiones
- f) Pronunciamiento sobre la política de suscripción en el caso de que el plan de pensiones cuenta con ella.
- g) Contribución a la aplicación efectiva del sistema de gestión de riesgos.

La prestación de la función actuarial queda reservada a personas⁽⁵⁷⁾ con conocimientos suficientes en matemática actuarial y financiera, que podrá realizarla personalmente o por cuenta de una entidad proveedora de tales servicios en cualquier régimen, laboral o mercantil. Además, deberá acreditar la oportuna experiencia en relación con la naturaleza, el volumen y complejidad de los riesgos inherentes al desarrollo del plan y de las normas profesionales y de otra índole que sean aplicables.

Resulta posible que las entidades gestoras puedan ser proveedoras de tal servicio, en tanto aseguradoras, siendo en este caso las comisiones de control

(54) Art. 45.3 RPPF.

(55) Art. 51.3 RPPF.

(56) Art. 9.5 TRLPPF.

(57) Esta función podrá desempeñarla, en todo caso, los actuarios de seguros. Será elegido por la comisión de control del plan de pensiones.

quienes arbitrarán las medidas oportunas para evitar o gestionar conflictos de interés entre el promotor y los partícipes y beneficiarios.

4.4. La Externalización de funciones y actividades

Las funciones clave incluso cualquier actividad, sea total o parcial, podrán ser externalizadas a un proveedor de servicios, siempre que actúen en nombre de la entidad, con las excepciones y las condiciones correspondientes. Entre otras son las siguientes:

- a) no perjudicar la calidad del sistema de gobierno
- b) aumentar indebidamente el riesgo operacional
- c) menoscabar la capacidad de las autoridades competentes para comprobar que se cumplen las obligaciones derivadas de la normativa
- d) socavar el servicio continuo y satisfactorio a los partícipes y beneficiarios

Este acuerdo de externalización debe formalizarse entre las entidades gestoras y la comisión de control con el proveedor de servicios en el que se detallará con claridad los derechos y obligaciones de la entidad gestora y del prestador de servicios, así como lo concerniente al tratamiento de los datos conforme a la normativa de protección de datos personales. El acuerdo no implicará el cese de la responsabilidad del cedente, sino que continúa respondiendo del cumplimiento de sus obligaciones legales y reglamentarias.

Las entidades gestoras habrán de comunicar a la DGSFP y a la Comisión de Control la externalización de actividades y de sus posibles cambios. Respecto a las funciones clave, será necesario, antes del acuerdo, la comunicación a la DGSFP que podrá oponerse mediante resolución motivada⁽⁵⁸⁾ por no ajustarse o no respetar las condiciones legales y reglamentarias de ejercicio

V. LA PROTECCIÓN E INFORMACIÓN DE LOS PARTÍCIPIES Y BENEFICIARIOS

Los solicitantes/partícipes potenciales, partícipes y beneficiarios en el momento de su adhesión al plan deben ser informados previamente a su adhesión⁽⁵⁹⁾, de manera *adecuada, clara, no engañosa, comprensible, sencilla y gratuita*⁽⁶⁰⁾ que les permita fundamentar sus decisiones de ahorro-previsión, conforme a su edad y a sus riesgos personales, principalmente, la jubilación/

(58) Dicha resolución será susceptible de recurso de alzada y contencioso administrativo.

(59) BENITO OSMA, F., *Los partícipes y beneficiarios en la nueva regulación de los planes y fondos de pensiones*, op. cit., pp. 262 y ss.

(60) Art. 10 bis TRLRFP.

longevidad⁽⁶¹⁾ con un conocimiento previo del contenido de las obligaciones y de la evolución de sus derechos en el plan de pensiones pretendido. Todo ello, con respeto a las exigencias económicas, a los conocimientos financieros e inversores y a las propias necesidades sociales individuales y familiares del solicitante potencial partícipe⁽⁶²⁾.

Estos principios de buen gobierno y de transparencia tratan de garantizar un plus de información previa y de seguridad en la contratación a los solicitantes potenciales de cara a un consentimiento suficiente, exacto, consciente e informado de los riesgos y que responda a una decisión idónea, adecuada y fundada sobre los deberes/cargas y derechos de pensión, libre, voluntaria y privada incorporados en el plan de pensiones.

En atención a ello, este plus informativo debe ser aún más profundo, a título de advertencia/alerta⁽⁶³⁾, en lo que la Ley denomina principios generales⁽⁶⁴⁾ que rigen la información junto con el documento de datos fundamentales⁽⁶⁵⁾, como son:

— el carácter ilíquido o no reembolsable de los derechos consolidados, las contingencias y, en su caso, los supuestos excepcionales de liquidez y de disposición anticipada,

(61) BENITO OSMA, F., «La longevidad, y/o dependencia y su aseguramiento», *Revista Española de Seguros*, núm. 157, 2014, pp. 21-59.

(62) Téngase en cuenta el régimen de incompatibilidades entre aportaciones y prestaciones (art. 11 RPPF), el régimen de las aportaciones a favor de familiares con grado de discapacidad prevista en la DA 4.ª TRLPPF y el art. 12 RPPF y los arts. 51.7, 53 y 54 de la Ley 35/2006, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

(63) BENITO OSMA, F., «Seguros versus planes de pensiones. Información precontractual y derechos», Monográfico Seguros Unit linked. Libro Blanco, *Revista Española de Seguros*, núm. 176, 2018, pp. 676 y ss. El art. 10 bis.3 TRLPPF: Reglamentariamente se regularán los términos, el contenido y los medios de suministro de la información, tanto con ocasión de la incorporación al plan como con carácter periódico y en caso de movilización de derechos a otro plan y de movilización del plan a otro fondo de pensiones, así como el acceso a las especificaciones del plan, a las normas de funcionamiento, política de inversión y cuentas anuales del fondo de pensiones y cualquier información complementaria que deba facilitarse con carácter general o a solicitud del partícipe o beneficiario ».

(64) Exposición motivos V del RDL 3/2020:«(..) al objeto de garantizar un elevado nivel de transparencia respecto de la información que debe proporcionarse a aquellos durante todas las fases de un plan de pensiones, en especial, sobre los derechos de pensión devengados, el nivel previsto de las prestaciones de jubilación, los riesgos y garantías y los costes. Para ello se introduce un nuevo art. 10 bis en el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, relativo a los principios generales que rigen la información (entre otros, actualización, claridad y gratuidad para los partícipes), e incluye, a fin de completar la transposición, una habilitación para su desarrollo reglamentario».

(65) Arts. 48 y 101 RPPF.

- la movilización de los derechos consolidados y las condiciones de cálculo y ejercicio,
- las garantías financieras externas disponibles del plan de pensiones,
- el nivel de riesgo, el nivel de rentabilidades históricas y de la posibilidad de incurrir en pérdidas los planes de pensiones,
- los principios de la política y de la estrategia de inversión del fondo de pensiones con arreglo a los criterios (ASG/ESG): ambiental/environmental, social/social y de gobierno corporativo/governance,
- las comisiones, remuneraciones⁽⁶⁶⁾ y los gastos,
- la forma de cobro de las prestaciones⁽⁶⁷⁾, así como el régimen fiscal aplicable a las aportaciones y a las prestaciones,
- las instancias de reclamación, indicándose la identificación del Defensor del partícipe y beneficiario.

Y, por otro lado, la delimitación de las funciones del promotor, de los comercializadores y de las entidades gestoras en la colocación y comercialización del producto⁽⁶⁸⁾ junto con los deberes de información⁽⁶⁹⁾ y de sus responsabilidades⁽⁷⁰⁾ junto con aquellas que le son propias y delegadas (representación, comercialización, gestión, administración y gobierno).

(66) Con relación a la correlación rentabilidad, transparencia e información de la comisión y retribuciones de la entidad gestora, *vid.* en BENITO OSMA, F., «El estatuto del administrador del fondo de pensiones en tiempos de crisis», *op. cit.*, pp. 1505-1509. Téngase en cuenta que el art. 17.3 de la Ley 35/2003 de instituciones de inversión colectiva, también debe mostrarse información en el documento de datos fundamentales sobre la política de remuneraciones con indicación la página donde podrá informarse.

(67) Sobre la transparencia en la forma de cobro con la renta vitalicia, puede verse MAYOR CIVIT, J. M.^{a.}, «El cobro de un plan de pensiones individual tras haber tenido lugar la contingencia cubierta, a la luz de dos sentencias del Tribunal Supremo», *Revista Española de Seguros*, núm. 179, 2019, pp. 319 y ss.

(68) *Vid.* BENITO OSMA, F., «La comercialización de planes de pensiones individuales y de previsión asegurados», en QUNTANS EDO, R (Dir.), *Estudios sobre mediación de seguros*, Aranzadi, 2013, pp. 399-437; TAPIA HERMIDA, A.J., «La distribución de los planes de pensiones», BATALLER, J., QUINTÁNS, R. y VEIGA, A., *La reforma del Derecho del Seguro*, Aranzadi, 2015, pp. 515-543.

(69) Sobre ese deber de información previa, *vid.* BENITO OSMA, F., «La comercialización de planes de pensiones individuales y de previsión asegurados», *op. cit.*, pp. 413-418.

(70) *Vid.* BENITO OSMA, F., «La responsabilidad de los comercializadores/distribuidores de planes de pensiones (PPI) y productos paneuropeos de pensiones individuales (PEPP)», XVIII Congreso Sáinz de Andino, Granada 2018, en prensa. Respecto a los PEPP, *vid.* TAPIA HERMIDA, A. J., «El producto paneuropeo de pensiones individuales (PEPP) Reglamento (UE) 2019/1238», *La Ley Unión Europea*, núm. 74, 31 de octubre de 2019.

De este modo, se pretende dar claridad al papel que cada uno de sus actores principales o secundarios desempeñan en sus distintas fases (pre y contractual) con sus atribuciones funcionales en aras de determinar la compatibilidad/incompatibilidad, así como de la transparencia en la información pre y contractual, en la comercialización, en la gestión, en la administración y en el gobierno de los planes y fondos de pensiones.

Con ello, tratamos de que exista una política de buenas prácticas, buen gobierno y de transparencia⁽⁷¹⁾, donde se adopten los modelos de conducta así como las medidas organizativas de cumplimiento en la prevención y evitación de los conflictos de intereses⁽⁷²⁾, para un mejor análisis de los potenciales riesgos y de los potenciales perjuicios a los intereses legítimos de los partícipes y beneficiarios destinatarios de estos productos y que, en su caso, sean informados adecuadamente con tiempo suficiente en el momento de la contratación, de la comercialización y durante la vida del contrato.

VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALBA FERNÁNDEZ, M., *El deber de ejercicio de los derechos políticos del socio de las sociedades gestoras de fondos de inversión*, Marcial Pons, 2009.

BENITO OSMA, F., *Los partícipes y beneficiarios en la nueva regulación de los planes y fondos de pensiones*, La Ley, 2008.

BENITO OSMA, F., «Seguros versus planes de pensiones. Información precontractual y derechos», Monográfico Seguros Unit linked. Libro Blanco, *Revista Española de Seguros*, núm. 176, 2018.

(71) Esa transparencia informativa precontractual sobre datos fundamentales, la transparencia de las políticas relativas a los riesgos de sostenibilidad, transparencia de incidencias adversas en materia de sostenibilidad a nivel de entidad, transparencia de las políticas de remuneración en relación con la integración de los riesgos de sostenibilidad, transparencia de la integración de los riesgos de sostenibilidad, transparencia de incidencias adversas en materia de sostenibilidad con respecto al producto financiero, transparencia de la promoción de las características medioambientales o sociales en la información precontractual, transparencia de las inversiones sostenibles en la información precontractual, transparencia de la promoción de las características medioambientales o sociales y de las inversiones sostenibles en los sitios web, transparencia de la promoción de las características medioambientales o sociales y de las inversiones sostenibles en los informes periódicos. *Vid.* Reglamento (UE) 2019/2088 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 sobre la divulgación de información relativa a la sostenibilidad en el sector de los servicios financieros (DOUE L 317, de 9 de diciembre 2019). Puede verse los documentos consulta conjunta sobre divulgaciones de ESG desde el 23 de abril hasta 01 septiembre 2020 <https://www.eiopa.europa.eu/content/joint-consultation-concerning-environmental-social-and-governance-esg-disclosure>. <https://www.esma.europa.eu/press-news/consultations/joint-esa-consultation-esg-disclosures>

(72) Téngase en cuenta lo establecido en los arts. 85 bis, ter y *quater* RPPF.

- BENITO OSMA, F., «La longevidad, y/o dependencia y su aseguramiento», *Revista Española de Seguros*, núm. 157, 2014.
- BENITO OSMA, F., «La responsabilidad de los comercializadores/distribuidores de planes de pensiones (PPI) y productos paneuropeos de pensiones individuales (PEPP)», XVIII Congreso Sáinz de Andino, Granada 2018, en prensa.
- BENITO OSMA, F., «Supervisión y garantías en caso de insolvencia de los planes y fondos de pensiones», *Revista Española de Seguros*, núm. 150-151, 2012.
- BENITO OSMA, F., «El estatuto del administrador del fondo de pensiones en tiempos de crisis», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 270, 2008.
- BENITO OSMA, F., «30 años de planes de pensiones. Presente y futuro», en BATALLER, J. y PEÑAS, M.^a J. (Dirs.), *Un Derecho del Seguro más social y transparente*, Civitas-Thomson, 2017.
- BENITO OSMA, F., «Planes de pensiones y derechos complementarios en la UE», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 135, 2014.
- BENITO OSMA, F., «La comercialización de planes de pensiones individuales y de previsión asegurados», en QUNTANS EDO, R (Dir.), *Estudios sobre mediación de seguros*, Aranzadi, 2013.
- BENITO OSMA, F., «Las entidades de crédito en los fondos de pensiones y participación en las sociedades cotizadas», *Revista Derecho de los Negocios*, núm. 176, 2005.
- BENITO OSMA, F., «Reglamento Delegado (UE) 2015/2035 de la Comisión, de 10 de octubre de 2014, por el que se completa la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II)», *Revista La Ley Mercantil*, núm. 11, 2015.
- BENITO OSMA, F., «Autoridades y competencias supervisoras en el marco europeo de supervisión y en la futura Ley de Supervisión de Seguros privados», CUÑAT EDO, V. y BATALLER GRAU, J., *Supervisión en Seguros Privados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- HERRERO MORANT, R., *Los inversores institucionales en las sociedades cotizadas españolas. Caracterización y activismo accionarial*, Marcial Pons, 2019.
- LÓPEZ-BREA LÓPEZ DE RODAS, J., *La autoridad europea de seguros y pensiones de jubilación (EIOPA). Su estudio desde el Derecho administrativo*, Dykinson, 2015.
- MADRID PARRA, A., «Una propiedad especial: la del patrimonio de los fondos de inversión», GÓMEZ SEGADE, J. A y GARCÍA VIDAL, A., *El Derecho Mer-*

cantil en el umbral del siglo XXI. Libro homenaje al prof. Dr. Carlos Fernández-Nova con motivo de su octogésimo cumpleaños, Marcial Pons, 2010.

MAYOR CIVIT, J. M.^a, «El cobro de un plan de pensiones individual tras haber tenido lugar la contingencia cubierta, a la luz de dos sentencias del Tribunal Supremo», *Revista Española de Seguros*, núm. 179, 2019.

RUIZ ECHAURI, J y FERNÁNDEZ MANZANO, L.A. (Coord.), «Comentarios a LOSSEAR y ROSSEAR», *Revista Española de Seguros*, núm. 165-166, 2016.

SEAIDA, «La función de verificación del cumplimiento. Foro asegurador de cumplimiento», Cuaderno núm. 7, *Revista Española de Seguros*, 2016.

TAPIA HERMIDA, A. J., «El producto paneuropeo de pensiones individuales (PEPP) Reglamento (UE) 2019/1238», *La Ley Unión Europea*, núm. 74, 31 de octubre de 2019.

TAPIA HERMIDA, A. J., «El sistema europeo de supervisión financiera», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 121, 2011.

TAPIA HERMIDA, A.J., «La distribución de los planes de pensiones», BATALLER, J., QUINTÁNS, R. y VEIGA, A., *La reforma del Derecho del Seguro*, Aranzadi, 2015.

TAPIA HERMIDA, A.J., «El sistema de gobierno de entidades aseguradoras», ROJO, A. y CAMPUZANO, B. (Dir.), *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán*, 2015.

CAPÍTULO 7

VIVIENDA Y RESIDENCIAS ESPECIALIZADAS. OTRAS FÓRMULAS DE COHABITACIÓN EN DESARROLLO

Luis Manuel Jara Rolle
Abogado, Director ALAE ABOGADOS

I. INTRODUCCIÓN

Es indudable que los cambios demográficos que se están produciendo en nuestra sociedad son motivados principalmente por dos factores: por un lado, el incremento de la esperanza de vida y por otro la falta de natalidad que provoca un envejecimiento paulatino, pero constante, de la población española.

¿Cómo nos afecta esto? Por un lado, el envejecimiento de la población supone un aumento de la demanda de servicios de gericultura y, por otro lado, la falta de jóvenes supone una falta de personal para cuidar a dichos ancianos.

Pero también, se ha producido un nuevo fenómeno que consiste en que el incremento de la esperanza de vida va unido a un aumento considerable de la calidad de vida. Esto implica, por un período de tiempo, la disminución de las personas dependientes, pero que, sin embargo, precisan de ciertos cuidados y atención.

Para ello, las tradicionales residencias no son adecuadas, pues las necesidades de este conjunto de personas mayores a los que me refiero son distintas de las de los usuarios de las tradiciones residencias geriátricas.

En este sentido, la Ley 39/2006 de 14 de diciembre de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, en su EM establece que, en España, los cambios demográficos y sociales están produciendo un incremento progresivo de la población en situación de dependencia. Por una parte, es necesario considerar el importante crecimiento de la población de más de 65 años, que se ha duplicado en los últimos 30 años. A ello hay que añadir que se establece como uno de los objetivos de las prestaciones de dependencia, la atención a las personas en situación de dependencia y la promoción de su autonomía personal que deberán orientarse a la consecución de una mejor calidad de vida y autonomía personal, en un marco de efectiva igualdad de oportunidades, de acuerdo con los siguientes objetivos:

— Facilitar una existencia autónoma en su medio habitual, todo el tiempo que desee y sea posible.

— Proporcionar un trato digno en todos los ámbitos de su vida personal, familiar y social, facilitando su incorporación activa en la vida de la comunidad.

En este sentido cabe destacar el D 41/1998, de 10 de marzo, del Parlamento Vasco que regula los servicios sociales residenciales y pone de manifiesto «que las actuaciones dirigidas a las personas mayores deberán fomentar, prioritariamente, su permanencia en el entorno familiar, procediendo al internamiento en servicios sociales residenciales, y concretamente en residencias en aquellos casos en que exista una severa discapacidad de las personas usuarias.»

También la Ley 2/1988, de 4 de abril, sobre servicios sociales en Andalucía, en el art. 11 al referirse a los servicios sociales especializados, contempla la tercera edad, con el objeto de promover su integración y participación en la sociedad, «favoreciendo su mantenimiento en el medio habitual y evitando su marginación».

En la Ley 13/2008, de 3 diciembre, del Parlamento de Galicia también se destaca que en el desarrollo de los servicios sociales deberá tenderse al mantenimiento de la persona en su entorno personal, social y familiar, procurando su inserción social y sin menoscabo del derecho a la diferencia y, en la Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón contempla en su art. 36.3 e) la creación de servicios para el apoyo del mantenimiento de las personas en su domicilio.

En la misma dirección se pronuncia NORES TORRES⁽¹⁾, y pone de manifiesto que este tipo de recurso debería tener un carácter subsidiario a otros que garanticen la permanencia de la persona dependiente en su domicilio habitual⁽²⁾.

Por ello, con el fin de atender esta nueva demanda de servicios, deben surgir una nueva oferta de alojamientos alternativos a las tradicionales residencias para mayores y en las siguientes líneas vamos examinar las distintas figuras que podemos encontrar en la actualidad así como la regulación que pueden tener y en su caso las formas de financiarlas.

II. ALOJAMIENTOS ALTERNATIVOS

2.1. Acogimiento familiar

Examinando la regulación jurídica se comprueba que el acogimiento familiar era un recurso orientado hacia la protección de menores. Pero dadas las

(1) NORES TORRES, L. E., «Servicios (IV): el servicio de atención residencial.», en ROQUETA BUJ, R. (Coord), *La situación de dependencia: régimen jurídico aplicable tras el desarrollo reglamentario, estatal y autonómico, de la Ley de Dependencia*, Tirant lo Blanch, 2009, págs. 447-475

(2) VV.AA., *Residencias y alojamientos alternativos para personas mayores en situación de dependencia (Aspectos legales de la gestión, coordinación y acreditación en el SAAD de los servicios residenciales: Relevancia de los centros estatales de referencia y de la responsabilidad corporativa en la política social)*, LASARTE ÁLVAREZ y MORETÓN SANZ (Dir.), LÓPEZ PELÁEZ y POUS DE LA FLOR (Coords), Colex, Madrid, 2010, 415 págs.

experiencias positivas en este campo, hicieron plantearse la posibilidad de extender este tipo de recursos a las Personas mayores o con una discapacidad que les impida vivir solas.

Por medio de este sistema una persona o familia que lo desee, puede acoger en su casa a una persona o pareja anciana a cambio de una contraprestación para prestarle las atenciones y cuidados que necesitan así como los alimentos que precisan, procurando hacerlo en un ambiente de cariño familiar.

A estos efectos, se puede definir el Acogimiento Familiar de Personas mayores como la convivencia entre una persona mayor y un núcleo familiar con el que no tiene vínculo de parentesco hasta segundo grado tanto por consanguinidad como por afinidad (con excepciones), mediante el cual se pretende prestar los cuidados familiares ordinarios y personalizados a la persona mayor, además de procurar la permanencia de la persona mayor en su entorno habitual.

El objetivo es favorecer la integración de las personas mayores en su medio habitual mediante el acogimiento familiar para evitar o retrasar, en la medida de lo posible, el ingreso en centros de atención residencial.

Esta forma de alojamiento ha sido regulada en algunas CCAA como Cataluña, Navarra, Principado de Asturias y Galicia. Unas se centran más en la regulación de la relación de convivencia que supone el Acogimiento y otras se centran más en ayudas económicas para sufragar este tipo de convivencia y servicio

A) *Cataluña*

En esta Comunidad encontramos que la Ley 22/2000, de 29 de diciembre, de Acogida de Personas mayores, lo regula como contrato civil, y además la Ley 11/2001, de 13 de julio, de Acogida Familiar para Personas mayores, lo regula como un Servicio Social.

La primera comienza en su preámbulo anunciando los motivos que han hecho que se promulgue una norma para regular esta materia. Señala la importancia de regular situaciones de convivencia que ya se están dando, situaciones de convivencia entre las que no existen vínculos de parentesco. Por ello, esta norma surge como medida de protección y de control hacia un «Acogimiento de hecho que ya se está produciendo».

Señala la importancia de la implantación de medidas de atención al envejecimiento y a sus contingencias y plantea el Acogimiento como alternativa a la institucionalización y como contrato civil.

Sin embargo, la Ley que se promulgó al año siguiente, la de 2001 (Ley 11/2001, de 13 de julio, de Acogida Familiar para Personas mayores) tiene como presupuesto regular la Acogida de mayores como Servicio Social. En la ante-

rior, en su preámbulo solo se hacían referencia a la regulación de las situaciones de convivencia semejantes a las que se dan entre ascendentes y descendentes pero sin existir un grado de consanguinidad ni vínculo de parentesco. Aquí ya se habla del Acogimiento Familiar de Personas mayores como Servicio Social. Tiene como premisas el «conseguir un mayor grado de bienestar para las Personas mayores que necesitan dicho servicio, manteniéndolas en un ambiente familiar y social, y evitándoles el internamiento en instituciones geriátricas cuando éste no sea la solución adecuada (...)». Es decir, que plantea el Acogimiento como una alternativa a la institucionalización y como una forma de integración del mayor en el medio.

B) *Principado de Asturias*

Lo encontramos en el D 38/1999, de 8 de julio, por el que se regula el Programa de Acogimiento Familiar para Personas mayores del Principado de Asturias.

La Ley 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios Sociales del Principado de Asturias ya estableció como principio rector de dichos servicios la prevención y dentro de ella Prevención, normalización e integración declarando que se facilitará a las ciudadanas y ciudadanos la atención a través de instituciones de carácter general salvo cuando por sus características personales requieran una atención específica, procurando en todo caso la permanencia y contacto con su entorno habitual.

En su momento el Plan Gerontológico del Principado de Asturias (1998-2000)⁽³⁾ ya estableció que estos objetivos se pueden cumplir mediante el Programa de Acogimiento Familiar, ya que es una buena alternativa frente a la institucionalización, evitando el desarraigo de la persona mayor al trasladarlo a un centro residencial.

En consecuencia, en el mencionado Decreto encontramos una regulación detallada del Acogimiento.

C) *Comunidad de Madrid*

No hay una regulación clara de esta materia. Se suele dar diferente normativa cada determinado período de tiempo regulando la forma de concesión de las diferentes ayudas económicas para el acogimiento de mayores.

La Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid, en su art. 23, establece la importancia de «facilitar el mantenimiento

(3) Este Plan tiene como origen la Ley del Principado de Asturias 5/1987, de 11 de abril, de servicios sociales, que fue sustituida por la citada aquí Ley 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios Sociales del Principado de Asturias.

de la Persona mayor en su medio, a través de las medidas que posibiliten su permanencia en el hogar propio o familiar». Esta misma Ley establece en su art. 17.2 d) como prestación económica del Sistema Público de Servicios Sociales el Acogimiento a Personas mayores.

Asimismo, la Orden 1446/2012, de 5 de noviembre, Reguladora de las Bases para la Concesión de Ayudas Económicas para el Acogimiento Familiar de Personas mayores y de convocatoria para el año 2012 se refiere al Acuerdo de 12 de mayo de 2011, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueban las normas reguladoras y se desarrolla el procedimiento de concesión directa de la ayuda económica de pago único para el Acogimiento Familiar de Personas mayores para el año 2011, tiene por objeto establecer unas nuevas normas reguladoras que recojan la concesión directa de las ayudas.

El objetivo de la Comunidad de Madrid de fomentar el Acogimiento Familiar de nuestros mayores exige «que las ayudas se concedan a todos aquellos que cumplan con los requisitos fijados en las normas reguladoras, sin establecer concurrencia entre los solicitantes, y posibilitando que las ayudas se perciban desde el inicio del acogimiento». Es decir, que mediante este acuerdo se pretende establecer unas nuevas normas para regular la concesión directa de las ayudas. «La finalidad de la ayuda es favorecer la integración de la Persona mayor en su medio habitual en régimen de Acogimiento Familiar, sufragando los gastos de Acogida y asistencia en un hogar, con el fin de evitar o retrasar la institucionalización y procurarles una vida normalizada mediante formas alternativas de convivencia».⁽⁴⁾

Actualmente, encontramos que existe en esta Comunidad un Programa de Acogimiento Familiar para Personas mayores⁽⁵⁾, que establece los diferentes requisitos y objetivos, determinando en el mismo las cuantías y límite de las ayudas, según lo establecido en la Orden 683/2019, de 9 de marzo, de la Consejera de Políticas Sociales y Familia, por la que se aprueba la convocatoria de ayudas económicas para el Acogimiento Familiar de Personas mayores para el año 2019.

D) *Comunidad Foral de Navarra*

Aquí también encontramos detalladamente regulada la figura en la Ley Foral 34/2002, de 10 de diciembre, de Acogimiento Familiar de Personas mayores

(4) Art. 1.2 anexo I, Acuerdo de 12 de mayo de 2011, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueban las normas reguladoras y se desarrolla el procedimiento de concesión directa de la ayuda económica de pago único para el acogimiento familiar de personas mayores, año 2011, por importe de 250.000 euros.

(5) COMUNIDAD DE MADRID, «Programa de acogimiento familiar para personas mayores», disponible en: <https://www.comunidad.madrid/servicios/asuntos-sociales/programa-acogimiento-familiar-personas-mayores>.

que en su preámbulo se reconoce que la forma de atención por medio del acogimiento familiar ya existía y estaba conceptualizada frecuentemente por los propios protagonistas, como un régimen de pensión.

Sobre esta realidad, señalaban, que podían darse abusos o situaciones de indefensión, por lo que era necesario regular dicha relación que, habitualmente, se iniciaba con un acuerdo entre las partes sin mediación externa.

Aquí, al igual que en la Ley catalana, se pretendió regular unas relaciones que ya existían, con el fin de proteger a la persona acogida. De forma concreta, se regula la convivencia que se origina entre una pareja o una persona causada por el Acogimiento que ésta o éstas ofrecen a una Persona mayor, de forma similar a las relaciones entre ascendientes y descendientes.

E) Galicia

En Galicia se regula esta figura en la Ley 4/1993, de 14 de abril, de Servicios Sociales, reguladora del Sistema de Servicios Sociales en la CA gallega, en su art. 13 define los Servicios Sociales de atención especializada dentro de la discapacidad, como aquellos que «procuran el tratamiento, la rehabilitación y la integración social» de las Personas con Discapacidad física, psíquica y sensorial «y cuantas medidas sean favorecedoras de su autonomía personal e integración social».

También se establecen como servicios sociales de atención especializada para la vejez «aquellos orientados a la consecución del mayor nivel de bienestar posible a la tercera edad, así como conseguir su autonomía e integración social, y contempla como propio de estos servicios el del Acogimiento Familiar». Se presenta esta norma, en el caso de los mayores, como una manera de concretar y desarrollar lo que en la Ley de Servicios Sociales gallega se establece como servicio, el Acogimiento familiar de Personas mayores.

Por otra parte, según enuncia esta norma, el Plan Gallego de Personas mayores (2001-2006), apuesta por el envejecimiento en casa, «siendo la extensión del Programa del Acogimiento Familiar un pilar imprescindible para alcanzar este objetivo». Con esta norma se trata de «dar respuesta adecuada a las necesidades y demandas sociales, tanto de Personas mayores como de Personas con Discapacidad (...) y se trata de conseguir una mayor seguridad jurídica y claridad normativa que no sería posible si el régimen jurídico de este programa resultase de disposiciones normativas dispersas».

En esta nueva regulación, se «pretende flexibilizar los requisitos de los beneficiarios, tanto acogedores como acogidos (...) como medio para proporcionar a las Personas mayores y con discapacidad un ambiente de convivencia familiar, preferentemente en su entorno habitual y procurando una atención más personalizada y participativa».

Esta norma no hace referencia a la protección de situaciones convivenciales ya existentes y a su protección a través de la misma. A grandes rasgos, lo que pretende esta norma es establecer los medios y requisitos para llevar a cabo un Acogimiento Familiar, con el fin de mantener a las Personas mayores y con Discapacidad integradas en el entorno y en la sociedad, y como vía alternativa al internamiento en un centro residencial. Además de diferentes ayudas económicas.

2.2. Viviendas Tuteladas

Las viviendas tuteladas ofrecen un servicio de atención integral a personas con un cierto nivel de discapacidad física y/o intelectual pero que tienen un alto nivel de autonomía y requieren apoyo y supervisión para llevar una vida autónoma e independiente.

Podemos definirlas como viviendas agrupadas para la prestación de servicios comunitarios. Generalmente tienen un modelo de mantenimiento parcialmente autogestionado y están destinadas a dos colectivos:

- Personas mayores autónomas pero con un cierto nivel de dependencia
- Personas con discapacidad física e intelectual con un alto nivel de autonomía pero con necesidades de apoyo intermitente o limitado⁽⁶⁾.

Las viviendas tuteladas ofrecen a los mayores una alternativa para llevar una vida realmente autónoma. También les permiten convivir de forma estable y prolongada en el tiempo con un grupo de personas ajenas a su entorno habitual, lo que refuerza su independencia, integración y autoconfianza.

Otras de las ventajas que las viviendas tuteladas ofrecen son:

- Potenciar la integración y la participación en la vida social y comunitaria. Los usuarios de estas viviendas, al compartir espacios y recursos con otros, deben implicarse activamente en el cuidado y mantenimiento del hogar en el que conviven.
- Posibilitar experiencias vitales apropiadas para la edad, necesidades de aprendizaje y tipo de discapacidad de cada usuario.
- Acceso a servicios especializados entre los que se incluyen atención sanitaria, asesoramiento psicológico y uso conjunto de recursos laborales, de formación y de ocio.

(6) Intentaré evitar las referencias a las discapacidades para centrarnos en las aplicables a las personas mayores autónomas.

La legislación sobre las viviendas tuteladas y los requisitos para su concesión dependen de las CCAA y de los Ayuntamientos. Aun así, podemos concluir que todas las viviendas tuteladas cumplen algunas características generales:

- Están situadas en suelo urbano.
- Tienen fácil acceso a equipamientos y servicios comunitarios.
- Cumplen con los principios de la arquitectura accesible.
- Están bien comunicadas y tienen un acceso sencillo a la red de transportes públicos.
- Su capacidad suele ser entre 4 y 10 plazas aunque este número se determina en función de las condiciones, características y superficie de cada vivienda tutelada en cuestión.
- Además, las viviendas tuteladas suelen contar con la prestación de los siguientes servicios comunitarios:
 - Asistencia, apoyo o supervisión.
 - Alojamiento y manutención para los usuarios.
 - Actividades comunitarias organizadas para fomentar la convivencia, la cooperación, la integración y la autoayuda.
 - Colaboración para la búsqueda de recursos específicos para los usuarios.

Tal y como se establece en la EM del D 195/2006 de la segunda modificación del Decreto sobre los servicios sociales residenciales para la tercera edad del País Vasco «con los apartamentos tutelados se pretende dar respuesta a la necesidad de vivienda del colectivo de personas mayores, ofreciéndoles alojamiento, manutención, atención y seguridad, para que puedan continuar residiendo en la comunidad de forma independiente.»

Pero todo esto, como he dicho, varía dependiendo de cada CA:

A) *Andalucía*

En esta CA encontramos la regulación en la Ley de Atención y Protección a las Personas mayores de Andalucía (Ley 6/1999, de 7 de julio). En ella, se definen las viviendas tuteladas como «aquellas destinadas a personas mayores que posean un grado suficiente de autonomía personal y se configuran como pequeñas unidades de alojamiento y convivencia ubicadas en edificios o zonas de viviendas normalizadas, sometidas al cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa sobre centros de servicios sociales, y supervisadas por una entidad de servicios sociales, tanto de carácter público como privado.»

Asimismo, se establece otra figura, los centros residenciales y los define como centros de alojamiento y de convivencia que tienen una función sustitutoria del hogar familiar, ya sea de forma temporal o permanente, donde se presta a la persona mayor una atención integral añadiendo que las AAPP fomentarán las estancias temporales en centros residenciales, entendiéndose éstas como la permanencia por un período de tiempo predeterminado.

Y finalmente recoge otras alternativas estableciendo que las AAPP fomentarán aquellos programas dirigidos a favorecer la permanencia de la persona mayor en su entorno, tales como:

— Integración familiar, destinado a fomentar la integración del mayor en su propia familia u otras familias, en caso de que la persona mayor se encuentre solo y existan familias que deseen atenderlos e integrarlos en su propia unidad familiar.

— Alojamiento de jóvenes con personas mayores, dirigido a promover la estancia de jóvenes con personas mayores que, por sus circunstancias, se encuentren solos y deseen dar alojamiento a estas personas.

— Viviendas compartidas, destinadas a dar alojamiento a varias personas ya sean mayores o a jóvenes y mayores indistintamente, siempre que su grado de autonomía les permita esta convivencia.

B) *Castilla-La Mancha*

En el D 186/2010, de 20 de julio, del régimen jurídico de los centros y servicios especializados para la atención a las personas mayores en la red pública de Castilla-La Mancha y del procedimiento de acceso a los mismos en su art. 4.1 a) 2º encontramos la definición del equivalente a las viviendas tuteladas denominándolas Viviendas de mayores que son viviendas en las que convive un pequeño grupo de personas mayores con una adecuada situación de autonomía personal.

La permanencia en la vivienda está condicionada al mantenimiento de la propia capacidad para el autocuidado o a que se puedan garantizar en la misma los apoyos y cuidados necesarios para la realización de las actividades de la vida diaria.

Al igual que en otras regulaciones, se emplea el criterio de la capacidad para diferenciarlas de otro tipo de viviendas y en este caso, se considera que las Viviendas de mayores son centros de alojamiento y convivencia integrados en un entorno comunitario, destinados a un grupo pequeño de personas mayores con dificultades para permanecer en su vivienda habitual y con un grado de autonomía personal que les permita su integración en este recurso, estableciendo

que cada vivienda de mayores contará con un mínimo de 5 y un máximo de 10 plaza, pudiendo alcanzarse las 20 plazas.⁽⁷⁾

Asimismo, deberán encontrarse localizadas en dentro del núcleo urbano y próximas o bien comunicadas con los servicios sociales, sanitarios y culturales y es recomendable que existan espacios verdes y paseos próximos

En cuanto al personal, encontramos que se establece un mínimo, si bien, no se establece ningún *ratio* por residente⁽⁸⁾. En concreto, será obligatorio que Las Viviendas de mayores cuenten con personal propio y como mínimo 3 auxiliares, uno de los cuales será la persona encargada de coordinar la administración y el trabajo dentro de la Vivienda.

C) *Castilla y León*

En Castilla y León tenemos la Ley 5/2003, de 3 de abril, de Atención y Protección a las Personas mayores de Castilla y León aparece una clasificación de servicios de los que algunos parece que van orientados a las figuras que aquí estamos comentando:

— SAD destinado a facilitar el desarrollo o mantenimiento de la autonomía personal, prevenir el deterioro individual o social, y promover condiciones favorables en las relaciones familiares y de convivencia, contribuyendo a la integración y permanencia de las personas en su entorno habitual de vida, mediante la adecuada intervención y apoyos de tipo personal, socioeducativo, doméstico y/o social.

— Servicio de teleasistencia, entendido como un sistema permanente de comunicación que mantiene en contacto continuo al usuario con un centro de atención, proporcionando seguridad y asistencia a las personas mayores que residen en su domicilio.

— Servicios dirigidos preferentemente a personas mayores que padecen limitaciones en su capacidad funcional, con el fin de mejorar o mantener su nivel de autonomía personal, ofreciendo en jornada diurna, atención integral, individualizada y dinámica, de carácter sociosanitario y de apoyo familiar, así como programa de rehabilitación funcional que contribuyan al buen

(7) Según el contenido de la Orden de 21 de mayo de 2001, por la que se regulan las Condiciones Mínimas de los Centros destinados a las Personas Mayores en Castilla-La Mancha (*) (DOCM 75 de 29-06-2001) (*) Modificada por Orden de 4 de junio de 2013 (DOCM 112 de 12-06-2013) y por Orden de 25 de noviembre de 2015 (DOCM 235 de 01/12/2015).

(8) Desde mi punto de vista esta es una de las facilidades para la creación de este tipo de viviendas frente a las tradicionales residencias geriátricas.

estado físico, psíquico o sensorial, prestados en las unidades de estancias diurnas de los Centros de Día.

— Estancia temporal, consistente en el ingreso en un Centro Residencial en el que se presta al usuario una atención integral, continuada y cotidiana, durante un período determinado, en el que tendrá los mismos derechos y obligaciones que los residentes permanentes.

— Programas de alojamiento compartido, dirigidos a promover la calidad de vida a través del intercambio y apoyo mutuo, mediante la convivencia entre las personas mayores y de éstas con otras generaciones.

Por su parte, el D 14/2017, de 27 de julio, de autorización y funcionamiento de los centros de carácter social para la atención a las personas mayores en Castilla y León, establece una clasificación de los distintos tipos de centros y encontramos los centros residenciales, que si bien creo que no podría encuadrarse como vivienda tutelada (por el carácter obligatorio de dependencia que establece), si puede asemejarse un poco a los hogares asistidos, de los que hablaré más adelante, y así define el centro residencial como el «Conjunto de espacios y servicios configurados como agrupación de hogares, dirigido preferentemente a personas mayores dependientes o a personas con necesidades afines, que garanticen con carácter permanente o temporal la atención integral y continuada a la persona, promoviendo su autonomía y potenciando sus capacidades, acorde con sus expectativas y deseos, para esta etapa de su ciclo vital, recogidos en su proyecto de vida. Incluye el alojamiento, la manutención, la atención de sus necesidades básicas y de las necesidades particulares derivadas de su situación personal y social. Las características de los centros deben permitir que todas sus plazas puedan ser ocupadas por personas dependientes. En el centro residencial la vida cotidiana se organiza a partir de la autodeterminación de la persona, debiéndose garantizar una atención personalizada basada en la identidad de la persona, su historia de vida, sus expectativas y deseos, su visión y su enfoque de la vida cotidiana, a través de un proyecto de vida personal, del profesional de referencia y de los apoyos que lo hagan posible. En tal sentido, la actividad en los centros se orienta a asimilar la vida cotidiana a la del entorno familiar, buscando impulsar la participación social activa de sus usuarios.»

D) *País Vasco*

Aquí también encontramos una regulación detallada de esta figura, y de otras. En concreto se señalan las características de cada elemento, diferenciándolos claramente y facilitando información de sus características principales.

Así en el art. 2 del D 41/1998, de 10 de marzo, sobre los servicios sociales residenciales para la tercera edad encontramos una clasificación y definición de distintos tipos de vivienda o alojamiento para la tercera edad y en concreto, a

los efectos de dicho Decreto, los servicios sociales residenciales para la tercera edad se clasifican en:

— Apartamentos tutelados: Conjunto de viviendas autónomas, unipersonales y/o de pareja, que cuentan con servicios colectivos, de uso facultativo, y que dan alojamiento a personas mayores con una situación psicofísica y social que no precisa de recursos de mayor intensidad.

— Vivienda comunitaria: Unidad convivencial con un máximo de 14 plazas, destinada a personas mayores que posean un cierto nivel de autovalimiento, y con un estilo de vida similar al del ambiente familiar.

— Residencia: Centro de convivencia con capacidad superior a 14 plazas, destinado a servir de vivienda permanente y común, en el que se presta una atención integral y continua a las personas mayores. Estará dotada necesariamente de los medios materiales suficientes para la atención de discapacidades de alto grado.

En este artículo encontramos una novedad regulatoria, en la que más adelante nos extenderemos por considerarla posiblemente la más adecuada para el nivel de envejecimiento futuro que nos encontraremos, como hemos señalado al comienzo del capítulo, y no es otra que la vivienda comunitaria.

Básicamente, se diferencia de la vivienda tutelada en el tamaño. Atendiendo a su regulación en esta CA podríamos señalar que la diferencia es su capacidad, si excede o no de 14 de plazas, pero en ambos casos reconociéndose un cierto nivel de independencia

Más adelante, en el D 195/2006, de 10 de octubre, sobre los servicios sociales residenciales para la tercera edad, encontramos una regulación un poco más detallada de las viviendas tuteladas.

Sin embargo, a diferencia de otras regulaciones, en su EM se establece que una de las características principales de los apartamentos tutelados es que la persona mayor que vaya a ser usuaria de los mismos, sea cual sea la titularidad del recurso, carezca de vivienda o que esta no cumpla las condiciones mínimas de accesibilidad. Esto impide que personas que precisan un cierto nivel asistencial no puedan acceder a estos servicios por el hecho de tener su propia casa.

El apdo. a) del art. 2, del D 41/1998, hace referencia a los apartamentos tutelados como: conjunto de viviendas autónomas, individuales y/o dobles, que cuentan con servicios colectivos, de uso facultativo, y que dan alojamiento a personas mayores con una situación psicofísica y social que no precisa de recursos de mayor intensidad.

El apartamento tutelado es un recurso social orientado a atender las necesidades de alojamiento y seguridad de las personas mayores, preferentemente

cuando éstas no disponen de un alojamiento adecuado, tienen problemas de convivencia o soledad, o sus recursos no les permiten acceder a una vivienda de mercado.

E) Canarias

En esta Comunidad, en la Ley 3/1996, de 11 de julio, de participación de las personas mayores y de la solidaridad entre generaciones se puede encontrar un compromiso, inicial de medidas de apoyo a la permanencia en el propio hogar

Así, en el art. 15 se consideran programas de apoyo a la permanencia en el propio hogar:

— La adopción de medidas destinadas a facilitar la permanencia en su domicilio habitual de las personas mayores, mediante el fomento de su autonomía personal y la mejora en las condiciones de habitabilidad y acceso de su vivienda.

— El apoyo a las familias que habitualmente conviven con mayores, con especial atención a la figura del cuidador efectivo de los mismos, tanto en su formación e información, como en la posibilidad, en su caso, de alojamiento alternativo temporal.

— El refuerzo del sistema básico de prestación de ayuda a domicilio y teleasistencia a las personas mayores, mediante la colaboración entre organizaciones sociales y las distintas AAPP, en orden a la consecución del objetivo de envejecer en casa.

También encontramos una definición en dicho artículo que establece que «son viviendas tuteladas aquellas viviendas normalizadas destinadas al alojamiento de un número reducido de personas mayores, en régimen parcialmente autogestionado, permaneciendo en su entorno habitual.»

Por su parte, el D 67/2012, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento regulador de los centros y servicios que actúen en el ámbito de la promoción de la autonomía personal y la atención a personas en situación de dependencia en Canarias, establece una clasificación de los alojamientos en función de los servicios que preste y clasifica las viviendas tuteladas dentro de este apartado, pero en función de su capacidad

a) Centros residenciales o de atención residencial. Son aquellos establecimientos en los que de forma organizada y profesional, ofrecen alojamiento y manutención a las personas usuarias garantizándoles una atención integral, desde un enfoque biopsicosocial, prestando servicios de atención personal y de carácter social o sociosanitario en función de los requerimientos de los usuarios.

La prestación de este servicio puede tener carácter permanente, cuando el centro residencial se convierta en la residencia habitual de la persona, o temporal, cuando se atiendan estancias temporales de convalecencia o durante las vacaciones, fines de semana y enfermedades o períodos de descanso de las personas cuidadoras no profesionales.

Dentro de esta modalidad se encuentran los Alojamientos Especiales que son aquellos establecimientos de alojamiento de capacidad inferior a quince plazas ubicados en viviendas normalizadas que ofertan servicios de alojamiento y manutención complementándolos con actuaciones de apoyos personales, cuidados, promoción, mantenimiento y recuperación de la autonomía funcional bajo la supervisión del servicio de centro de día de referencia. Los Alojamientos Especiales se clasifican en:

— Viviendas tuteladas cuando el establecimiento tenga una capacidad igual o inferior a cinco plazas. Estarán tuteladas por la entidad titular o responsable del proyecto de convivencia.

— Hogares funcionales cuando tengan una capacidad de seis a quince plazas. Se organizarán mediante la administración y tutela de la entidad titular, la cual podrá incorporar a personal de su organización que conviva de forma permanente con los usuarios.

A su vez el Decreto 154/2015, de 18 de junio, por el que se modifica el Reglamento regulador de los centros y servicios que actúen en el ámbito de la promoción de la autonomía personal y la atención a personas en situación de dependencia en Canarias, aprobado por el Decreto 67/2012, de 20 de julio, dividió los alojamientos especiales entre:

— Viviendas tuteladas para personas con discapacidad: son recursos alojativos destinados a un número reducido de personas, como máximo ocho plazas y vinculado a un proyecto de convivencia. Estarán supervisadas o tuteladas por la entidad titular o responsable de dicho proyecto.

— Viviendas Tuteladas para personas mayores: son aquellas viviendas destinadas a un número reducido de personas mayores de 65 años, nunca superior a ocho, con un grado suficiente de autonomía y cuyo funcionamiento adecuado solo requiera una supervisión parcial por la entidad titular.

III. HOGARES ASISTIDOS

Como podemos comprobar, no existe por el momento una regulación concreta de esta necesidad. Sí que hemos encontrado la regulación de otros sistemas como el acogimiento familiar, pisos tutelados para personas dependientes o independientes con un cierto nivel de atención y cuidados, pero no encontramos una regulación concreta para esa necesidad específica en la que se en-

cuentran y se van a encontrar muchos ancianos que no es otra que la necesidad de ser atendidos y asistidos pero sin ser dependientes

Y esa necesidad de ser atendidos y asistidos, si no encuentran el servicio que requieren, les obligará a ingresar en una residencia, aunque como ha quedado puesto de manifiesto es la voluntad generalizada de las AAPP que las personas mayores puedan permanecer en su medio habitual.

Para ello, quiero realizar dos propuestas que podrían ser objeto de un posterior desarrollo.

En ambos casos a diferencia de las regulaciones que hemos encontrado, no se va a requerir que el mayor se encuentre en una situación de desprotección o que carezca de medios o de una vivienda. Simplemente se requerirá que dentro del nivel de autonomía, voluntariamente desee acceder a este tipo de vivienda que por su adecuación a sus nuevas necesidades y mediante la prestación de servicios específicos, le procurarán, sin duda, una mejor calidad de vida.

En el D 195/2006, de 10 de octubre, de segunda modificación del Decreto sobre los servicios sociales residenciales para la tercera edad, del País Vasco ya reconoció que tras la entrada en vigor del Decreto 41/1998, de 10 de marzo, sobre los servicios sociales residenciales para la tercera edad, habían proliferado las iniciativas privadas para la construcción de «supuestos»⁽⁹⁾ apartamentos tutelados que se caracterizan por contratos de compra venta.

Nos llama la atención que se los denomine supuestos apartamentos tutelados y entendemos que esa denominación es para diferenciar, en principio, los apartamentos tutelados sociales, o carentes de interés mercantil o ánimo de lucro y aquellos que sí que lo tiene, sin por ello desmerecer las funciones y utilidad de cada uno de ellos.

A continuación, nos centraremos en aquellos que sí tienen o pueden tener ánimo de lucro con origen en ambos casos en la iniciativa privada.

3.1. Iniciativa privada sin ánimo de lucro

Lo que podríamos denominar Hogares Asistidos son aquellos en los que las personas mayores, sin perder su independencia, pueden o no recibir determinados servicios, tales como asistencia, acompañantes, restauración, limpieza, comedor etc.

Asimismo, podría existir una alternativa parecida a los condominios anglosajones en los que un régimen de propiedad de cuotas lleva implícito una serie de servicios y unas limitaciones a la propiedad. Este sistema podría ser parecido

(9) El entrecomillado es del Autor.

a las participaciones en los clubes deportivos en los que la adquisición de una acción lleva aparejada una serie de derechos a la vez que existen grandes limitaciones a su transmisión.

Este sistema podría realizarse a través de alguna figura no mercantil tomando como ejemplo lo ocurrido en algunos lugares en los que varios conocidos han procedido a la rehabilitación de un pueblo, dotándolo de los servicios necesarios y manteniéndolos en común para poder convivir.

Con dicho sistema, se podría establecer una contribución a esos gastos comunes y la cuota de propiedad debería ser transmitida o por el titular o por sus herederos a otra persona/s mayor de similares circunstancias.

La figura apropiada para esto, desde el punto de vista jurídico, entendemos que es la Comunidad de Bienes, pues los trámites de constitución son muy sencillos.

Por otro lado, si bien la Comunidad de Bienes carece de personalidad jurídica propia, permite la contratación de personal, materia esta esencial para este tipo de proyectos, que no puede considerarse mercantil porque no es su propósito obtener un beneficio, sino prestar los servicios que dichas personas requieren.

Desde este punto de vista, no parece complejo organizar este sistema, pues simplificándolo mucho no dejaría de ser el mismo sistema que una comunidad de propietarios con un conserje, un jardinero, un socorrista, es decir, con servicios que cada propietario estará obligado a sufragar con independencia del nivel de utilización que realice.

Por otro lado, nada impide en este sistema que se realicen acuerdos con terceros proveedores de servicios que únicamente serían facturados en el supuesto de que se utilizaran. A este respecto, encontramos una proliferación de empresas llamémosle facilitadores, esto es, prestan servicios para tareas que habitualmente nos supondrían un trastorno o no tenemos tiempo tales como lavandería, zapatería, etc. Un contrato realizado por la Comunidad de Bienes con estas empresas podría complementar fácilmente los servicios.

Simplificando su esquema podría ser una ampliación de lo que se conoce actualmente como una Comunidad de Propietarios de las que se regulan en la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, si bien, habría que desarrollar legislativamente, al igual que se regula el servicio de conserjería, regular los restantes servicios que podrían ser demandados tales como restauración, enfermería, asistentes, vehículo con conductor, etc.

Como ventaja adicional a este sistema sería su mantenimiento en el tiempo, pues al igual que en la Ley de Propiedad Horizontal se establecen mayorías reforzadas para determinados acuerdos, como p. ej. para la supresión de servi-

cios en su art. 19: «3. El establecimiento o supresión de los servicios de portería, conserjería, vigilancia u otros servicios comunes de interés general, supongan o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, requerirán el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación», igualmente se podría en este caso establecer una mayoría, incluso más reforzada que uniese de forma inseparable la propiedad y el servicio.

De esta forma, aún en el caso de fallecimiento la compra de esa vivienda/apartamento llevaría aparejada esos costes, a la vez que los servicios y por ello los herederos pondrían un rápido interés en transmitir nuevamente una vivienda que en realidad no podrían aprovechar ni disfrutar, haciendo desproporcionado el coste que deberían soportar.

La transmisión de la vivienda se podría hacer incluso más compleja, pudiendo establecer un sistema de retracto a favor de la Comunidad de Bienes, de tal forma que se pudiese acordar por mayoría la posterior transmisión. Al igual que existe este sistema y puede ser acordado en las sociedades mercantiles, de igual forma se podría acordar esta regulación en los estatutos de tal forma que la Comunidad tuviera un derecho de adquisición preferente que podría ser ejercitado, p. ej., para el caso de que el futuro nuevo propietario no fuera del gusto de los actuales comuneros.

Mejorando aún más este sistema, sería muy aconsejable que esta segunda transmisión (del heredero a un nuevo usuario/propietario) con el fin de hacerla más sencilla y factible estuviese exenta de Impuestos Indirectos (Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana y el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales) que encarecerían el precio sin aportar ningún valor añadido y por ello dificultaría su transmisión a los mayores que precisasen este tipo de vivienda.

3.2. Iniciativa privada con ánimo de lucro

El sistema anterior está claramente lleno de ventajas, pero es evidente que como cualquier sistema sin ánimo de lucro dependerá de la capacidad financiera de sus participantes.

De igual forma, el éxito de la formación y el mantenimiento del sistema explicado en el punto anterior dependerán de la capacidad adquisitiva de los participantes, pues si no pueden acceder a la adquisición de la vivienda, no podrá pasarse a la fase siguiente en la que los distintos propietarios contraten y organicen los distintos servicios que deseen.

También habrá que considerar y valorar para el éxito de dicho sistema la contratación de un correcto administrador, pues no podemos olvidar que no serán los propietarios los que gestionen los distintos servicios, sino que deberá existir un

administrador, figura también existente en la Ley de Propiedad Horizontal, pero que también deberá ser objeto de una ulterior regulación porque deberá ser una figura más cualificada que deberá ocuparse no solo de los abastecimientos energéticos sino de contrataciones de personal sanitario y otras actividades, en definitiva, más complejas que las que se regulan en dicha Ley, que insisto, me refiero a ella como punto de partida de lo que debería ser este sistema más complejo.

Por ello, sería previsible, y también deseable que con origen en la mejora de la figura del Administrador surgiesen dos nuevas figuras mercantiles para apoyar este sistema

- Administrador de servicios asistenciales; y
- Alojamientos con servicios asistenciales.

En cuanto a la primera figura, por el momento entiendo que carece de regulación y no se puede englobar en ninguna de las ya existentes, del tipo conocido de Administrador de Fincas, aunque como he dicho, creo que esa podría ser la dirección en la que avanzar.

La otra figura podríamos asimilarla como un apartotel con servicios especiales. En la actualidad ya se encuentran empresas, vinculadas o ya gestoras de residencias geriátricas, que prestan este tipo de servicios, si bien, no encontramos un amparo legal claro para ello pues no se encuadran ni en la regulación que hemos visto de viviendas tuteladas ni tampoco en las distintas regulaciones de las CCAA para las residencias geriátricas.

IV. FINANCIACIÓN DE LAS NUEVAS NECESIDADES HABITACIONALES

Se comenta con relativa facilidad que cuando uno se hace mayor gasta menos. No sé si se ha realizado algún estudio al respecto, pero mi opinión es que no se gasta menos, simplemente se gasta en otras cosas. En este punto, podemos simplemente consultar los precios medios de distintos establecimientos geriátricos que es de 1.777 € mensuales (sin IVA) con variaciones de un 40% entre las distintas CCAA y dependiendo también de características y calidad de cada establecimiento.

Es decir, un matrimonio necesitaría un mínimo de 3.910,76 € para poder mantener un nivel de vida, también digamos mínimo. Si tenemos en cuenta que la pensión máxima fijada para el 2020 en España es de 2.683,34 € se nos hace evidente que la nueva forma de alojamiento precisará de unos fondos adicionales que el actual sistema de pensiones no podrá proporcionar.

Por ello, el ahorro instrumentado en una vivienda puede ser un medio adecuado para sufragar en esta edad las nuevas necesidades y con ella podemos acceder a estas nuevas formas, como p. ej. la hipoteca inversa o las rentas vitalicias.

4.1. Contrato de alimentos

El contrato de alimentos consiste en que una parte se obliga a dar a la otra alimentos, vivienda, manutención y cualquier tipo de asistencia a cambio de un capital.

El contrato de alimentos se encuentra regulado en los arts. 1791-1797 del CC. Según el art. 1791 CC: «Por el contrato de alimentos una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida, a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos».

Los sujetos del contrato de alimentos son los siguientes:

— Alimentante: es la persona que entrega los alimentos pactados en el contrato a cambio de recibir una contraprestación en forma de capital o derechos. El alimentante deberá ser una persona mayor de edad y que no sufra ningún tipo de incapacidad, puede ser una o varias personas que presten conjuntamente los cuidados y la asistencia debida al alimentista. Incluso podrá ser una persona jurídica que tenga la finalidad de asistir a personas que no puedan valerse por sí mismas.

— Alimentista: es la persona que recibe la prestación de alimentos, ya sea porque acuerda contractualmente con el alimentante esa prestación de por vida a cambio del pago de un capital, o ya sea porque es un tercero que se beneficia de la prestación alimenticia pactada a su favor en el contrato entre el alimentante y el cedente de los bienes.

— Cedente: es la persona que cede los bienes o derechos al alimentante según lo establecido en el contrato.

— El contrato de alimentos presenta las siguientes características:

— Carácter consensual, ya que el alcance de la prestación contractual depende principalmente del acuerdo establecido por las partes.

— Carácter bilateral, ya que surgen obligaciones para las partes contratantes derivadas del contrato de alimentos.

— Carácter oneroso, ya que se produce un intercambio de prestaciones entre las partes derivada del contrato de alimentos.

— Carácter personal, ya que en el contrato de alimentos la finalidad perseguida por el alimentista es evitar la soledad y el desamparo.

— Carácter aleatorio, ya que la equivalencia de prestaciones entre las partes depende de un acontecimiento imprevisible en el momento de celebración del contrato.

— Los elementos del contrato de alimentos son:

— Prestación del alimentista: el alimentante recibirá una contraprestación por parte del alimentista consistente en un capital en forma de cualquier clase de bienes y derechos, tal como establece el art. 1792 CC. La obligación para el alimentista de transmitir los bienes o derechos será a partir del acuerdo de voluntad de las partes, que es el momento en el que se perfecciona el contrato de alimentos.

— Prestación del alimentante: aparece establecida en el art. 1791 CC, aunque también procurará el bienestar general del alimentista. Las partes pactarán libremente el contenido de la prestación del alimentante, que variará dependiendo de las circunstancias personales del alimentista. Existe la posibilidad de que las partes puedan modificar la prestación acordada, según establece el art. 1792 CC: «de producirse la muerte del obligado a prestar los alimentos o de concurrir cualquier circunstancia grave que impida la pacífica convivencia de las partes, cualquiera de ellas podrá pedir que la prestación de alimentos convenida se pague mediante la pensión actualizable a satisfacer por plazos anticipados que para esos eventos hubiere sido prevista en el contrato o, de no haber sido prevista, mediante la que se fije judicialmente».

En caso de que se produzca un incumplimiento por parte del deudor de los alimentos, el acreedor puede o bien resolver el contrato o bien pedir que se le pague lo debido. El art. 1795 CC establece que: «El incumplimiento de la obligación de alimentos dará derecho al alimentista sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 1792, Código Civil, para optar entre exigir el cumplimiento, incluyendo el abono de los devengados con anterioridad a la demanda, o la resolución del contrato, con aplicación, en ambos casos, de las reglas generales de las obligaciones recíprocas. En caso de que el alimentista opte por la resolución, el deudor de los alimentos deberá restituir inmediatamente los bienes que recibió por el contrato, y, en cambio, el juez podrá, en atención a las circunstancias, acordar que la restitución que, con respeto de lo que dispone el art. siguiente, corresponda al alimentista quede total o parcialmente aplazada, en su beneficio, por el tiempo y con las garantías que se determinen».

El contrato se extinguirá con la muerte de los alimentistas (art. 1794 CC). Si se produce la muerte del alimentante, se puede transmitir la obligación de alimentos a sus herederos (art. 1793 CC).

4.2. Hipoteca inversa

La hipoteca inversa es un tipo de préstamo hipotecario para personas mayores de 65 años por el cual una entidad financiera paga una cantidad mensual a una persona mayor a cambio de que esta utilice su vivienda como garantía. El cliente percibirá este importe fijo de por vida, y si el cliente sobrevive al plazo

máximo del crédito se activa el seguro de renta vitalicia, por el que la aseguradora paga la renta vitalicia hasta el fallecimiento.

La cantidad que abone la entidad depende del valor de la vivienda y de la edad del cliente. Cuanto mayor es el cliente, más alto será el importe y si hay dos titulares de la vivienda, el dinero se percibirá hasta el fallecimiento del último.

Se trata, en definitiva, de un préstamo que se tiene que devolver, bien por parte de los herederos, o bien entregando la casa en el momento del fallecimiento.

La definición de hipoteca inversa es simple: se trata de un crédito o préstamo garantizado con una hipoteca que recae sobre la vivienda habitual (también sobre otras viviendas, pero, en ese caso, las posibles ventajas o beneficios fiscales serían menores), concedido, de una sola vez o a través de prestaciones periódicas, a una persona que debe ser mayor de una determinada edad —a partir de 65 años— o acreditar un grado de discapacidad (igual o superior al 33 %) o dependencia (dependencia severa o gran dependencia), no siendo exigible su devolución hasta el momento de su fallecimiento.

Al revés que en una hipoteca normal, la deuda no va disminuyendo con el tiempo, sino aumentando hasta que un tercero, el heredero del inmueble, opta por asumirla como propia, en caso de interesarle mantener la propiedad del inmueble. Sin duda, la edad es un factor determinante para conceder la operación, pues, si se pretende que el préstamo tenga carácter vitalicio, la viabilidad económica de la operación para la entidad está muy relacionada con dicho factor.

La definición oficial se encuentra en la exposición de motivos EM de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, donde se refiere a la hipoteca inversa como «un préstamo o crédito hipotecario del que el propietario de la vivienda realiza disposiciones, normalmente periódicas, aunque la disposición pueda ser de una sola vez, hasta un importe máximo determinado por un porcentaje del valor de la tasación en el momento de la constitución. Cuando se alcanza dicho porcentaje, el mayor o dependiente deja de disponer de la renta y la deuda sigue generando intereses. La recuperación, por parte de la entidad, del crédito dispuesto más los intereses se produce normalmente de una vez cuando fallece el propietario, mediante la cancelación de la deuda por los herederos o la ejecución de la garantía hipotecaria por parte de la entidad de crédito».

Esta forma de financiación va destinada a un sector de la población, medio y con edad superior a la antes citada, o con el grado de discapacidad o dependencia señalado, que, en el primero de los casos, han dejado ya su vida laboral activa o están a punto de hacerlo) y suelen tener inmuebles a su nombre, que pueden servir como activo para complementar sus ingresos y financiarse en esa

etapa sin renunciar a cambiar su modo de vida (seguir viviendo en su casa) y sin tener que transmitir su propiedad y, con ello, evitando afectar sustancialmente las expectativas de posibles herederos, barrera emocional fundamental que siempre existe por el lógico deseo del progenitor de dejar su patrimonio a sus descendientes.

Una ventaja que se ha encontrado en España para el desarrollo de esta figura es el tradicional rechazo al alquiler (y al contrario que en otros países de la UE) el alto índice de propiedad viviendas por la población, superior al de nuestro entorno europeo. A esto se suman el aumento de la longevidad y las expectativas, como hemos dicho, de que las pensiones y ayudas públicas no siempre puedan mantener una evolución ascendente o, al menos, permitan mantener una forma de vida al pasar de una determinada edad.

Su regulación la encontramos en la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria, que regula en su DA primera la hipoteca inversa, basándose en la idea de usar un inmueble, bajo determinados condicionantes, para obtener financiación.

4.3. Renta vitalicia

La renta vitalicia inmobiliaria es la venta de un inmueble a un inversor a cambio de la entrega de una cantidad mensual hasta el momento del fallecimiento. El propietario del inmueble deja de serlo, pero mantiene el usufructo hasta su fallecimiento y no está obligado a satisfacer los gastos derivados del inmueble, haciéndose por tanto cargo, el comprador del pago de los impuestos como el IBI o las derramas.

Se hace a partir de los 65 años, cuando la mayoría de personas se jubilan y dejan de percibir un sueldo para pasar a tener una pensión. Para aquellas personas con pensiones bajas que disponen de muy poco líquido y no pueden afrontar algunos gastos, la renta vitalicia inmobiliaria hace que puedan monetizar su propiedad y conviertan en líquido lo que para ellos ha sido una forma de ahorrar, permitiendo continuar con su forma de vida y en su propia casa.

El único problema es que se deja de ser propietario de la vivienda, por lo que no se puede dejar en herencia. Es por eso que es una opción perfecta para personas sin descendencia o con más propiedades para dejar en herencia. Aunque, claro está, también lo es para aquellos que tienen una propiedad pero poco dinero efectivo, aunque sí que tengan descendientes.

La renta vitalicia inmobiliaria se debe pactar con el inversor/comprador. Los inversores adquieren la nuda propiedad a cambio de una renta el resto de

la vida del anterior propietario. Lógicamente no adquieren el inmueble por el 100% de su valor, sino por un precio inferior, que suele rondar el 70% del total.

La cantidad mensual dependerá de cuántos años lo disfruten los anteriores propietarios.

Si el inversor deja de pagar automáticamente se anulará la venta y se devolverá a los anteriores propietarios la vivienda sin necesidad de devolver nada.

Este tipo de contrato aparece regulado en los arts. 1802-1808 CC y es definido como: «El contrato aleatorio de renta vitalicia obliga al deudor a pagar una pensión o rédito anual durante la vida de una o más personas determinadas por un capital en bienes muebles o inmuebles, cuyo dominio se le transfiere desde luego con la carga de la pensión».

El art. 1803 CC establece que: «Puede constituirse la renta sobre la vida del que da el capital, sobre la de un tercero o sobre la de varias personas. También puede constituirse a favor de aquella o aquellas personas sobre cuya vida se otorga, o a favor de otra u otras personas distintas».

Este artículo quiere decir que las partes que constituyen la relación contractual pueden variar según como sea el contrato, pero al menos deben de existir dos partes la deudora y la acreedora. Esto es así en la medida en que el beneficiario de la renta puede ser el propio contratante del servicio, o no, y puede constituirse a favor de uno o de varios beneficiarios, pudiendo concurrir hasta cuatro partes en el contrato.

El contenido del contrato de renta vitalicia es el siguiente:

— Entrega de capital: Pueden ser bienes muebles o inmuebles, materiales o inmateriales. El acreedor de la renta vitalicia que entrega los bienes en concepto de capital está obligado a efectuar la entrega y a responder por evicción y saneamiento al deudor de la renta. El deudor, por su parte, deberá satisfacer la renta o pensión.

— Derecho a la pensión o renta: La pensión puede ser una cantidad de dinero o la entrega de cualquier otro tipo de bienes muebles o inmuebles en concepto de capital. El pago de la renta se satisfará por los periodos acordados por las partes, cabiendo también la posibilidad de satisfacer la renta por pagos anticipados.

— Satisfacción de la renta: El modo en que satisface la renta viene consignado en el art. 1806 CC, por el cual «La renta correspondiente al año en que muere el que la disfruta, se pagará en proporción a los días que hubiese vivido; si debía satisfacerse por plazos anticipados, se pagará el importe total del plazo que durante su vida hubiese empezado a correr».

— Incumplimiento del pago de la renta: El art. 1805 CC dice que: «La falta de pago de las pensiones vencidas no autoriza al perceptor de la renta vitalicia a exigir el reembolso del capital ni a volver a entrar en la posesión del predio enajenado; sólo tendrá derecho a reclamar judicialmente el pago de las rentas atrasadas y el aseguramiento de las futuras».

Además de las causas generales de nulidad de la renta vitalicia, están contempladas también como nulidad la muerte o causa de muerte, según el art. 1804 CC: «Es nula la renta constituida sobre la vida de una persona muerta a la fecha del otorgamiento o que en el mismo tiempo se halle padeciendo una enfermedad que llegue a causar su muerte dentro de los veinte días siguientes a aquella fecha».

Se permite que se constituya la renta vitalicia gratuitamente, es decir, sin que se produzca la entrega de un capital a favor del deudor de la renta, tal como establece el art. 1807 CC: «El que constituye a título gratuito una renta sobre sus bienes, puede disponer, al tiempo del otorgamiento, que no estará sujeta dicha renta a embargo por obligaciones del pensionista».

En cuanto a la jurisprudencia, cabe destacar la STS 11 de junio 2003 «de acuerdo con el art. 1802 del Código Civil, el de renta vitalicia es un contrato aleatorio, siendo incierto el tiempo durante el cual habrá de pagarse la renta; si en virtud de la desproporción existente entre las prestaciones de las partes desaparece para una de ellas ese requisito de la aleatoriedad, podrá llegarse a la declaración de nulidad del contrato, pero no por la existencia de dolo, sino por la inexistencia de causa, y siempre que no conste la existencia de un “*animus donandi*”; al no fundarse las acciones de anulabilidad ejercitadas en la falta de causa, esa pretendida desproporción de las prestaciones no puede ser considerada como integrante del dolo alegado.»

Por su parte, la STS, Sala 1ª, de 11 de julio 1997 (Rec. 2051/1993), establecía: «El contrato de renta vitalicia viene definido en el art. 1802 del Código Civil que destaca su carácter de contrato a título oneroso y aleatorio (lo que resalta, a su vez, las sentencias de 9 de febrero de 1990, 5 de junio de 1991 y 18 de enero de 1996) y las obligaciones de carácter personal, sin carácter real (como dice expresamente la sentencia de 8 de mayo de 1992) del pagador y del rentista: el primero tiene la esencial de pagar la renta durante la vida que se determine, que la normal es la del propio rentista y el segundo tiene la esencial de la entrega y transmisión dominical de un capital en bienes muebles o inmuebles, como dice literalmente dicho art. 1802 pero que se interpreta en un sentido amplio que comprende no sólo la transmisión del derecho de propiedad de cosa mueble o inmueble, sino también la de cualquier otro derecho real que no sea el de propiedad o incluso un derecho personal; entenderlo así se corresponde a una interpretación progresiva del articulado de un más que centenario código, adaptándolo a la siempre cambiante realidad social (art 3.1 del Código Civil) y entenderlo de otra forma

sería admitir el contrato como atípico, en base al principio de autonomía de la voluntad (art 1255 del Código Civil) y aplicar por analogía las mismas normas del contrato de renta vitalicia».

De conformidad con el art. 1803 CC «puede constituirse la renta sobre la vida del que da el capital, sobre la de un tercero o sobre la de varias personas. También puede constituirse a favor de aquella o aquellas personas sobre cuya vida se otorga o a favor de otra u otras personas distintas», aunque con la limitación del art 1.804 por cuanto es nula «la renta constituida sobre la vida de una persona muerta a la fecha del otorgamiento, o que en el mismo tiempo se halle padeciendo una enfermedad que llegue a causar su muerte dentro de los veinte días siguientes a aquella fecha».

En cuanto a la persona cuya vida se contempla pueden ser varias personas físicas, no jurídicas aunque no puede reclamarse la renta sin justificar la existencia de la persona sobre cuya vida esté constituida.

Podrán coincidir en una misma persona la cualidad de quien entrega el capital (acreedor) como beneficiario de la pensión o renta y la persona sobre cuya vida se contempla. Aunque también podrá recaer sobre personas ajenas al contrato.

El objeto del contrato se integra por el capital sobre el que se constituye la renta, y la renta en sí, como pensión o rédito.

En cuanto al capital, como se deriva del art. 1802 CC se constituye en bienes muebles o inmuebles, cuyo dominio se le transfiere con la carga de la pensión. Son los que el rentista se obliga a transmitir al pagador, salvo que se trate de un contrato a favor de tercero. No sólo se transmite el dominio sino también cualquier derecho real sobre los mismos.

La renta es la cantidad que el pagador se obliga a satisfacer al rentista, una pensión o rédito según la dicción del art. 1802 CC, de ordinario consistirá en una cantidad de dinero, aunque también podrá ser en especie.

En cuanto a la formalización del contrato rige el principio de libertad de forma a los efectos de los arts. 1278 y ss. del CC, y se perfeccionará con el consentimiento (art. 1258 CC) según la tesis consensual, aunque para los autores que entienden que se trata de un contrato real, la perfección del mismo se producirá con la transmisión de los derechos sobre los bienes del rentista al pagador.

La principal obligación del acreedor o rentista es la transmisión al deudor o pagador de los bienes muebles o inmuebles y, de igual modo, los derechos con la carga de la pensión, como se deriva del art. 1802 del CC.

Esta obligación conlleva no sólo la entrega, sino también el saneamiento por evicción o vicios ocultos, por lo que se aplicará la normativa de la compraventa.

Como derecho fundamental se configura el de percibir la renta, en el tiempo y con la duración de la vida contemplada, con las particularidades del art. 1806 CC «la renta correspondiente al año en que muere el que la disfruta, se pagará en proporción a los días que hubiese vivido; si debía satisfacerse por plazos anticipados, se pagará el importe total del plazo que durante su vida hubiese empezado a correr», el art. 1808 CC añade «no puede reclamarse la renta sin justificar la existencia de la persona sobre cuya vida esté constituida», y la nulidad prevista en el art. 1804 CC ya examinado.

Si por el rentista no se percibiera la misma, el deudor o pagador incumple la obligación por lo que el rentista podrá exigir el cumplimiento y el aseguramiento de las futuras, a los efectos del art. 1805 CC, ya examinado.

El derecho personal a percibir la renta puede ser asegurado por medio de fianza, prenda o hipoteca así los arts. 157 de la Ley Hipotecaria y art. 248 de su Reglamento regulan la hipoteca a favor de rentas o prestaciones periódicas.

La obligación del deudor o pagador es la de efectuar el pago de la renta en los términos convenidos (art. 1802 CC), obligación que se mantendrá mientras exista la persona cuya vida se ha contemplado, con la particularidad del art. 1806 CC, ya examinado.

El derecho del pagador o deudor se centra en recibir los bienes (muebles e inmuebles) y derechos sobre los mismos que le debe de transmitir el rentista o el otro contratante, si es un contrato a favor de tercero y el rentista es ese tercero. Si no se le transmitieran, podrá resolver el contrato a los efectos del art. 1124 CC.

Además de las causas generales de extinción de todos los contratos, la causa típica de extinción del contrato de renta vitalicia es la desaparición de la persona cuya vida ha sido contemplada en el momento de constituirse, tanto si es el pensionista o rentista como si se trata de un tercero ajeno a la relación contractual; como hemos visto, podrán ser varias las personas físicas cuya vida ha sido contemplada, aunque todas ellas han de estar vivas en el momento de perfeccionarse el contrato.

V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

De la lectura de estas líneas se puede obtener rápidamente una conclusión y es la constatación de la fragmentación normativa de la que adolece nuestro ordenamiento una vez más.

No ha sido posible encontrar una regulación homogénea de las distintas figuras examinadas y no hay ninguna razón que lo justifique al igual que tampoco hay ninguna razón que justifique que muchas CCAA no lo hayan regulado y tampoco se puede entender por qué en unas comunidades una vivienda tutelada tiene una capacidad inferior a 5 plazas, caso de Canarias; en otras tiene que

ser inferior a 14, como en el País Vasco; y en Castilla La Mancha un mínimo de 5 y un máximo de 10. No parece que esto, al igual que ocurre con otras materias, tenga mucho sentido establecer estas diferencias por CCAA.

Y de tener justificación y fuese probado que determinadas diferencias redundan en un aumento del bienestar y de la calidad de vida de nuestros mayores, lo que debería realizarse es una comunicación legislativa y homogeneizar todas las regulaciones en el sentido de la más favorable.

Por último, también quiero destacar la figura de los hogares asistidos. Desde mi punto de vista esta figura es la que dará más calidad de vida al sector poblacional que viene y/o que sería deseable que viniese, mayores con energía, activos con actividades, sería deseable que se promoviesen este tipo de hogares, pues serían considerados sus propios hogares a la vez que contarían con los medios para que, sin ser dependientes, pudiesen disfrutar de todo.

VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA

COMUNIDAD DE MADRID, «Programa de acogimiento familiar para personas mayores», disponible en: <https://www.comunidad.madrid/servicios/asuntos-sociales/programa-acogimiento-familiar-personas-mayores> [último acceso: 10 de mayo de 2020]

NORES TORRES, L. E., «Servicios (IV): el servicio de atención residencial», en ROQUETA BUJ, R. (Coord), *La situación de dependencia: régimen jurídico aplicable tras el desarrollo reglamentario, estatal y autonómico, de la Ley de Dependencia*, Tirant lo Blanch, 2009, págs. 447-475

VV.AA., *Residencias y alojamientos alternativos para personas mayores en situación de dependencia (Aspectos legales de la gestión, coordinación y acreditación en el SAAD de los servicios residenciales: Relevancia de los centros estatales de referencia y de la responsabilidad corporativa en la política social)*, LASARTE ÁLVAREZ y MORETÓN SANZ (Dirs.), LÓPEZ PELÁEZ y POUS DE LA FLOR (Coords), Colex, Madrid, 2010, 415 págs.

CAPÍTULO 8

RELACIONES FAMILIARES. LAS NUEVAS RELACIONES DE LAS PERSONAS MAYORES EN EL ÁMBITO FAMILIAR⁽¹⁾

Itziar Alkorta Idiakez

Profesora Titular de Derecho Civil, UPV/EHU

Maialen Aizpurua Esnaola

Abogada, Fundación Hurkoa

(1) Este capítulo fue redactado con anterioridad a la aprobación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. La Ley, que entra en vigor el 3 de septiembre 2021, ha reformado el procedimiento de modificación judicial de la capacidad de obrar y lo ha sustituido por los procesos sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad. Además, se da nueva regulación a figuras como la curatela, la guarda de hecho, y las medidas voluntarias. Las menciones a la reforma se han recogido en fase de corrección de pruebas, con un alcance muy limitado y a título informativo, por lo que se reducen a una mera descripción de los cambios más fundamentales. Queda para otro momento el estudio en profundidad de la reforma operada en el ordenamiento común en materia de discapacidad.

I. INTRODUCCIÓN

La regulación de los aspectos civiles de la vida de las personas tales como las relaciones entre los miembros de la familia, los alimentos entre parientes o la sucesión de los bienes de la persona, se encuentra recogida en el Código civil de 1889, que a pesar de haber sido reformado en numerosas ocasiones, continúa reflejando una sistemática y unos contenidos propios de otra época. La regulación de las relaciones de familia, con su corolario, el derecho de sucesiones y el deber de alimentos, tienen aún como base la familia nuclear compuesta por unos padres casados con hijos habidos dentro del matrimonio y una relación con los ascendientes de los que se heredaba a una edad temprana. Se trata de un modelo de familia decimonónico, que ha sido ampliamente sobrepasado por la realidad sociológica del siglo XXI.

Es un hecho conocido que las familias españolas han cambiado. La composición de la unidad familiar es cada vez más plural. Esta diversidad obedece a múltiples factores como el reconocimiento del matrimonio homosexual, el retraso en la edad de la maternidad, el aumento de los divorcios, la movilidad geográfica, el declinar de la institución matrimonial, y, sobre todo, la longevidad de las generaciones nacidas en la posguerra.

Por vez primera en la historia, las personas mayores alcanzan edades en las que no habían pensado los ordenamientos civiles aprobados en el siglo XIX. Hoy día es necesario articular respuestas a las necesidades que plantea la longevidad de los abuelos. A menudo resulta complicado para las personas mayores continuar con su vida autónoma. El apoyo que ofrecen los hijos no está siempre asegurado y en ocasiones se ven obligados a ingresar en residencias cuando tienen la capacidad de seguir viviendo autónomamente si contaran con un apoyo adecuado. Las decisiones en relación con sus bienes se complican porque los hijos, ya mayores, tienen otro tipo de necesidades e intereses. El deterioro cognitivo que amenaza a tantas personas mayores en la última etapa de su vida es difícil de gestionar en tanto que el derecho carece de un traje a medida que pueda adaptarse a las necesidades cambiantes de las personas que sufren este tipo de enfermedades. Las personas que alcanzan grandes edades suelen verse condicionadas en sus decisiones por un estado de fragilidad y de vulnerabilidad. En ocasiones, los divorcios de los hijos dificultan su relación con los nietos, y de pronto se ven privados de

las visitas y de la compañía de los niños que han ayudado a criar y educar. Estos y otros problemas relacionados con la vida familiar de las personas mayores son los que trataremos en este capítulo poniendo de relieve las necesidades que plantea la última etapa de la vida de las personas desde la perspectiva de sus relaciones familiares, tensiones que se generan en la actualidad entre las instituciones reguladas en el Código civil y que han sido resueltas en ordenamientos como el catalán o el aragonés con diferentes respuestas.

Es clara la necesidad de abordar una modificación legislativa de conjunto de las relaciones civiles contempladas en el derecho de familia que dé respuesta a estas nuevas necesidades con un modelo distinto. Parece evidente que el centro de atención debe ser la persona mayor y su proyecto vital, y, por ende, la organización, la toma de decisiones y los procesos asistenciales que lo acompañan. El respeto a su dignidad, a sus derechos, a sus preferencias y la búsqueda del bienestar personal constituyen los valores esenciales que deben guiar las reformas, tal como establece la Convención internacional de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, ratificado por España el 30 de marzo de 2007. Se trata en este nuevo paradigma de apoyar a la persona en la promoción de su autonomía a través de la realización de actividades cotidianas de la vida, en entornos que fomentan la toma de decisiones y permiten a las personas mayores seguir rigiendo su propia vida mediante los apoyos que sean necesarios. En este sentido, la familia y sus necesidades deben integrar la realidad de las personas mayores sin que este capítulo se viva como una carga o una responsabilidad excesiva. La red de relaciones e interacciones familiares de la persona mayor debe rediseñarse jurídicamente para atender a los retos señalados de potenciar su autonomía, alcanzando nuevos equilibrios en la vida de las familias. Otro tanto cabe decir de las reformas parciales de las instituciones tutelares que deberían optar más decididamente por un modelo de respeto a la autonomía de la persona mayor, que implica asignar un papel principal a su voluntad potenciando la toma de decisiones, así como el cuidado y la asistencia centrada en la persona.

II. LAS PERSONAS MAYORES COMO PERSONAS CUIDADORAS

2.1. La patria potestad prorrogada y rehabilitada

El art. 39.2 CE impone a los poderes públicos el deber de garantizar la protección integral de los hijos. Sin embargo, dicha protección cambia de naturaleza con la mayoría de edad o la emancipación de la prole. Esto es así en todos los casos salvo en aquellos en los que se prevea que los hijos, al llegar a la edad adulta seguirán siendo dependientes. Conforme al art. 201 del CC «Los progenitores podrán en testamento o documento público notarial designar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de

sus hijos menores» (conforme a la Ley 8/2021, de 2 de junio). Ante la realidad de que los hijos, por sufrir alguna enfermedad o discapacidad, sigan siendo dependientes de sus padres después de cumplir la mayoría de edad, necesitando por ello que los padres representen sus intereses y cuiden de ellos, los ordenamientos civiles prevén una figura denominada patria potestad prorrogada o rehabilitada, la cual a pesar de constituir un avance con respecto de la situación anterior de desamparo en el que podían quedar los hijos con capacidad modificada, también puede acarrear graves problemas cuando los padres alcancen una mayor edad. El futuro de los hijos que necesitan asistencia constituye para muchos padres una de sus grandes preocupaciones, y como veremos, la solución jurídica que ofrece el ordenamiento español para estos casos dista de ser satisfactoria.

La patria potestad prorrogada se encuentra recogida en el art. 171 del CC, donde se hace referencia a dos modalidades de esta figura, la *patria potestad prorrogada* propiamente dicha, y la *patria potestad rehabilitada*.

La primera de ellas hace referencia al hecho de prorrogar la patria potestad sobre el hijo o la hija menores de edad no emancipados, cuando este o esta hubiere sido incapacitado, llegando el juez a la convicción de que se mantendrá este estado al llegar a la mayoría de edad, bien durante el proceso de modificación de la capacidad en pieza separada, o después, en un procedimiento *ad hoc* por el que se solicita la declaración de prórroga. Se trata de anticiparse a la llegada de la mayoría de edad para evitar que la dilación en el procedimiento de provisión de una figura tutelar tenga como consecuencia un vacío en la protección de la persona cuya capacidad ha sido modificada.

El segundo supuesto está previsto para cuando se hace necesario modificar la capacidad del hijo o hija solteros que, siendo mayores de edad, siguen viviendo en casa de los padres. En ambos casos la intención de la norma consiste en proteger al hijo, previendo la necesidad de que continúe bajo la protección de los padres, evitando que se tenga que constituir una nueva tutela.

En cuanto a los requisitos exigibles a ambas modalidades de patria potestad especial, rehabilitada y prorrogada, son los siguientes: *la declaración de incapacidad judicial, que los padres no hayan sido privados ni suspendidos en el ejercicio de la patria potestad, y que su condición física, económica o mental, en el momento de la declaración no les impida cumplir con las obligaciones que esto implica.*

El único requisito específico de la patria potestad prorrogada, es la minoría de edad del sujeto cuya capacidad se modifica. La patria potestad rehabilitada por su parte, se puede constituir durante la mayoría de edad del hijo siempre que sea soltero y conviva con sus padres. En el caso de que el hijo o hija estuviera emancipado de hecho o de derecho, pero hubiere perdido tal condición por haber sido declarado incapaz, cabrá también la rehabilitación de la patria potestad al llegar aquél a la mayoría de edad.

A la vista de lo establecido en el art. 171, y siendo así que tanto la patria potestad prorrogada como la rehabilitada excluyen la tutela, el nombramiento de los padres como tutores solo podrá tener lugar en los casos en que fuera incapacitado *un hijo mayor de edad soltero que, no viviera con sus padres*⁽²⁾. También en el caso de no poder asumir los padres dicho cargo, se nombrará tutor o curador. Dicha función que suele recaer en algún familiar, normalmente los hermanos, o en el caso de que no haya familia cercana, se puede nombrar a una persona jurídica pública o privada, como las fundaciones tutelares.

En cuanto a su *régimen*, es muy parecido al de la propia patria potestad. El ejercicio corresponderá a ambos progenitores, y su contenido específico se fijará en la sentencia de incapacitación que declare la prórroga o rehabilitación de la patria potestad, siendo subsidiarias las normas que regulan esta figura. El Código prevé que en base al mismo título que se prorroga, los padres se sigan encargado de la guarda y custodia del incapacitado, su representación legal y la administración de sus bienes e intereses.

No obstante, la práctica de los Juzgados demuestra que no siempre se actúa de la misma forma. Algunos Juzgados rehabilitan la patria potestad del padre o de la madre, o de ambos sin más requisitos, otros en cambio prorrogan o rehabilitan la patria potestad imponiendo al mismo tiempo las obligaciones y cautelas exigidas al tutor, y otros nombran directamente tutor o curador a alguno o ambos progenitores aun cuando estos se estén haciendo cargo en su casa del hijo o hija cuya capacidad ha sido modificada.

La introducción de la patria potestad prorrogada o rehabilitada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, se vio en su día como un avance en materia de protección de las personas con capacidad modificada, ya que, como se ha dicho, de esta manera se evita constituir una tutela sobre el hijo mayor de edad. Sin embargo, hoy en día se suscita una problemática cada vez más frecuente, y es que a pesar de que los padres alcancen una avanzada edad, siguen ostentando la patria potestad sobre sus hijos mayores, pero ya no pueden cuidar de ellos de manera apropiada, ya sea por motivos de salud o por encontrarse en una situación mucho más débil, necesitando ellos mismos ser cuidados por otra persona. La experiencia demuestra que algunos padres, normalmente madres, ejercen esta función de forma muy prolongada, continuando amarradas al cuidado del hijo o hija mucho más allá del momento en que su entorno ha visto emanciparse residencialmente a sus vástagos, todo ello hasta el punto de poner en riesgo su propia salud, bienestar y proyecto vital. En algunas familias, los padres cuentan con el apoyo de otros hijos que comparten las obligaciones de carácter económico o patrimonial, pero no siempre se da el caso, conviviendo

(2) SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *Algunas reflexiones sobre la rehabilitación de la patria potestad*, Editorial LA LEY, Madrid, 2005.

los padres en muchas ocasiones con la persona incapacitada sin otros apoyos, con las dificultades que ello implica cuando se trata de la convivencia con una persona que padece alguna enfermedad mental (falta de conciencia de la enfermedad, poca adherencia al tratamiento que requiere supervisión constante, seguimiento en la toma de la medicación, etc.).

Según el art. 171 del CC la función parental prorrogada o rehabilitada se *extinguirá* en cuatro supuestos: la muerte o la declaración de fallecimiento de ambos padres o del hijo, la adopción del hijo, la cesación de incapacidad, o por haber contraído matrimonio el incapacitado⁽³⁾. En el CC no se recoge otra previsión que la muerte o declaración de fallecimiento de ambos padres, por lo que las familias no tienen oportunidad de pedir que se extinga debido a sus circunstancias, incluso dándose un caso extremo como el de que ellos mismos fueran incapacitados, resultando entonces necesario que el ejercicio de la patria potestad prorrogada sea delegado en otra persona o institución. Al suscitarse la imposibilidad de seguir proporcionando los cuidados después de muchos años ejerciendo la función, y al no haber causa de extinción legalmente contemplada, no queda claro qué se debe hacer, o cómo pasar a una tutela. El CC no contempla expresamente la *excusa* de la función, en línea con la prohibición de renuncia de los cargos tutelares. No obstante, los Juzgados suelen aprobar este tipo de solicitudes de cese de la patria potestad prorrogada o rehabilitada cuando se alegan graves dificultades de los progenitores para continuar en el cargo, nombrando entonces un nuevo tutor del entorno familiar o en su caso a una institución tutelar.

Como sostén de dicha práctica cabría pensar en una aplicación analógica del art. 251 del CC⁽⁴⁾, pero, sin duda, la solución más adecuada es la que proporciona el CCCat. En este sentido, el Libro dedicado a la familia en el CCCat, recoge una causa más de extinción de la patria potestad prorrogada o rehabilitada. La causa mencionada es la *solicitud de quienes ejerzan la patria potestad prorrogada*, aprobada judicialmente, si la situación personal y social de los padres, su avanzada edad, y el grado de deficiencia del hijo o hija incapaz impiden el adecuado cumplimiento de su función⁽⁵⁾. Esta previsión resulta totalmente adecuada para dar respuesta al problema anteriormente mencionado, ya que como hemos visto, muchas veces se da un cambio de circunstancias en los padres, ya sea por edad, salud, etc., en el que ya no son capaces de afrontar las obligaciones y decisiones que conlleva el cuidado de un hijo o hija con ca-

(3) BERROCAL LANZAROT, A. I., «La patria potestad prorrogada o rehabilitada», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 726, 2011, p. 2242 y ss.

(4) *Vid.* las excepciones contempladas en el art. 251 por el que será excusable el desempeño de la tutela cuando por razones de edad o enfermedad, entre otras, resulte excesivamente gravoso para el tutor.

(5) SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *Algunas reflexiones sobre la rehabilitación de la patria potestad*, Editorial LA LEY, Madrid, 2005.

pacidad modificada. Así, con esta previsión pueden dejar de ejercer la función y solicitar la declaración de tutela a favor de un familiar más joven o de una institución tutelar pública o privada.

Es notorio que ante la referida falta de previsión del CC, los padres quedan desprotegidos y carecen de un instrumento legal adecuado para poder protegerse tanto ellos como a sus hijos, de manera que resultaría adecuado introducir una opción como la catalana contemplando el cese de la patria potestad prorrogada, aliviando así la carga de los mayores que han cuidado de sus hijos discapacitados durante toda su vida; o que, entre tanto, los juzgados lo aplicaran mediante analogía con el art. 251 CC⁽⁶⁾.

2.2. El cuidado de los nietos

El papel de los abuelos en la familia, sobre todo respecto de los nietos, es cada vez más importante y notorio. Los abuelos han cobrado una importancia creciente en la educación y cuidado de los menores, muchas veces ocasionado por la necesidad de los hijos e hijas de atender a sus obligaciones profesionales, pero también por el deseo de ayudarlos cuando estos lo necesitan por motivos personales. Es un hecho constatado que el modelo de distribución de los cuidados de las personas mayores y de los menores en España se apoya sobre la red familiar y sobre todo en las mujeres, madres o abuelas, de forma mucho más intensiva que en otros sistemas foráneos, los cuales destinan más recursos públicos al cuidado de los hijos en aras de la conciliación familiar⁽⁷⁾.

(6) La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, elimina la incapitación y por tanto desaparecen tanto la tutela como la patria potestad prorrogada y rehabilitada. En el sentido apuntado en el comentario, la nueva Ley considera que estas dos figuras son inadecuadas para garantizar en los apoyos de las personas con discapacidad. Se pone en duda que los padres sean siempre las personas más adecuadas para fomentar la autonomía del hijo o hija adulto discapacitado. A esto, se le añade la problemática explicada en este apartado, en relación a la carga en la que se puede convertir la patria potestad prorrogada y rehabilitada cuando los padres se hacen mayores. Por lo tanto, con la nueva regulación, cuando el menor con discapacidad llegue a la mayoría de edad, se le prestarán los apoyos que necesite del mismo modo que a cualquier otro adulto. La Disposición Transitoria segunda prevé que quienes ostentan la patria potestad prorrogada o rehabilitada en la actualidad continuarán ejerciéndola hasta que se produzca la revisión judicial de las medidas que se hubieran establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, la cual deberá producirse en el plazo máximo de un año desde la solicitud de revisión. Véase, así mismo, la nueva redacción dada a los artículos 765 apartado 1º, 770 regla 4ª y 8ª, 771 apartado 2º, 775 apartado 1ª, 777 apartados 5, 8 y 10 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

(7) CABRÉ, A., «Reflexiones sobre los cambios demográficos recientes en relación a las políticas públicas dirigidas a las familias», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm.

Aun así, cuando se dan situaciones de crisis matrimonial de los hijos que impiden o dificultan el derecho a relacionarse con sus nietos pueden producirse situaciones de tensión entre los progenitores y los abuelos.

Desde el punto de vista del ordenamiento jurídico, las relaciones entre los abuelos y los nietos se encuadran en el ámbito de las relaciones familiares o privadas. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 8.1 de la Convención de Nueva York sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990,

«Los Estados Parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas». (art. 8.1)

La Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, en el primer pfo. de su EM establece que:

«Los abuelos desempeñan un papel fundamental de cohesión y transmisión de valores en la familia, que es el agente de solidaridad por excelencia de la sociedad civil. Los poderes públicos han de fomentar la protección integral del menor y la familia en cumplimiento del mandato constitucional del art. 39 de nuestra Carta Magna»

De los antecedentes de las normas mencionadas se desprende que, aun cuando la relación prioritaria sea la «paternofilial», debe prestarse una especial atención a la relación abuelos-nietos en interés del propio menor. De manera mayoritaria se considera un derecho que los abuelos puedan relacionarse con sus nietos, siendo un derecho que asiste tanto a los abuelos como a los propios nietos⁽⁸⁾.

A raíz de la citada reforma de 2003 las referencias a las relaciones de los abuelos con sus nietos se encuentran en el art. 160.2 y 94 (haciendo alusión al 160) del CC. En concreto, el art. 160 del CC declara que *no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados*.

En caso de que hubiera oposición por parte de los progenitores, será el juez quien, por petición del menor, hermanos, hermanas, abuelos, parientes o allegados, resuelva el caso atendiendo sus circunstancias concretas.

Extra-1, 2009 (Ejemplar dedicado a: Seminario «La seguridad social en la nueva situación social y económica: sostenibilidad, seguridad y confianza» Santander 2008), págs. 153-169.

(8) RIVERO HERNÁNDEZ, F., «La protección del derecho de visita por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Dimensión constitucional», *Derecho privado y Constitución*, vol. 20, 2006, págs. 331-380.

En cuanto al contenido de este *derecho de visita*, el CC se manifiesta con cierta amplitud ya que habla de «relaciones personales». El término «relación» expresa un contenido amplio, comprendiendo, p. ej., relación física, correspondencia, hablar por teléfono o internet, pernoctar en casa de los abuelos, etc. Es pacífica la opinión de que las «relaciones personales» del art. 160.2 comprenden los mismos contenidos que señala el art. 94 del mismo Código para los padres en los casos de separación, nulidad y divorcio. Aun así, es preciso señalar que se trata de un concepto indeterminado sujeto a interpretación por parte del Juez, por lo que su contenido se deberá precisar en cada caso⁽⁹⁾.

Existen dos *modos de establecer* el derecho de visita de los abuelos con respecto de sus nietos. Por un lado, se da la posibilidad de establecer la visita como una medida más integrada en un convenio regulador de mutuo acuerdo. En estos supuestos, los cónyuges o padres del niño están facultados para proponer un régimen de visitas *motu proprio*, y lo incluirán solo si lo consideran necesario. El juez lo aprobará siempre que no sea perjudicial para el menor y, además, se les dará audiencia a los abuelos para que presten su consentimiento. La otra opción es que los progenitores no hayan previsto ningún régimen de visita en el convenio regulador o que, estando previsto, no haya sido aprobado, o puede suceder también que la separación, nulidad o divorcio no haya sido de mutuo acuerdo resultando en un proceso contencioso. En estos casos, será el juez quien podrá adoptar como medida añadida en el convenio el régimen de relaciones personales del menor con sus abuelos si lo considera beneficioso para intereses de aquel. En este caso, también existirá una previa audiencia con los abuelos para que presten, si lo consideran conveniente, su consentimiento.

Como se ha indicado anteriormente, el art. 160 establece que solo podrán impedirse las relaciones personales entre los abuelos y nietos si existe *justa causa*. Sin embargo, en ningún momento determina el Código lo que debe entenderse por justa causa, por lo que ha sido la jurisprudencia quien ha ido delimitando dicho concepto jurídico indeterminado, interpretándose siempre a la luz del interés del menor. Uno de los factores más importantes consiste en comprobar si existe o no una *previa relación personal entre los abuelos y nietos*. Si esta no ha existido por falta de interés de los abuelos, no se suele conceder el régimen de visitas (STS, Sala 1.ª, 532/2018 de 27 de septiembre).

Constituye doctrina jurisprudencial consolidada que la mera existencia de *conflictos o desencuentros entre los padres y los abuelos* no debe impedir las

(9) BERROCAL LANZAROT, A. I., «Derecho de visita de los abuelos. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de lo Civil, de 20 de octubre de 2011», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 730, 2012, págs. 1012-1028.

relaciones entre estos últimos y los nietos. Esto será así, siempre y cuando no se advierta que los abuelos ejercen una influencia negativa sobre el menor, suscitando en él sentimientos de animadversión hacia sus progenitores. Cabe resaltar que no se exige prueba de que se vaya a producir un perjuicio cierto al menor, siendo suficiente con que exista un *riesgo* para que ello ocurra, sobre todo cuando el peligro consiste en que los nietos se vean envueltos en un conflicto familiar grave entre abuelos y padres (STS, Sala 1.ª, 638/2019 de 25 de noviembre)⁽¹⁰⁾. A su vez hay que indicar, que, si las circunstancias del caso cambian, el juez podrá modular el contenido dictado respecto a la suspensión de dicho derecho de visita.

Por otra parte, no se considera como justa causa para impedir las relaciones el hecho de que estas sean mejores o peores para la salud psicológica de los padres. En cambio, se consideran como justa causa las *enfermedades o desequilibrios psíquicos que sufran los abuelos* que puedan alterar emocionalmente el desarrollo de la personalidad del menor y si estas son fuente de tensiones con los padres (STS, Sala 1.ª, 581/2019 de 5 de noviembre). La Audiencia Provincial balear desestimó en una sentencia de 2018, la demanda de unos padres que, «egoístamente», querían imponer un régimen de visitas semanales entre su hija y la abuela, una anciana con esquizofrenia⁽¹¹⁾.

Por último, hay que tener en cuenta que el régimen de visitas y comunicación con los abuelos requerirá el *consentimiento* de estos, no pudiéndose imponer contra su voluntad.

En conclusión, cabe recordar que, según el ordenamiento civil español, los abuelos tienen derecho a relacionarse con sus nietos, considerándose esta relación beneficiosa para ambos, siempre y cuando ambas partes se muestren de acuerdo. Aun así, siempre ha de prevalecer el *interés superior del menor*, por lo que será necesario analizar las circunstancias concretas del caso y ver si existe alguna justa causa que obligue a rechazar dicha relación cuando se pruebe que es perjudicial para el nieto o la nieta.

(10) DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., «Relaciones personales entre abuelos y nietos: sobre la “justa causa” que permite impedir las», *IDIBE*, 2020.

(11) SAP Illes Balears, Sec. 4.ª, 395/2018 de 10 dic. 2018 (Rec. 422/2018). Para el tribunal quedó claro que no había nadie que impidiese la relación entre nieta y abuela, sino que era esta quien no quería verla. En su interrogatorio, la anciana fue contundente al afirmar que la niña era utilizada por sus padres para “sus fines propios”. La mujer, que tenía una esquizofrenia paranoide estabilizada, manifestó que quería mucho a la niña y que esta era muy sensible. Que “no quería verla en la residencia” y que nunca había discutido con ella. Sí con sus padres, con los que no tenía relación. La visita de la niña explicó, le causaría “nerviosismo”, no por la niña, sino por “la actuación de sus padres”. Le habían causado mucho dolor usando a la menor a su conveniencia, afirmó, y fue categórica al indicar que no quería ver a su yerno ni a su hija, a no ser que esta se pusiera en tratamiento psiquiátrico.

III. LAS PERSONAS MAYORES COMO PERSONAS CUIDADAS

El art. 50 de la CE atribuye a los poderes públicos la obligación de promover el bienestar de los mayores mediante un sistema de servicios sociales que atienda a las necesidades y a los problemas de la economía, la salud y demás ámbitos de la vida privada y pública de las personas mayores. Si no se les apoya debidamente, corren el riesgo de quedar desprotegidos en sus derechos⁽¹²⁾. Es una situación cada vez más frecuente, a medida que la longevidad aumenta en nuestra sociedad y crece, como se ha visto, el colectivo de personas mayores⁽¹³⁾.

3.1. Obligación de los hijos de cuidar a sus padres

El ordenamiento jurídico no indica si la responsabilidad en la respuesta a las necesidades vitales de las personas mayores debe cubrirse preferentemente mediante las ayudas públicas, o si el sistema de previsión público es subsidiario al civil, existiendo un debate en torno a ello. Según la doctrina civilística, el deber de alimentos previsto en el CC se activa cuando las instituciones sociales de protección no atiendan las necesidades de los ciudadanos o éstas resulten insuficientes⁽¹⁴⁾.

Dicha obligación de la familia se encuentra recogida en los arts. 142 y ss. del CC, bajo el título de «De los alimentos entre parientes». Según el art. 143, los descendientes tienen la obligación de *alimentos* respecto de sus ascendientes cuando éstos se encuentran en una situación de necesidad. Por alimentos se entiende todo aquello que sea indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica (art. 142 CC). La obligación de alimentos entre parientes, según el art. 1090 del CC, no se presume, por lo que será exigible solo en tanto que un precepto legal expresamente así lo determine⁽¹⁵⁾.

La obligación de alimentos es un deber natural de recíproco cuidado y se basa en tres presupuestos básicos: una situación de necesidad por parte del alimentista, la existencia de una relación de parentesco que motive la obligación de su prestación, y que el alimentante tenga capacidad económica para prestarlo.

(12) MONDEJAR PEÑA, M. I., «La obligación de alimentos entre parientes como medio privado de satisfacción de las necesidades ante los procesos de envejecimiento de la población española: análisis actual y tendencias de futuro», en LASARTE ÁLVAREZ (Dir.), *La protección de las personas mayores*, Tecnos, Madrid, 2007, pág. 329.

(13) ABELLÁN GARCÍA, A., AYALA GARCÍA, A., PUJOL RODRÍGUEZ, R. «Un perfil de las personas mayores en España, 2017. Indicadores estadísticos básicos», Madrid, *Informes de Envejecimiento en Red*, 2017, vol. 15, disponible en: <http://envejecimiento.csic.es/documentacion/estudiosyresultados/informes/enred-index.html>.

(14) LINACERO DE LA FUENTE, M., *Protección Jurídica de personas con discapacidad, menores desfavorecidos y personas mayores*, Universidad Complutense Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, 2013, pág. 219.

(15) ZURITA MARTÍN, I., *Protección civil de la ancianidad*, Dykinson S.L, Madrid, 2004, pág. 33.

La *situación de necesidad* a la que se refiere el art. 143 surge cuando los ascendientes, normalmente los padres, presenten dificultades para valerse por sí mismos tanto en el ámbito personal como en el patrimonial. La obligación de alimentos surge cuando la persona no es capaz de mantenerse por sí misma, teniendo que agotar previamente otras vías, patrimoniales o provenientes de rentas de trabajo, que existan para ello. El juez analizará cada situación y determinará si existe un estado de necesidad o no⁽¹⁶⁾.

El art. 143 del CC especifica además que quienes están *obligados* a prestarse recíprocamente alimentos son los cónyuges entre sí, los hijos o descendientes, ascendientes y hermanos. El término descendiente debe entenderse sin ningún tipo de limitación, englobando en él, a los hijos, nietos, biznietos, etc. En caso de que haya hijos, la obligación surge para ellos y se excluirá a los nietos, y así sucesivamente siguiendo el orden de reclamación establecido en el Código. Si hubiera más de un hijo obligado a prestar alimentos, no estarán obligados de manera solidaria, sino que se repartirá entre ellos en proporción a los medios económicos de cada uno. Por lo tanto, la obligación de alimentos es *mancomunada y divisible*, exceptuando los casos de urgente necesidad o casos especiales.

En cuanto a la *legitimación activa* para reclamarlos, al ser la obligación de alimentos un derecho personalísimo, solo el titular o su representante legal podrán exigirlos a los parientes obligados. Uno de los problemas más frecuentes consiste en que los padres mayores no suelen atreverse o no son capaces de ejercitar esta acción frente a sus propios hijos. Antes de enfrentarse a ellos prefieren seguir viviendo necesitadas. Por este motivo, es importante que existan mecanismos de protección adicionales tanto públicos como privados que permitan detectar este tipo de casos e interceder a favor de las personas necesitadas⁽¹⁷⁾.

La *cuantía* de los alimentos debidos será proporcional al caudal o a los medios de quien los presta, por lo que, dependiendo de la cuantía de dichos medios, la obligación puede variar. Si la fortuna de la alimentante mejora, la cuantía de los alimentos se incrementará de manera proporcional, y lo mismo ocurrirá con la disminución que sobrevenga en la fortuna, mermándose así la cuantía de los alimentos. Llegado el caso de que las disminuciones que experimenta el descendiente en su patrimonio le impidan subvenir a sus propias necesidades, la obligación de alimentos se reducirá proporcionalmente o en su caso, se extinguirá⁽¹⁸⁾.

(16) MONDÉJAR PEÑA, M. I., «La obligación de alimentos entre parientes como medio privado de satisfacción de las necesidades ante los procesos de envejecimiento de la población española: análisis actual y tendencias de futuro», en LASARTE ÁLVAREZ (Dir.), *La protección de las personas mayores*, Tecnos, Madrid, 2007, págs. 332-333.

(17) FUNDACIÓN HURKOA, *Informe del proyecto de fragilidad*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2018, pág. 68.

(18) ZURITA MARTÍN, I., *Protección civil de la ancianidad*, Dykinson S.L, Madrid, 2004, pág. 40.

El art. 148 del CC establece que la obligación de alimentos será exigible *desde que los necesitare* la persona para subsistir, pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda. En este sentido, cabe mencionar la STS 793/2017. En ella un hermano le reclama al otro el coste de una residencia para su madre que fue contratada antes de que ésta interpusiera una demanda de alimentos. El hermano se niega a pagar la parte reclamada alegando que no tiene obligación de pagar el coste anterior a la demanda, habiendo pagado lo que le correspondía una vez interpuesta la reclamación de alimentos. En su sentencia el Tribunal dicta que pese a la reiterada doctrina de que los alimentos no se deben con efectos retroactivos sino a partir de su reclamación, tampoco se puede solicitar la devolución de lo ya pagado a no ser que quepa la demanda de enriquecimiento injusto. Además, indica que el momento en que se interpone la reclamación fija el *dies ad quem* a partir del cual, si el deudor no paga, incumple la obligación impuesta por la ley de abonar las prestaciones alimenticias.

El art. 149 del CC prevé distintas *maneras de prestar* la obligación de alimentos. Por una parte, indica que se podrán satisfacer pagando una cantidad de dinero al alimentista para que este pueda cubrir sus necesidades, pero también se podrá elegir recibir y mantener al alimentista en casa del alimentante. Sin embargo, las alternativas recogidas en el art. 149 no se pueden interpretar de manera excluyente, porque cabe cumplir la obligación de alimentos de otras maneras diferentes. En general, la solución de acoger en casa al ascendiente necesitado suele ser económicamente menos gravosa. Aun así, esta opción puede acarrear diferentes problemas. Por un lado, para el ascendiente que vaya a ser acogido supone un cambio y un compromiso en su vida, pierde la vida privada, la libertad de residencia y su derecho a tomar las decisiones más elementales de la vida. Es frecuente que los hermanos se turnen en el acogimiento de los padres obligándolos a un cambio constante y frecuente cambio de domicilio. Dicha rotación puede resultar inadecuada, pues al ascendiente se le cambia de entorno social y modo de vida constantemente, sin lograr una estabilidad. Por otra parte, a los hijos también les puede suponer un cambio importante en su rutina, sobre todo cuando se tiene a cargo a la propia familia. De esta manera puede que surjan conflictos de convivencia o que el ascendiente no esté bien cuidado, incluso que la atención que se le dé no sea la adecuada por encontrarse en una situación de dependencia.

Es por ello por lo que algunos colectivos de personas mayores reivindican su derecho a permanecer en su propia casa, con sus hábitos y formas de vida, empeñando para ello su patrimonio personal, y que los hijos contribuyan económicamente para contratar aquellos servicios necesarios para el cuidado, o que pueden procurárselos en su propia casa. Existen varios programas a los que haremos alusión más tarde de apoyo residencial para personas mayores. Además, puede realizarse una combinación del cuidado por parte de la familia y por los servicios de atención domiciliaria, o contratar a una persona que les

atienda. De esta manera el ascendiente recibe lo que necesita manteniendo en cierto modo su independencia y su vida, si así lo desea. Cuando el ascendiente se encuentre en una situación de dependencia, necesitando mayores cuidados y atención, una opción ulterior puede ser la de internarlo en una residencia y así poder atenderlo de manera profesional.

3.2. El internamiento en una residencia para mayores

El *internamiento* en una residencia para mayores requiere el consentimiento del interesado. En el caso de que la persona no sea capaz de prestar consentimiento, su voluntad solo podrá ser sustituida por la autoridad judicial. Como excepción, el ordenamiento prevé el internamiento sin autorización en casos de necesidad urgente, pero incluso en estos casos, el responsable del centro en el que se ha internado a la persona mayor dispondrá de un plazo breve, de 24 horas, para notificarlo al juez, y este poder decidir, en las siguientes 72 horas, si lo mantiene o no. Además, será necesario que exista un informe médico que acredite la falta de capacidad para dar el consentimiento para que se dé un ingreso involuntario. La autorización judicial será necesaria si no se quiere incurrir en el delito de detención ilegal, ya que el internamiento involuntario de la persona supone una limitación a su derecho fundamental de libertad.

Así, en la STC 13/2016, el Tribunal recuerda que el *informe médico es indispensable* para poder acreditar un trastorno psíquico y la necesidad del tratamiento, teniendo que ser este objeto de diagnóstico clínico «sin que en ningún caso puedan considerarse como expresión de trastorno o enfermedad mental la discrepancia del afectado con los valores sociales, culturales, políticos o religiosos imperantes en la comunidad»⁽¹⁹⁾. Con relación a las *causas* de internamiento, la Sentencia declara que será necesario el informe médico, de manera que, si el progenitor simplemente lleva una vida menos ordenada de lo que quisieran sus familiares, pero no presenta problemas psiquiátricos, el internamiento no será posible y se deberán buscar otras alternativas. Por lo tanto, que la persona lleve una vida desordenada no se considera razón para privarle de libertad. En este sentido, el Tribunal considera que la mujer puede requerir ayuda de los asistentes sociales y no de un internamiento.

(19) En dicha sentencia se resuelve el caso de dos trabajadores del Samur Social al recibir una llamada acerca de una mujer en posible situación de riesgo se trasladan al domicilio de esta a realizarle una entrevista. La mujer de 72 años con síndrome de Diógenes presenta extrema delgadez y posible deterioro cognitivo. Se valora como situación de alto riesgo y se le trasladó de emergencia a una residencia geriátrica. La ratificación del juzgado se solicita tres días después.

Reiterada jurisprudencia⁽²⁰⁾ confirma que la ratificación del ingreso por parte de la autoridad judicial y el plazo previsto para ello son asimismo *elementos esenciales* para la validez del ingreso, ya que, si se sobrepasa el plazo, no hay posibilidad de regularizar la situación, teniendo que dejar en libertad a la persona, aun cuando se trate de una persona con un grado de dependencia muy alto⁽²¹⁾.

3.3. La asistencia emocional como parte del deber de alimentos

En los últimos años, se ha operado un cambio en el modelo de familia, donde ya no es habitual que las personas mayores sean cuidadas en casa, relegando los cuidados en otras entidades y personas. Las conductas de los hijos han cambiado, y cada vez es más frecuente ver comportamientos de falta de atención hacia los padres por parte de sus hijos, incluso actitudes agresivas o actos de abandono⁽²²⁾. Y es que, a menudo los padres mayores no tienen necesidades económicas, sino necesidad de apoyo en sus cuidados y en la organización de estos, como contratar auxiliares, pagar sus servicios, etc. Además, también necesitan ayuda en gestiones administrativas o económicas más o menos complejas como pueden ser las gestiones bancarias, las cuales tienden a ser online, teniendo que pagar una comisión en las presenciales. Los padres mayores necesitan atención, cariño, cuidado emocional por parte de sus allegados además de una pensión de dinero, aunque como es evidente, con esta última no se cubren las necesidades emocionales.

Ante esta situación se plantea la cuestión de si la obligación de alimentos se satisface con el pago de una pensión o del pago de servicios de asistencia que se le impongan al hijo, o la obligación de alimentos lleva aparejados otro tipo de compromiso y cuidados. Si nos atenemos a la literalidad de lo que dicta el CC, podría decirse que el contenido de la obligación de alimentos es puramente económico. Como hemos dicho, el artículo 149 del CC prevé como manera de prestar los alimentos el hecho de pagar una pensión que se fije, o recibir en casa al alimentista, por lo que se plantea si el contenido de la obligación de

(20) En la STC 34/2016, de 29 de febrero de 2016, se sigue el mismo camino y se establece que no se puede producir ningún internamiento sin la autorización judicial dada antes de que se produzca. Dictamina que no es posible regularizar un internamiento que haya durado meses, años, etc.

(21) Los nuevos arts. 756 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil regulan los procesos de provisión medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, los cuales son sucesivos a los expedientes de jurisdicción voluntaria, salvo en el caso de los internamientos no voluntarios por razón de trastorno psiquiátrico del art. 763 de la LECiv, que no han sido modificados por la reforma de la Ley 8/2021.

(22) MAGRO SERVET, Vicente, “El Código Civil ante la extinción de la obligación de alimentos y desheredación de padres a hijos por maltrato”, *Diario La Ley*, 2019, núm. 9466.

alimentos es puramente económica, o puede incluir dentro de ella un contenido emocional, que suponga algo más que pagar una pensión.

Incluso teniendo en cuenta que una de las opciones sería acoger al alimentante en casa, esta prestación podría considerarse económica ya que los hijos pueden mantener en casa al padre o a la madre sin procurarles ellos mismos los cuidados, sino pagar a otra persona para que los procure. Como se ha mencionado anteriormente, que el padre este en casa de los hijos no garantiza que este se encuentre bien cuidado, pudiendo darse situaciones de abandono igualmente. Es cierto que las necesidades de atención o de cariño también podrían quedar resueltas, ya sea por parte de las auxiliares o por parte del personal de la residencia, por lo que la obligación podría contener ambas. La cuestión fundamental sería delimitar, en caso de que la obligación de alimentos tuviera una parte emocional, si esa atención, ese cariño debe proceder directamente de los hijos para darse por cumplida o si en cambio puede proceder de otros sujetos.

Esta posibilidad se ha planteado en relación a la interpretación de las causas de desheredación del art. 853.2 del CC en torno a las que se ha generado una interesante jurisprudencia. El CC priva a los hijos y descendientes de sus derechos a legítima si concurre una justa causa de desheredación. El art. 853 CC manifiesta dos causas concretas, a saber, haber negado alimentos, sin motivo legítimo, al padre o ascendiente que le deshereda; haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra. Del art. 142 CC se puede deducir que para que la causa de *desheredación* prospere no es necesario la existencia de resolución judicial, sino que basta que se pueda demostrar la certeza de la petición de alimentos por parte del que deshereda y la negativa a la prestación, sin motivo justificado, por parte del desheredado⁽²³⁾. La doctrina del TS entiende que para adquirir derecho a su legítima el legitimario debe cumplir no sólo con lo

(23) Además de las causas de desheredación el Código contempla causas de *indignidad* para suceder dispuestas en el CC (art. 756 CC apdos. 5 y 6) se refieren a las manipulaciones de la voluntad del testador, tanto en el sentido de obligar al testador a otorgar testamento o a modificarlo bajo amenaza, fraude o violencia, como en el de impedir, por los mismos medios, hacer o modificar el testamento al testador. La manipulación de la libre voluntad del testador presenta el inconveniente de que es difícil probarla. La jurisprudencia establece distintas pautas como la edad y la condición física del testador. Reviste mayor gravedad el mismo acto ejercido contra una persona mayor que se encuentre en una situación de fragilidad. El CCCat califica de indigno al que, conociendo los hechos, saque beneficio de ellos La STSJ Cataluña, Sala de lo Civil, 15/2010 de 8 de abril, trata sobre la intimidación a una testadora que un periodo de 11 años había otorgado distintos testamentos a favor de sus dos hijos. La apreciación de la Sala es que: "Todos los indicios existentes fluyen en una misma dirección y existe el enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano para deducir la poderosa presión que hubo de ejercer la hija cuidadora para influir en el ánimo de la madre, siendo fácil colegir que las coacciones fuesen del tipo moral o

dispuesto en los preceptos civiles relativos a alimentos, sino que también ha de cumplir con sus obligaciones morales que le impone el actual sentir social en relación con las personas mayores.

La STS de 3 de junio de 2014 y la de 30 de enero de 2015 incluyeron el maltrato psicológico dentro del maltrato de obra, constituyendo esta una causa de desheredación⁽²⁴⁾. El tribunal considera que el menosprecio y el abandono familiar del hijo hacia su padre constituye maltrato psicológico pudiendo en estos casos desheredar válidamente a pesar de haber subvenido económicamente a las necesidades del alimentista. Sin embargo, la STS de 13 de febrero de 2019, a pesar de seguir incluyendo el maltrato psicológico dentro del maltrato de obra, no considera la ausencia de relación familiar un supuesto integrante de dicho tipo jurídico. Esta sentencia hace una interpretación más flexible de las causas de desheredación, acepta por primera vez como causa de extinción de la pensión de alimentos la falta de relación manifiesta con el progenitor si esta es exclusivamente imputable al hijo mayor de edad. Se observa que la jurisprudencia está intentando adecuar la norma a la nueva realidad social y aparejar consecuencias jurídicas a las nuevas actitudes de los descendientes que se desentienden de ellos.

Si la falta de relación entre padres e hijos puede llegar a suponer algo tan trascendente como la desheredación, cabría plantearse si realmente se está cumpliendo la obligación de alimentos en el mismo supuesto. A su vez, si la falta de relación entre el progenitor e hijo supone la extinción de la obligación de alimentos hacia el hijo, cabría preguntarse si dicha falta de relación no debería suponer también una forma de incumplimiento de la obligación de alimentos para con el progenitor desatendido⁽²⁵⁾.

Ante la situación de abandono de los padres mayores, es clara la necesidad de una reforma que dé respuesta a las nuevas relaciones y situaciones familiares, ya que actualmente existe una laguna legal en cuanto al contenido y manera de provisión de dicha obligación que va tomando forma mediante la práctica judicial pero que adolece de grandes lagunas como el contenido concreto y las medidas de control para garantizar que realmente esta se cumple.

psicológico aprovechándose de la debilidad física de la causante que se hallaba postrada en un hospital".

(24) La STS, Sala 1.ª, 258/2014 de 3 de junio, considera el abandono de los padres aun cuando se les proporcione alimentos, como justa causa de desheredación.

(25) MAGRO SERVET, Vicente, "El Código Civil ante la extinción de la obligación de alimentos y desheredación de padres a hijos por maltrato", *Diario La Ley*, 2019, núm. 9466.

IV. LAS PERSONAS MAYORES EN SITUACIÓN DE FRAGILIDAD: AUSENCIA DE RELACIONES FAMILIARES

Hasta aquí hemos tratado de la obligación de subvenir a las necesidades materiales y morales de los padres mayores, pero además de los alimentos, gran parte de las personas mayores requieren asistencia en la toma de decisiones, ya que a edades avanzadas la probabilidad de encontrarse en una situación de fragilidad es cada vez más elevada. La fragilidad es un concepto de origen médico referido inicialmente a una condición física y psicológica que aparece como consecuencia de ciertas circunstancias vitales, las cuales afloran, sobre todo, en las personas de edad avanzada. Esta condición, cada vez más frecuente, plantea la necesidad de crear un nuevo sistema de protección y asistencia a estas personas que sin carecer de capacidad, requieren no obstante de un refuerzo a la hora de la toma de decisiones de la vida cotidiana.

4.1. Un concepto emergente

Comenzaremos por definir el propio concepto de fragilidad que irrumpió en la literatura médica en los años 80. En su acepción gerontológica más amplia y aceptada ha llegado a definirse como «peligro de romperse, propensión a enfermar y pérdida de fuerza y resistencia»⁽²⁶⁾. Puede observarse que se hace hincapié en los aspectos físicos, en los aspectos relacionados con la salud. Estas condiciones físicas y psicológicas, como son la pérdida de capacidad para mantener la independencia y el riesgo de derivar en una situación de dependencia⁽²⁷⁾. En ese sentido se puede concluir que la fragilidad puede considerarse, si no se atiende adecuadamente, como la antesala de la dependencia.

La OMS define el término como sigue:

«La fragilidad es un decrecimiento progresivo del sistema fisiológico, relacionado con la edad y producido por el descenso de las reservas de las capacidades intrínsecas, creando una vulnerabilidad a los factores estresores y aumentando así el peligro de sufrir graves consecuencias en la salud»⁽²⁸⁾.

Desde el punto de vista psicosocial también se consideran otros elementos que contribuyen a la condición de fragilidad como, p. ej., si la persona vive sola, si tiene ingresos económicos bajos, si tiene más de 80 años, etc. La fra-

(26) JÁUREGUI, José R, RUBIN, Romina K., «Fragilidad en el adulto mayor», *Revista del Hospital Italiano de Buenos Aires*, 32, 2012.

(27) AA VV, «Frailty in older adults: evidence for a phenotype», *The Journals of Gerontology. Series A, Biological Sciences and Medical Sciences*, vol. 56, núm. 3, 2001, págs. 146-156.

(28) ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS), *World Report on Ageing and Health* 2015. https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/186463/9789240694811_eng.pdf?sequence=1

gilidad surge, sobre todo en personas que carecen de entorno familiar o cuidador, la soledad provoca en ellas situaciones de desprotección, exclusión, falta de seguridad y de funcionalidad y finalmente, incapacidad⁽²⁹⁾. Según BROCKLEHURST, el primer autor que tuvo en cuenta los factores sociales a la hora de definir la fragilidad, se trata de un equilibrio desigual entre la condición de la persona y los mecanismos sociales y sanitarios de los que dispone en función del sistema en el que se inserta⁽³⁰⁾. La mayor o menor atención y apoyo que la persona puede recibir de los servicios sanitarios y sociales condiciona su situación de dependencia. En sistemas sanitarios en los que no se tenga en cuenta el aspecto psicosocial, las personas de edad corren el riesgo de ser internadas en un centro o incluso pueden estar abocadas a la muerte, por lo que este autor considera que debe existir un equilibrio entre los mecanismos sociales y sanitarios.

De lo expuesto se puede concluir que todas las definiciones guardan aspectos comunes, como son, la pérdida de la capacidad para mantener la autonomía y el peligro de derivar hacia una situación de dependencia, aumentando así la vulnerabilidad de la persona. Se trata, en definitiva, de una condición médica y social que limita la posibilidad por parte del que la padece de dar una respuesta adecuada a las necesidades y problemas de la vida diaria. En la práctica, esta situación supone que un número creciente de personas mayores viven en la precariedad, en contextos marginales o en la exclusión. Tienen falta de atención y carecen de interlocutores debido a su limitada red social, ya sea por haber perdido a familiares o sea por vivir en comunidades mayormente compuestas por personas mayores. Al sufrir un debilitamiento de sus capacidades cognitivas y funcionales, necesitan asistencia a la hora de realizar ciertas actividades, cosa que no piden ya que la mayoría de las veces no saben a qué medidas tienen acceso o piensan que no son adecuadas para ellos. La brecha tecnológica acentúa la marginación ya que cada vez son más numerosos los servicios que se prestan a través de Internet sin otra alternativa presencial⁽³¹⁾. Por ello, es importante detectar, valorar, atender y seguir a las personas en esta situación ayudándoles a mejorar su vida⁽³²⁾.

(29) BROWN, I., RENWICK, R., RAPHAEL, D., «Frailty, constructing a common meaning, definition, and conceptual framework», *International Journal Rehabilitation Research*, 1995, pág. 93.

(30) BROCKLEHURST, J., *Brocklehurst's Textbook of Geriatric Medicine and Gerontology*, Churchill Livingstone, Edinburgh, 1985, págs. 982-995.

(31) ALKORTA, I., «La protección del derecho a la autodeterminación informativa de los mayores en entornos conectados», Itziar Alkorta Idiakez (Dir.) *Soluciones tecnológicas para los problemas ligados al envejecimiento: Cuestiones éticas y jurídicas*, Dykinson, 2020, págs. 11 a 53.

(32) FUNDACIÓN HURKOA, *Informe del proyecto de fragilidad*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2018, pág. 18.

4.2. Las personas mayores solas: la asistencia por parte de entidades especializadas

En las últimas décadas, las AAPP competentes han puesto en marcha programas públicos de asistencia social que pretenden prevenir y, llegado el caso, paliar el problema de las personas frágiles que carecen de una red de apoyo familiar. Además de estos programas, existen también redes de iniciativa social organizadas en torno a fundaciones y otras asociaciones de carácter privado cuya misión es apoyar a personas mayores en situación de necesidad.

Hay que partir de la base de que la persona mayor tiene derecho a decidir lo que quiere hacer en cada momento. Muchas personas mayores se niegan a recibir instrucciones o ayuda material en relación a su estilo de vida. Ejemplo de ello puede ser que la persona deje de medicarse adecuadamente o que exista un descontrol en la gestión de su patrimonio. También puede darse el caso de que, desde el entorno familiar, aprovechándose de la situación vulnerable de la persona mayor se intente abusar de ella o incluso llegar a maltratarla. Ocurriría lo mismo con los casos en los que se considere que la persona mayor estaría mejor internada en algún centro. Como se ha visto más arriba, el internamiento solo puede ser voluntario, mientras no exista una situación de urgente necesidad.

Uno de los problemas recurrentes es que las organizaciones tutelares sin ánimo de lucro que prestan asistencia a las personas frágiles carecen de legitimidad para intervenir cuando se trata de prestar los apoyos adecuados y proporcionales a la situación de necesidad de la persona mayor no incapacitada. En estos casos, los profesionales al querer procurar los cuidados requeridos o ayudar en la toma de decisiones —en ocasiones defendiendo a las personas frágiles de la amenaza que puede suponer su entorno más cercano— se encuentran en la tesitura de que su actuación puede ser contestada. Puede darse el problema de que la familia que ha abandonado a la persona mayor, se oponga también a que los profesionales intervengan. Actualmente, como se verá más adelante, la solución a este déficit de legitimidad de la intervención de los profesionales aboca a un procedimiento de incapacitación o como mínimo a una intervención judicial. La única manera de actuar en favor de la persona mayor fragilizada que se niega a ser asistida es incapacitándola, y convirtiendo a esos profesionales en tutores o curadores. Pero esta no es la solución adecuada, porque a menudo las personas mayores en condiciones de fragilidad no están en situación de incapacitación; no necesitan un sustituto para todo, solo refuerzo o asistencia en ciertas áreas. Tampoco la intervención judicial puntual es la respuesta, ya que, p. ej., si se solicita un internamiento involuntario de una persona con el objetivo de protegerla, el juez puede poner en duda la legitimidad de esos profesionales para formular la demanda. Lo mismo ocurriría en el caso de querer asistir a la persona en la administración ordinaria de sus bienes. Mientras no esté incapacitada, la persona puede gestionar su patrimonio de la manera que decida y de

nuevo los profesionales no tienen en principio legitimidad para intervenir. Además, hoy en día las precauciones y controles de los terceros, en especial, bancos y cajas de ahorro con relación a las gestiones por representación o mandato son cada vez más rígidas y severas, de manera que un banco no va a admitir que un tercero se presente a realizar gestiones de un cliente sin que acredite la legitimación. P. ej., puede suceder que la persona necesite abrir una cuenta bancaria para domiciliar ciertos pagos, pero que esta persona se niega a salir de su casa. Sin capacidad suficiente el banco no va a permitir a un tercero que lo haga sin ningún documento acreditativo. Sería por tanto conveniente que las personas mayores contaran con apoyos estables, sin necesidad de incapacitarlas, también por parte de las personas jurídicas que prestan asistencia en materia de administración ordinaria de sus bienes con supervisión judicial.

De esta manera, se podría mantener a la persona mayor activa en la toma de decisiones, sin llegar a sustituirla judicialmente por temor a que las decisiones tomadas con asistencia sean contestadas. Mientras siga existiendo este vacío, los profesionales que prestan asistencia a las personas mayores solas seguirán teniendo dificultades a la hora de intervenir y se colocará a la institución prestadora de apoyo en la tesitura de tener que decidir entre acudir a un procedimiento de incapacitación o la desprotección de la persona, por lo que resulta realmente necesario regular esta etapa de manera que los profesionales tengan legitimidad para asistir a las personas y ayudarlas con el único objetivo de potenciar su autonomía y de protegerlas, sin perjuicio de la necesaria supervisión judicial para los actos que lo requieran⁽³³⁾.

(33) La Ley 8/2021 introduce un nuevo Título XI en el Código civil, rubricado "De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica". Según el nuevo art. 250 la función de las medidas de apoyo consistirá en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias. En dicho título se regula la posibilidad de que las personas o entidades que vienen prestando asistencia de hecho estén legitimadas para seguir prestandolo a través de la figura del guardador de hecho, el cual podrá prestar apoyo válidamente a la persona mayor incluso si existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial, siempre que estas no se estén aplicando eficazmente (art. 263 Cc). No será necesaria la autorización judicial cuando el guardador de hecho solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar. Solo las actuaciones que requieran sustitución del guardador de hecho requerirán a partir de la reforma autorización judicial para actuar como representante (art. 264 Cc), en especial, para consentir los actos y negocios jurídicos enumerados en el art. 287. No obstante, el nuevo artículo 250 *in fine* advierte que no podrán ejercer ninguna de las medidas de apoyo quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo.

4.3. La situación en el derecho común, necesidad de una reforma

El CC modernizó la tutela en profundidad, adaptándola a los derechos de la persona recogidos en la CE, a través de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código civil en materia de tutela, y desde entonces se han acometido sucesivas reformas parciales que, pese a la necesidad de cambio de paradigma operado por la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobado el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de Naciones Unidas, y ratificado por España el 30 de marzo de 2007, siguen manteniendo la figura de la incapacitación y no han afectado a la configuración inicial de la tutela tal como se concibió en la ley de 1983.

Ante esta nueva realidad que plantea la fragilidad, cada vez más frecuente debido a la mayor longevidad de la población, muchas voces se han pronunciado a favor de una modificación de nuestro ordenamiento que contemple la asistencia como figura específica para el acompañamiento de las personas mayores, que se adecue al espíritu de la Convención suscrita por España en el que se prescinde de la incapacitación para pasar a un modelo en el que se potencia la autonomía de las personas mayores, a través de los apoyos que en cada situación y circunstancia requieran⁽³⁴⁾. Las medidas jurídicas de las que disponemos están enfocadas a la incapacitación, a la sustitución de la voluntad de la persona, siendo así que antes de llegar esta medida última, se pueden articular otro tipo de soluciones ya que esta etapa de la vida es cada vez más larga y variada en cuanto a las necesidades de las personas mayores⁽³⁵⁾. *De lege ferenda*, es pues preciso tener en cuenta que las personas mayores en situación de fragilidad se encuentran en una situación necesitada de apoyo pero no de sustitución sin que los mecanismos legales de los que actualmente dispone el derecho común responda a sus necesidades de apoyo para sobrellevar dicha etapa de la vida sin renunciar a su autonomía personal⁽³⁶⁾.

(34) SALAS MURILLO, S., (dir.), *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad*, Madrid, Dickyson, 2013.

(35) GARCÍA RUBIO, M. P., «Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil», *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3 (julio-septiembre), 2018, págs. 173-197.

(36) La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, elimina la incapacitación sustituyéndola por medidas voluntarias y legales de apoyo cuya función es asistir a la persona en el libre ejercicio de su voluntad y autodeterminación personal. Se prevén al efecto tres instituciones, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial. Además de estas tres figuras, la Ley recoge instituciones voluntarias que deben ser aplicadas de forma preferente, como la autocuratela, los poderes y mandatos preventivos. Por lo tanto, la figura de la tutela desaparece en el ámbito de las personas mayores de edad, siendo relegada a la protección de los menores. No obstante, en el caso de que se nece-

4.4. Las soluciones que aporta el derecho comparado

Con el fin de prestar apoyo a las personas en la última etapa de la vida, hace tiempo que algunos países adoptaron nuevas figuras legales, como es el caso de Alemania e Italia.

En Alemania, la reforma de la institución tutelar que siguió a la firma de la Convención de los Derechos de las Personas con Incapacidad de 13 de noviembre 2006 simplificó el elenco de figuras tutelares previamente existente para concentrar la protección debida en una sola figura: el curador legal (*Rechtliche Betreuung*), el cual será en principio el encargado de asistir la persona en aquellas áreas en las que lo necesite, manteniendo así la autonomía en todo lo demás. Se trata de una figura modulable y flexible, que ha de adaptarse a las necesidades de la persona en cada momento y situación. Esta asistencia a la carta debe ser aprobada y supervisada por el juez en un procedimiento de jurisdicción voluntaria.

En el caso de Italia, el ordenamiento mantiene la incapacitación para los casos de pérdida de la capacidad de obrar, pero se añade la figura de la asistencia o administración de apoyo (*Amministrazione di Sostengo*). Mediante esta figura se les da respuesta a aquellas personas que no estando en situación de ser incapacitadas, necesiten de un apoyo para poder realizar ciertos actos en su vida personal y patrimonial. Al igual que en la figura alemana, la asistencia afectará únicamente a aquellas áreas en las que la persona lo necesite⁽³⁷⁾. El juez competente será un juez especializado, que solo conocerá de estos temas.

Mediante estas dos figuras, se busca evitar una sustitución de la voluntad de la persona, limitándose el juez a apoyar y complementar el ejercicio de la capacidad de la persona que voluntariamente lo solicite, de manera que no pierda la capacidad que ya tiene y siga siendo autónoma en todo aquello que pueda. Son figuras que se han demostrado útiles para dar respuesta a las personas mayores en situación de fragilidad, y en ambos ordenamientos se contempla la posibilidad de que la asistencia derive en situaciones de mayor necesidad de intervención, hasta el punto de tener que llegar a una sustitución por representación legal de las personas de edad avanzada que carezcan de las competencias intelectuales para manifestar su voluntad, y aún en este caso, la representación deberá hacerse teniendo en cuenta las preferencias y estilo de vida que la persona manifestó en el pasado.

site una sustitución en la toma de decisiones esta puede proveerse a través de la curatela representativa (artículos 282 y ss. del Cc).

(37) BARRÓN ARNICHES, P., «La asistencia: una institución para la protección de las personas capaces en situación de vulnerabilidad: estudio comparativo con el modelo italiano», *Anuario de Derecho Civil*, 2013, núm. 4, págs. 1605-1663.

4.5. La regulación de la asistencia en los ordenamientos catalán y aragonés

A diferencia del CC, en Cataluña existe la figura de la asistencia, dirigida a las personas mayores que lo necesiten, debido a una reducción en sus capacidades físicas o psíquicas, para cuidar adecuadamente de su persona y bienes, según recoge el Preámbulo de la Ley 25/2010 del 29 de julio, mediante la que se reformó el Segundo Libro del CCCat, relativo a la familia y la persona. Además de la asistencia de nueva incorporación, el ordenamiento catalán mantiene, no obstante, las figuras de tutela, curatela y potestad parental prorrogada o rehabilitada.

Como presupuesto subjetivo, el CCCat prevé que la persona asistida debe ser aquella persona mayor de edad que no sea capaz de cuidar de sí misma o de su patrimonio de manera adecuada, «por sufrir una reducción en sus capacidades físicas o psíquicas que no posibiliten una incapacitación» (art. 263.1 CCCat).

El nombramiento de dicho asistente se hará mediante el procedimiento de jurisdicción voluntaria, ya que en ningún momento se modifica el estado civil de la persona. Aun así, la regulación de este aspecto es algo escueta, ya que la competencia de desarrollar las leyes procesales es estatal y esta figura solo se regula en Cataluña⁽³⁸⁾. Por otra parte, al contrario que en el ordenamiento italiano, el juez que decida no será uno especializado, sino que será el juez de primera instancia del domicilio de la persona solicitante. Este punto ha sido criticado, ya que supone que el juez tenga que llevar diversos asuntos civiles sin centrarse especialmente en estos, los cuales necesitan tiempo y dedicación para poder analizar la situación concreta de cada persona y establecer las medidas adecuadas.

En cuanto a la legitimación activa para solicitar la asistencia, solo la persona mayor la ostenta, nadie más puede incoar el procedimiento de nombrar un asistente, ni siquiera el juez de oficio. Si bien, con el objetivo de proteger a la persona, el MF tomará parte en el procedimiento. El juez sólo podrá rechazar la legitimación cuando la persona sea notablemente incapaz.

En su resolución, el juez nombrará un asistente y concretará el ámbito de sus funciones. En principio, con el objetivo de respetar la voluntad de la persona se designará como asistente aquella que la interesada o el interesado elija, siempre y cuando el juez considere que es adecuada. La asistencia será modificable y dependiendo de las circunstancias del momento se podrá ampliar o limitar. Se extinguirá, con la muerte de la persona, con la desaparición de las circunstancias que lo motivaron o con la incapacidad.

(38) BARRÓN ARNICHES, P., «La asistencia: una institución para la protección de las personas capaces en situación de vulnerabilidad: estudio comparativo con el modelo italiano», *Anuario de Derecho Civil*, 2013, núm. 4, pág. 1607.

A pesar de ser una figura adecuada para el fin que persigue, se trata de una figura poco utilizada. Quizá porque existe cierta indefinición en el caso de que, p. ej., la persona tenga dificultades a la hora de expresar su voluntad, ¿cómo se incoa en este caso el expediente que puede dar lugar al nombramiento de asistente?; por otra parte, se ha criticado que la alusión al contenido que debe recoger la sentencia sea genérica por lo que existiría el riesgo de que quede sin concretar el ejercicio de la asistencia; y, por último, los potenciales conflictos de competencia entre la legislación catalana y la común en asuntos como el RC⁽³⁹⁾. Es por ello por lo que hará falta que los tribunales vayan pronunciándose sobre estos temas y aclarando los extremos que requieren un desarrollo jurisprudencial⁽⁴⁰⁾.

(39) RIBOT IGUALADA, J., «L'assistència: abast i limitacions de la nova institució», en Institut de Dret privat europeu i comparat de la UdG (ed.), *Qüestions actuals del dret català de la persona i de la família*. Materials de les Dissetenes Jornades de Dret català a Tossa, Girona, Documenta, 2013, págs. 49-104. ARROYO AMAYUELAS, E., «Arts. 226-1, 226-3 CCCat», en Egea, J.– Ferrer, J.(dirs), *Comentaris al Llibre II del Codi civil de Catalunya*, Barcelona, Atelier, 2017, págs. 476-477, págs. 482-486; ARROYO AMAYUELAS, E., «El deterioro cognitivo en la vejez. Entre la vulnerabilidad y la discapacidad», *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 45, 2019, págs. 127-147.

(40) El DECRETO LEY 19/2021, de 31 de agosto, adapta el Código civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad. A partir de la entrada en vigor de la reforma estatal, los presupuestos de la tutela, la curatela y la potestad parental prorrogada o rehabilitada que regula el Código civil de Cataluña se eliminan y dejan de poder aplicarse en el futuro. Tal como expresa el preámbulo del Decreto ley, aunque el libro segundo del Código civil de Cataluña también incluye instituciones de apoyo que operan sin la necesidad de que la capacidad de la persona concernida esté modificada judicialmente —como los poderes en previsión de una situación de incapacidad, regulados en el artículo 222-2, o la asistencia, regulada en los artículos 226-1 a 226-7—. Sin embargo, en la práctica la mayoría de las medidas acordadas para las personas con discapacidad consisten en la potestad prorrogada o rehabilitada, en la tutela o en la curatela, que se acomodan a la concepción de la capacidad que mantenía la existencia de un proceso de modificación judicial de la capacidad. Por ello, mientras no culmine el proceso de adaptación del Código civil de Cataluña a la Convención de Nueva York con la aprobación, por parte del Parlament de Catalunya, de los textos legales que implanten un nuevo régimen y la caracterización de las instituciones de apoyo a las personas con discapacidad, urgía establecer un régimen transitorio que diera respuesta a las necesidades surgidas una vez abolida la modificación judicial de la capacidad y estructurada la respuesta procedimental al derecho de las personas al apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica. De lo contrario, los titulares de los derechos que resultan de la Convención de Nueva York deberían esperar hasta la conclusión del proceso de reforma, aunque la legislación estatal ya ha removido el principal obstáculo que se oponía a la implantación efectiva de la Convención. Además, en la práctica, se podría plantear la duda de qué medida solicitar para la persona que necesita apoyo en los nuevos procedimientos de provisión de medidas de apoyo que se emprendan en Cataluña, una vez que se ha hecho inviable seguir aplicando la tutela, la curatela o la potestad prorrogada o rehabilitada. Así pues, a partir de la entrada en vigor de la reforma de la legislación procesal operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, hay que

En Aragón, el título IX de la Ley 5/2019, de 21 de marzo, de derechos y garantías de las personas con discapacidad en Aragón, regula la protección jurídica de las personas con discapacidad, abordando cuestiones como la autonomía

establecer urgentemente un régimen legal adaptado a las premisas de la Convención de Nueva York y que sirva para dar respuesta a los nuevos procedimientos de provisión de apoyos que se emprendan a partir de ahora en Cataluña. El mismo régimen servirá también de referencia para revisar las medidas aplicadas a las personas que en la actualidad se encuentran sujetas a alguna de las instituciones tutelares reguladas por la legislación civil catalana. Si no se aprueba de manera inmediata una modificación legislativa, la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, generaría un vacío legal en Cataluña, porque suprime el procedimiento judicial de modificación de la capacidad. Cataluña dispone de una regulación civil propia en la materia, constitucionalmente protegida y actualmente vigente. Esta Ley estatal, con respecto a su contenido no procesal, de derecho civil sustantivo, no es de aplicación directa, ni tampoco de aplicación supletoria en Cataluña, de acuerdo con los artículos 111-2 y 111-5 del Código civil de Cataluña. La regulación civil catalana se vería fuertemente afectada por la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, si no se regulan los apoyos que se acomodan a la nueva concepción de la capacidad, vista la gran relevancia de las modificaciones de carácter procesal que esta norma contiene. En este sentido, la laguna legal podría comportar indefensión para las personas en situación de discapacidad mayores de edad que necesiten apoyos para ejercer la capacidad jurídica, a la vez que podría dar pie a varias interpretaciones jurídicas por parte de los distintos operadores jurídicos, lo que produciría situaciones excesivamente diferentes e incluso contradictorias y, en definitiva, incertidumbre y falta de seguridad jurídica. Por ello, sigue diciendo la Exposición de Motivos, la Generalitat de Catalunya, competente en derecho civil, tiene que llenar este vacío legal, hasta que no esté concluida la regulación definitiva. El nuevo régimen que establece este Decreto ley se fundamenta en la modificación de la actual institución de la asistencia, que a partir de ahora reemplazará en Cataluña las tutelas y curatelas, las potestades parentales prorrogadas y rehabilitadas y otros regímenes tutelares. La regulación vigente de la asistencia tenía que ser modificada ya que, a pesar de que parte de premisas coherentes con la Convención de Nueva York, su contenido es incompleto y no permite ofrecer a la ciudadanía un instrumento de apoyo flexible y que abarque la diversidad de situaciones en las que una persona con discapacidad puede requerir un apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica. La reforma introducida por este Decreto ley permite aplicarla con todo el abanico de facultades que la persona concernida pueda necesitar e incorpora como novedad que se puede designar a la persona que tiene que prestar la asistencia tanto por la vía judicial, como hasta ahora, como mediante el otorgamiento de una escritura pública notarial. Esta segunda vía permite avanzar hacia la efectiva desjudicialización de la vida de las personas con discapacidad y de sus familias, y descongestionar la actividad de los juzgados, sin perjuicio de las funciones de control y supervisión que en todo caso corresponden a la fiscalía y a la autoridad judicial. A partir de la entrada en vigor de este Decreto ley, por lo tanto, la tutela, la curatela y la potestad parental prorrogada o rehabilitada ya no se pueden constituir en relación a las personas mayores de edad. Se les aplicará, si procede, el régimen de la asistencia. Además, mientras no se produzca la futura reforma del conjunto de instituciones de protección de la persona, la tutela y la curatela se aplicarán sólo a las personas menores de edad, sin perjuicio de que el régimen legal del cargo de la tutela resulte aplicable supletoriamente a la asistencia en todo aquello que no se oponga al régimen propio de esta.

en la toma de decisiones, el interés personal, el apoyo en el proceso de toma de decisiones, los derechos y garantías de las personas con discapacidad usuarias de centros residenciales y centros de día, así como la especial protección de las personas con discapacidad en su condición de consumidoras. En concreto, el art. 61 de la citada ley se refiere al apoyo en el proceso de toma de decisiones. Según dicha norma la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón garantizará, coordinada con la autoridad judicial, las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de sus capacidades a través de entidades, públicas o privadas sin ánimo de lucro, que desempeñen acciones de apoyo en esta materia de acuerdo con lo previsto en el CC, así como en el Código del Derecho Foral de Aragón. La Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón podrá establecer mecanismos de colaboración con entidades tutelares en el ejercicio de las funciones tutelares encomendadas judicialmente. Estas entidades tutelares garantizarán el acercamiento a la persona y su entorno, procurando su inclusión social, así como la máxima recuperación posible de sus capacidades. Se garantiza la gratuidad del acceso a la protección jurídica y social que prestan las entidades tutelares. La aportación de las personas usuarias para retribuir los servicios de apoyo de las entidades tutelares se determinará judicialmente en los términos previstos por el CC y el Código del Derecho Foral de Aragón. Se asegura que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardas adecuadas y efectivas. Esas salvaguardas asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, de manera que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida. Las fundaciones tutelares no podrán tener vinculación alguna ni dependencia económica de las entidades que presten servicios a los tutelados, salvo que el juez lo autorice considerando las especiales circunstancias de cada caso⁽⁴¹⁾.

4.6. Autotutela, poderes preventivos y acuerdos de asistencia

Es cada vez más frecuente que la persona mayor, en previsión de una incapacitación futura, designe a una persona o varias como tutor, o indique qué personas no deben ser designadas. Además, mediante la autotutela, se dan instrucciones sobre las preferencias de la persona y su forma de vida así como sobre la administración del patrimonio, para el caso en el que el otorgante ya no pueda expresar su voluntad. La autotutela se introdujo en el CC mediante

(41) A falta de una previsión específica que regule la forma en la que se aplicará la Ley 8/2021 en Aragón, puede entenderse que quedan automáticamente derogadas las previsiones relativas a la tutela, la curatela y la patria potestad prorrogada previstas en el ordenamiento aragonés.

la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, que contempló dicho instrumento en el art. 233. Como negocio jurídico, es de carácter unilateral, es decir, recoge una sola declaración de voluntad la cual no va dirigida a ninguna otra persona. Es un acto *inter vivos*, y sus efectos deben producirse en vida de la persona que lo haya realizado. En cuanto al elemento formal, la autotutela debe recogerse en documento público notarial, teniendo que comunicarse al RC⁽⁴²⁾.

Además de la autotutela, hay que mencionar también los *poderes de prevención*. Es sabido que el contrato de mandato terminaba por el fallecimiento o la pérdida de capacidad del poderdante. No obstante, la modificación del CC introducida por la Ley 41/2003 estableció las reglas que permiten alargar la vigencia del poder tras la pérdida de capacidad del poderdante, precisamente como instrumento preventivo que permite anticipar la voluntad del poderdante para la eventualidad de que sobrevenga dicha situación evitando así el vacío y el recurso prematuro a la incapacitación judicial. El poderdante debe tener capacidad suficiente para entender y querer dicho mandato en el momento de otorgarlo. La posibilidad de otorgar un poder para el caso de necesidad queda establecido en el inciso segundo del artículo 1732 del CC. El poder debe concretar las facultades que confiere el poderdante al apoderado, aunque también son válidos los poderes generales. De hecho, por regla general en estos poderes se confieren facultades de representación extensas que permitan al representante actuar en lugar del mandante, son perfectamente válidos los poderes preventivos en los que las facultades se limitan a ciertos actos o a ciertos bienes del poderdante. Además, debe definirse la forma en la que se apreciará la situación habilitante, es decir, el estar privado de la posibilidad de prestar su consentimiento y el momento en el que deba hacerse. Habitualmente se hace referencia también a que la incapacidad de manifestar la voluntad deberá acreditarse mediante certificado médico, pero podría establecerse cualquier otro requisito específico que garantice la apreciación de la situación de necesidad. Debe establecerse también específicamente la duración del poder, aunque cabe establecer que este durará hasta que desaparezca la situación que lo motivó. Este documento también habrá de recogerse en escritura pública ante notario, que le será notificado al RC⁽⁴³⁾.

El fin común de la autotutela y del poder o mandato preventivo es hacer respetar la voluntad de la persona. Aun así, dichos instrumentos requieren que se dé un supuesto de hecho en el que la persona no pueda expresar su voluntad,

(42) DURÁN RUIZ DE HUIDOBRO, A., *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, Editorial LA LEY, Madrid, 2011.

(43) SEDA HERMOSÍN, M. A., «El notario como actor fundamental en la protección de las personas vulnerables», en PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (Ed.), *La Encrucijada de la Incapacitación y la Discapacidad*, La Ley, Madrid, 2011, págs. 449-450.

quedando así en principio fuera del ámbito la etapa intermedia de fragilidad en la que la persona está necesitada de apoyos pero no requiere sustitución.

Para evitar el recurso prematuro a la incapacitación judicial se puede recurrir asimismo a otro instrumento de naturaleza convencional, cada vez más frecuente en el ámbito de las prestaciones privadas de asistencia, consistente en el *acuerdo de asistencia* entre la persona que lo necesite y un profesional que pueda procurarlo, como puede ser una fundación tutelar. El objetivo de dicho acuerdo es apoyar y proporcionar un seguimiento a aquellas personas que se encuentren en situación de fragilidad, defendiéndose sus derechos e intereses y siempre tomándose en cuenta cuáles son sus valores y deseos. Además de esto, se pretende mejorar las condiciones de vida de las personas en esta situación acompañándolos y apoyándolos con el objetivo de que mantengan su autonomía, planifiquen su última etapa de la vida según sus deseos y sobre todo prevenir que sean maltratados de cualquiera de las maneras.

El acuerdo pretende también ofrecer cobertura legal a los profesionales que procuran dicha asistencia, de esta manera cuentan con documento firmado voluntariamente por la persona que les legitima de alguna manera a realizar ciertas actividades o a dar un apoyo en la realización. Para poder realizar este acuerdo es importante que la persona que lo solicite cumpla con los requisitos y características de un programa de fragilidad suscrito por el propio centro asistencial, al cual se accedería mediante los servicios sociales que tengan contacto directo con las personas, de manera que diferentes agentes toman parte en dicho proceso.

Mientras no exista regulación que permita articular los apoyos necesarios para la asistencia de la persona mayor frágil, el acuerdo de asistencia puede dar respuesta a la situación de las personas mayores en situación de fragilidad siempre que dicho acuerdo se encuadre en un programa de tutela suscrito por la entidad que presta la asistencia.

En cuanto a la operativa, primeramente, además de recoger los datos de la persona que vaya a ser asistida, se deberá asegurar que cumple los requisitos del programa de fragilidad en el que esté adscrita, y para ello se describe su caso concreto con sus características y necesidades mostrando su encaje en el programa. Una vez definido el perfil de la persona se concretarán los servicios que se vayan a prestar a esa persona, que se encontrarán listados en el Anexo del acuerdo. Los servicios pueden incluir la declaración de la renta y relacionarse con las AAPP, firmas de contratos de alquiler o de trabajo, aceptar una herencia, prestar CI en caso de no poder hacerlo, etc.⁽⁴⁴⁾.

(44) PARRA LUCÁN, M.A., *La voluntad y el interés de las personas vulnerables. Modelos para la toma de decisión en asuntos personales*, Ramón Areces ed., Madrid, 2015.

Un aspecto relevante del acuerdo es la relación con la familia. La familia puede ser un factor que altere el funcionamiento del acuerdo por no estar de acuerdo con la figura, por considerar que no es válido, etc. Por ello, se informará a la familia de la existencia del acuerdo, siempre y cuando el asistido así lo quisiera.

Puede ocurrir, que respecto al acuerdo surgiera algún conflicto. Para la resolución deberá establecerse un mecanismo o designar una persona que resulte adecuada y ajena al acuerdo, pero que a su vez conozca su contenido y lo que supone, para que de esa manera pueda dar una respuesta informada.

En el caso de que la capacidad del asistido empeorara y el régimen recogido en el acuerdo no resulte adecuado, se suele derivar a dicha persona al procedimiento de incapacitación con el objetivo de procurar la protección necesaria⁽⁴⁵⁾.

4.7. La guarda de hecho como solución alternativa

La autotutela y los poderes preventivos, así como los acuerdos de asistencia ofrecen una solución adecuada a la mayor parte de los problemas planteados en relación al vacío y a la falta de legitimidad de los asistentes en el apoyo de la toma de decisiones relativas al otorgante. Pero en tanto dichos documentos preventivos se generalicen, las personas que están necesitadas de apoyos y carecen de instrumentos preventivos requieren otras soluciones alternativas a la incapacitación judicial, que en cualquier caso debería contemplarse como último recurso. Para evitar el vacío legal en estos casos, se ha solido recurrir a la *guarda de hecho* regulada en el artículo 303 del CC, para salvar determinadas situaciones en las que se requiere un complemento a la capacidad. A pesar de estar diseñada como una institución provisional para evitar el desamparo de las personas necesitadas de apoyo cuando no haya una figura tutelar voluntaria o judicialmente designada o como medida cautelar en tanto se produzca la decaída de la tutela, en cualquier caso, se trata de una institución que permite

(45) La Ley 8/2021 regula las medidas voluntarias de apoyo, entre las que se encuentran la autotutela y los poderes y mandatos preventivos (arts. 256 y ss.). Según la nueva Ley, cualquier persona mayor de edad o emancipada, previendo que en un futuro pueda tener dificultades para ejercer su capacidad jurídica, a través de escritura pública, puede prever medidas de apoyo para su persona y bienes patrimoniales, determinando dicho régimen de medidas y los poderes de la persona que los vaya a ejercer. A su vez, podrá establecer poderes preventivos o proponer el nombramiento de una persona como curador. La autoridad judicial podrá establecer medidas sustitutorias o complementarias de estas, solo en el caso que estas falten o no sean suficientes. La norma regula la autotutela en términos parecidos a la regulación anterior, reforzando la figura de los poderes preventivos cuya regulación es extensa y detallada. Con el reconocimiento pleno de ambas figuras, en vez de nombrar a un tutor en caso de incapacitación, el interesado podrá nombrar a una persona para que la apoye sin necesidad de recurrir al juez ni de incurrir necesariamente en situación de falta de capacidad, disponiendo además de mayor flexibilidad a la hora de diseñarlas.

complementar la capacidad de las personas mayores en situaciones de urgencia en las que es necesario adoptar decisiones relativas a la persona o al patrimonio del interesado. No obstante, se trata de una figura de contornos difusos, que carece de la seguridad jurídica necesaria que proporcionaría el nombramiento judicial, como ocurre en la asistencia catalana, y que tampoco proporciona la garantía de una rendición de cuentas obligatoria y una supervisión periódica por parte de la autoridad judicial⁽⁴⁶⁾.

Solo cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor, o de la persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo, y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas⁽⁴⁷⁾.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AA VV, «Frailty in older adults: evidence for a phenotype», *The Journals of Gerontology. Series A, Biological Sciences and Medical Sciences*, vol. 56, núm. 3, 2001, págs. 146-156.

AA VV, *Propuesta de Código civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Madrid, Tecnos, 2018.

ABELLÁN GARCÍA, A., AYALA GARCÍA, A., PUJOL RODRÍGUEZ, R. «Un perfil de las personas mayores en España, 2017. Indicadores estadísticos básicos», Madrid, *Informes de Envejecimiento en Red*, 2017, vol. 15, disponible en: <http://envejecimiento.csic.es/documentacion/estudiosyresultados/informes/enred-index.html>.

ALKORTA IDIAKEZ, I., “La protección del derecho a la autodeterminación informativa de los mayores en entornos conectados”, Itziar Alkorta Idiakez (Dir.) *Soluciones tecnológicas para los problemas ligados al envejecimiento: Cuestiones éticas y jurídicas*, Dykinson, 2020, págs. 11a 53.

(46) Véase al respecto LECIÑENA IBARRA, A., *La guarda de hecho de las personas mayores*, Zizur Menor, Thomson – Civitas, 2015.

(47) La Ley 8/2021 en sus artículos 263 y siguientes refuerza la figura de la guarda de hecho que se transforma en una institución jurídica de apoyo sustantiva y de pleno derecho cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad. La Exposición de Motivos de la Ley recuerda que la realidad demuestra en muchos supuestos que la persona con discapacidad está adecuadamente asistida por un guardador de hecho, generalmente un familiar, que no precisa de investidura judicial formal. Ahora bien, para los casos en los que se requiera que el guardador de hecho realice una actuación representativa, se prevé la necesidad de obtener autorización judicial ad hoc (art. 264 Cc).

- ARROYO AMAYUELAS, E., «El deterioro cognitivo en la vejez. Entre la vulnerabilidad y la discapacidad», *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 45, 2019.
- ARROYO AMAYUELAS, E., «Arts. 226-1, 226-3 CCCat», en Egea, J.– Ferrer, J.(dirs), *Comentaris al Llibre II del Codi civil de Catalunya*, Barcelona, Atelier, 2017, págs. 476-477
- ASUA GONZÁLEZ, C., «Testamento por comisario y ordenación por comisario en Bizkaia y Gipuzkoa», en *Tratado de Derecho de Sucesiones II (Código Civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco)*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), págs. 899-925
- BARRÓN ARNICHES, P., «La asistencia: una institución para la protección de las personas capaces en situación de vulnerabilidad: estudio comparativo con el modelo italiano», *Anuario de Derecho Civil*, 2013, núm. 4, págs. 1605-1663.
- BERROCAL LANZAROT, A. I., «Derecho de visita de los abuelos. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de lo Civil, de 20 de octubre de 2011», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 730, 2012, págs. 1012-1028.
- BERROCAL LANZAROT, A. I., «La patria potestad prorrogada o rehabilitada», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 726, 2011, págs. 2242-2278.
- BROCKLEHURST, J., *Brocklehurst's Textbook of Geriatric Medicine and Gerontology*, Churchill Livingstone, Edimburgo, 1985, págs. 982-995.
- BROWN, I., RENWICK, R., RAPHAEL, D., «Frailty, constructing a common meaning, definition, and conceptual framework», *Int J Rehabil Research*, 1995, págs. 93-102.
- CABRÉ, A., «Reflexiones sobre los cambios demográficos recientes en relación a las políticas públicas dirigidas a las familias», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. Extra-1, 2009 (Ejemplar dedicado a: Seminario «La seguridad social en la nueva situación social y económica: sostenibilidad, seguridad y confianza» Santander 2008), págs. 153-169.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., «Relaciones personales entre abuelos y nietos: sobre la “justa causa” que permite impedirlos», *IDIBE*, 2020.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J., «¿Qué reformas cabe esperar en el derecho de sucesiones del Código civil? (un ejercicio de prospectiva)», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 3, 2009, págs. 26-35.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J., (Dir.) BAYOD LÓPEZ JOSÉ, M. C., SERRANO GARCÍA, A. (Coord..) *Código del Derecho Foral de Aragón Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia*, Gobierno de Aragón. Disponible en: <https://estatuto.aragon.es/sites/default/files/derechoForalAragon.pdf>

- DURÁN RUIZ DE HUIDOBRO, A., *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, Editorial LA LEY, Madrid, 2011.
- FUNDACIÓN HURKOA, *Informe del proyecto de fragilidad*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2018.
- GALICIA AIZPURUA, G., «En torno a la revisión de las legítimas: casos vasco y estatal», *InDret*, 4/2017.
- GALICIA AIZPURUA, G., *Legítima y troncalidad. La sucesión forzosa en el Derecho de Bizkaia*, Madrid, Marcial Pons, 2002.
- GARCÍA RUBIO, M. P., «Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil», *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3 (julio-septiembre), 2018, págs. 173-197.
- GIL RODRÍGUEZ, J., «Instituciones y modelos en el Derecho civil vasco: cauces (comunes) y condicionantes familiares (específicos) en el Derecho sucesorio vasco», en *Nuevas orientaciones del Derecho civil en Europa* (Dir. PEREÑA VICENTE Y DELGADO MARTÍN), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) , págs. 891-906
- GIL RODRÍGUEZ, J., GALICIA, G., (Dir.), *Manual de Derecho civil Vasco. Atelier*, Barcelona, 2016
- JÁUREGUI, J. R., RUBIN, R. K., «Fragilidad en el adulto mayor», *Revista del Hospital Italiano de Buenos Aires*, vol. 32, 2012.
- LECIÑENA IBARRA, A., *La guarda de hecho de las personas mayores*, Zizur Menor, Thomson – Civitas, 2015
- LINACERO DE LA FUENTE, M., *Protección Jurídica de personas con discapacidad, menores desfavorecidos y personas mayores*, Universidad Complutense Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, 2013.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., «Avance de posición y rango del viudo y la pareja de hecho en la sucesión intestada vasca, fusión de tradición y cambio social en la Ley 5/2015 de Derecho Civil Vasco», *Jado: Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, Año 14, núm. 27, 2015-2016, págs. 185-299.
- MERINO Y HERNÁNDEZ, J. L., *Manual de Derecho sucesorio aragonés*, Revista Jurídica del Notariado, vol. 61, 2007.
- MONDÉJAR PEÑA, M. I., «La obligación de alimentos entre parientes como medio privado de satisfacción de las necesidades ante los procesos de envejecimiento de la población española: análisis actual y tendencias de futuro», en LASARTE ÁLVAREZ (Dir.), *La protección de las personas mayores*, Tecnos, Madrid, 2007.

- PARRA LUCÁN, M.A., *La voluntad y el interés de las personas vulnerables. Modelos para la toma de decisión en asuntos personales*, Ramón Areces ed., Madrid, 2015.
- RIBOT IGUALADA, J., «L'assistència: abast i limitacions de la nova institució», en Institut de Dret privat europeu i comparat de la UdG (ed.), *Qüestions actuals del dret català de la persona i de la família*. Materials de les Dissetenes Jornades de Dret català a Tossa, Girona, Documenta, 2013, págs. 49-104.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., «La protección del derecho de visita por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Dimensión constitucional», *Derecho privado y Constitución*, vol. 20, 2006, págs. 331-380.
- RUBIO TORRANO, E., ARCOS VIEIRA, M. L., *Comentarios al fuero nuevo 2020*. Compilación del derecho civil foral de Navarra, Aranzadi: Zizur, 2020.
- SALAS MURILLO, S., (dir.), *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad*, Madrid, Dickynson, 2013.
- SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *Algunas reflexiones sobre la rehabilitación de la patria potestad*, Editorial LA LEY, Madrid, 2005.
- SEDA HERMOSÍN, M. A., «El notario como actor fundamental en la protección de las personas vulnerables», en PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (Ed.), *La Encrucijada de la Incapacitación y la Discapacidad*, La Ley, Madrid, 2011, págs. 449-450.
- VAQUER I ALOY, A., BOSCH CAPDEVILA, E., DEL POZO CARRASCOSA, P., *Derecho civil de Cataluña: derecho de sucesiones*, Marcial Pons, 2013.
- VILLO TRAVE, C., *Retos y oportunidades del derecho de sucesiones*. Editorial Aranzadi, Zizur, 2019.
- ZURITA MARTÍN, I., *Protección civil de la ancianidad*, Dykinson S.L, Madrid, 2004.

CAPÍTULO 9

CONFLICTOS EN LAS RELACIONES FAMILIARES

M.^a Concepción Nicolás García

*Licenciada en Derecho. Fiscal
adscrita a la Fiscalía Especial contra la Corrupción
y la Criminalidad Organizada*

«La mayor enfermedad hoy día no es la lepra ni la tuberculosis sino más bien el sentirse no querido, no cuidado y abandonado por todos. El mayor mal es la falta de amor y caridad, la terrible indiferencia hacia nuestro vecino que vive al lado de la calle, asaltado por la explotación, corrupción, pobreza y enfermedad.»

Madre Teresa de Calcuta.

I. PRESENTACIÓN DE LA PROBLAMÁTICA FÁCTICA QUE SE EXPERIMENTA EN LA ACTUALIDAD

1.1. La Familia: redes de apoyo espontáneas

Las distintas crisis económicas han desgastado nuestro estado del bienestar y la reducción de los recursos sociales. La situación actual, nuestra «*etapa COVID*», es buen ejemplo de ello, lo que afecta decididamente a los más vulnerables y desde luego, entre ellos, a nuestros mayores y a sus familias, basta recordar la situación de las residencias de ancianos durante la pandemia.

No obstante, el modelo de familia español, pese a su evolución y cambios y frente a otros modelos de familia más desestructurados, es, ante estas situaciones, una institución irremplazable, capaz de prestar soporte, ante casi cualquier dificultad de alguno de sus miembros. Las familias son fuente de recursos materiales, económicos, afectivos, sanitarios, psicológicos o de servicios que suplen o complementan la acción insuficiente del Estado.

Según los datos publicados por el INE en abril de 2020, el número de hogares en España volvió a aumentar durante 2019 y alcanzó los 18.625.700 como valor medio. El tamaño medio del hogar se situó en 2,50 personas por hogar y los hogares más frecuentes en 2019 volvieron a ser los formados por dos personas (30,4% del total) y le siguieron los unipersonales (25,7%, aunque la población incluida en estos sólo supuso el 10,3% del total). Por su parte, los hogares de cinco o más personas constituyeron el 5,8% del total y su tamaño medio fue de 5,54 personas y concentraron al 12,9% de la población. Finalmente, el 52,8% de los jóvenes de 25 a 29 años vivía con sus padres.

Según gráficos del propio INE:

HOGARES SEGÚN SU COMPOSICIÓN – AÑO 2019	
	VALOR/PERSONAS
Total de hogares	18.625.700
Tamaño medio del hogar	2,5
Persona sola menor de 65 años	2.784.500

HOGARES SEGÚN SU COMPOSICIÓN – AÑO 2019	
	VALOR/PERSONAS
Persona sola de 65 años o más	2.009.100
Pareja sin hijos	3.937.200
Pareja con hijos	6.219.000
Madre o padre con hijos	1.887.500

Las formas en que las personas emparentadas por lazos directos o políticos, ponen en marcha sus redes de solidaridad (*crowding-in*, o solidaridad interna en el núcleo familiar según el mundo anglosajón) y se prestan ayuda son innumerables.

Actualmente, el aumento de la esperanza de vida y el retraso en la maternidad dan como resultado una radiografía de familias muy diferente a la de nuestros antepasados. La familia se ha alargado, es fácil encontrar conviviendo dos o tres generaciones (abuelos, hijos, nietos, biznietos) aunque pocos parientes en cada grado de parentesco. Aumentan los abuelos y bisabuelos y disminuye en número de tíos y primos. También, como reflejan las cifras, es común que una persona anciana viva sola, siendo mayor las cifras de supervivencia en mujeres que en hombres y siendo también muy frecuente que un anciano viva con su hija casada, más comúnmente ancianas que ancianos, según datos del IMSERSO.

En una primera aproximación nos vienen a la cabeza ejemplos que implican, de una u otra manera, a nuestros mayores, quizá, el más evidente; la enfermedad, demencia o simplemente, la dependencia, fruto de la ancianidad. En tales casos la responsabilidad de la asistencia a las personas mayores recae, fundamentalmente, sobre los familiares, casi siempre hijos.

En este sentido, recientemente hemos vivido una riada de solidaridad generalizada de los hijos y nietos hacia los ancianos. Durante el confinamiento a causa del *COVID-19*, han sido innumerables los casos en los que los más jóvenes salían a hacer compra para sus mayores y se la dejaban —incluso a veces desinfectada— en la puerta o les llevaban la comida en porciones envasadas para varios días, medicinas, productos de aseo y limpieza y los saludaban a través de la ventana. En los casos de mayores menos autónomos, los más jóvenes, aunque evitaban entrar muy a menudo en los domicilios de sus padres o abuelos, lo hacían protegidos y les auxiliaban periódicamente en sus tareas domésticas y cuidado personal. En el caso de los más autónomos, esta «*red de subsistencia y manutención*» solía ser completada con cartas, llamadas o ese nuevo elemento que ha venido a la vida de nuestros mayores para quedarse «la videollamada». Las videollamadas entre dos o más, con

hijos, nietos o hermanos han sido, para los integrantes de la tercera edad, un pilar fundamental para sentirse queridos, acompañados y atendidos en la prolongada soledad del encierro porque no sólo es necesario hacerles llegar lo necesario para sobrevivir sino que era, casi más necesario, que se sintieran queridos y acompañados. Ello ha llevado a nuestros mayores a conversarte en avezados internautas.

Esto ha sido un día a día ejemplar durante esta pandemia.

Pero, si nos detenemos un poco a analizar estas redes familiares, es casi más abundante la casuística en la que son los padres mayores o jubilados y los abuelos quienes asumen la parte activa del sistema de apoyo y brindan protección, alimento, apoyo material, económico, asistencial y sanitario.

Son abundantes y variados los casos de solidaridad intergeneracional que podemos enumerar:

— Personas de la tercera edad asumen el cuidado de hijos con discapacidades, enfermos físicos o mentales e incluso situaciones de alcoholismo, toxicomanía o las perturbaciones mentales.

— Las dificultades de conciliación entre la vida familiar y laboral que dan lugar a que sean los abuelos quienes con más frecuencia cuidan de sus nietos, los llevan y recogen del colegio, a las actividades extraescolares, al parque, al pediatra, a la función de navidad, hacen con ellos las tareas, los bañan, les dan el desayuno y la merienda, y si hace falta, los devuelven a sus domicilios.

— Los abuelos se quedan conviviendo con los nietos y a cargo de ellos cuando uno o ambos progenitores debe abandonar el país o la ciudad por razones de estudio o laborales.

— La precariedad laboral, el desempleo y el agotamiento de cualquier recurso económico dan lugar, en no pocas ocasiones, a la vuelta al domicilio de los padres convirtiéndose la pensión de jubilación en la única fuente de ingresos.

— La pérdida de la vivienda como consecuencia de las dificultades económicas o de un desahucio también suelen terminar con la vuelta al hogar familiar incluyendo a los cónyuges y nietos como nuevos convivientes.

— En las rupturas de parejas, separaciones y divorcios los hogares de nuestros mayores vuelven a ser el primer refugio de sus hijos y en ocasiones de sus nietos bien de manera permanente o en régimen de visitas e incluso cumplen la función de ser aval o garantía del normal desarrollo de las visitas siendo su casa el «Punto de Encuentro Familiar» (PEF).

— Aproximadamente una de cada diez personas recluidas, no tienen vivienda tras su salida de la cárcel y se encontrarían en la calle si no fuera por la posibilidad de volver a casa de sus padres. Sólo el 43 % de los presos consiguen trabajo en el primer año tras cumplir su condena. También en estos casos, los progenitores, en la vejez, son quienes proporcionan las herramientas necesarias para intentar que sus hijos salgan a flote tras la excarcelación.

— Cónyuges mayores o ancianos separados o ya sin vínculo matrimonial, divorciados, cuando uno enferma y el hijo que debe hacerse de él cargo no puede por motivos laborales y lo termina cuidando aquel de quien se divorció.

Todos estos son ejemplos cargados de generosidad y entrega infinita.

Además, estos lazos de solidaridad, soporte y ayuda funcionan, y lo hacen muy bien, con gran precisión y eficacia ajustándose a las necesidades puntuales de cada situación de una manera flexible y eficaz a pesar de que, en la mayor parte de los casos, no tienen regulación alguna ni traducción en una institución de derecho positivo. Quizá su fuerza radica, precisamente, en dicha ausencia de normativa porque las relaciones familiares hunden sus raíces, no en los deberes legales o normativos, sino en el amor, el cariño, el afecto, el apego y la generosidad que, en mayor o menor medida, existe entre los miembros de una familia.

1.2. La regulación jurídica de la familia y las obligaciones familiares

La familia es, por tanto, una institución natural, anterior al derecho positivo. En un primer acercamiento podríamos definirla como una agrupación social entre personas unidas por vínculos matrimoniales o relaciones de parentesco o incluso, por otras relaciones según el momento histórico (prohijamiento, adopción, vasallaje, servidumbre). El grupo familiar a lo largo de la historia ha evolucionado mucho y ha ido adoptando sus propias reglas y usos, cambiantes, como la propia institución, siempre por delante de su regulación jurídica.

Así p. ej. encontramos una primera definición jurídica de la familia en nuestro derecho en «Las Partidas de Alfonso X el Sabio» redactadas entre los años 1256 y 1265 cuando decía que formaban parte de la familia «*el señor de ella e su mujer e todos los que biuen so él, sobre quien hamandamiento: assí como los fijos y los sirvientes e los otros criados (7, 33, 6). 1.*». Desde esa descripción patriarcal hasta el art. 32.1 de nuestro actual Texto Constitucional que proclama la absoluta igualdad del hombre y la mujer respecto al matrimonio, y la aprobación y aplicación en julio de 2005 de la aprobación del matrimonio de personas del mismo sexo con plena igualdad, han mediado infinitos modelos de familia, sinergias y relaciones, aunque siempre igualmente eficaces absorbiendo y paliando las situaciones de dificultad de algunos de sus integrantes.

A pesar de que el afecto y el cariño espontáneo son el fundamento de la institución familiar, éstos no siempre existen o no lo hacen con la intensidad desea-

ble, y para tales ausencias o incumplimientos es para los que el derecho regula unos deberes y obligaciones mínimas entre familiares. Así lo constata nuestra Jurisprudencia respecto de las obligaciones para con los hijos que se hacen extensibles a la relación inversa *«De inicio se ha de partir de la obligación legal que pesa sobre los progenitores, que está basada en un principio de solidaridad familiar»* (STS, Sala 1.ª, 568/2015 de 12 de febrero).

La regulación de tales obligaciones está repartida a lo largo del articulado del CC:

— el art. 68 CC establece: *«Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo.»*

— el art. 92 CC: *«La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.»*

— el art. 143 CC: *«Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.*

- *Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.*

- *Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo.»*

— el art. 143 CC: *«Están obligados recíprocamente a darse alimentos en toda la extensión que señala el artículo precedente:*

- *Los cónyuges.*

- *Los ascendientes y descendientes.*

- *Los hermanos sólo se deben los auxilios necesarios para la vida, cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista, y se extenderán en su caso a los que precisen para su educación.»*

— el art. 154 CC *«Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores.*

- *La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.*

- *Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:*

– *Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.*

– *Representarlos y administrar sus bienes.*

• *Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.*

• *Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad.»*

— el art. 155 CC: *«Los hijos deben obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad, y respetarles siempre. Los hijos deben contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella.»*

— el art. 269 CC: *«El tutor está obligado a velar por el tutelado y, en particular:*

• *A procurarle alimentos.*

• *A educar al menor y procurarle una formación integral.*

• *A promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad.*

• *A informar al Juez anualmente sobre la situación del menor o incapacitado y rendirle cuenta anual de su administración.»*

— el art. 1318.1 CC: *«Los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio.»*

Se trata de derechos y deberes, personalísimos, intransferibles y, en principio y con las oportunas reservas, irrenunciables, *«más que obligaciones son deberes insoslayables e incondicionales»* como dice nuestro Alto Tribunal (STS, Sala 1.^a, 735/2014, de 2 de marzo) o *«conglomerado de derechos y deberes irrenunciables»* como ha resuelto más recientemente la Audiencia Provincial de Baleares en SAP Baleares, Sec. 4.^a, 387/2018, de 3 de diciembre.

1.3. «El Derecho de Familia»

El conjunto de normas que dentro del Derecho Civil regulan la familia y todos sus aspectos se denomina *«Derecho de familia»* y comprende, básicamente, tres ramas esenciales: i) matrimonio y uniones de hecho, sus efectos, crisis, regímenes matrimoniales, ii) la filiación, paternidad, relaciones paterno-filiales, alimentos entre parientes, adopción, protección de menores y iii) las instituciones de guarda legal, la tutela de menores o personas con capacidad judicialmente modificada.

Como hemos visto, el núcleo esencial de dicha regulación se encuentra en el CC. Basta hojear su índice para reconocer la regulación de buena parte de

tales instituciones familiares en el L. I: *De las personas* cuyo T. IV regula *El Matrimonio*, el T. V: *De la Paternidad y Filiación*; en el L. III, T. VI: *Alimento entre parientes*, T. VII: *Relaciones paterno filiales* y en su Cap. V: *De la Adopción y otras formas de protección de menores*, el T. IX: *De la incapacitación*, T. X: *De la Tutela, de la curatela y de la guarda de los menores*.

El T. III del L. III se ocupa de las *Sucesiones*, tanto de la *Testamentaria* (Caps. I y II) como de la *Intestada* (Cap. III).

Desde su promulgación por RD de 24 de julio de 1889, en 130 años el CC ha sido capaz de adaptarse a los diferentes y cambiantes conceptos de familia, aunque, como luego veremos, no lo suficiente ni con la velocidad deseable. Así cabe destacar: a) Ley de 4 de julio de 1970, que modificó la normativa de la adopción; b) la Ley de 16 de noviembre de 1978, por la que se limita a los 18 años la mayoría de edad; c) Las Leyes de 13 de mayo de 1981 y 7 de julio de 1981, regularon de nuevo la forma de celebración del matrimonio, sus requisitos, las capitulaciones matrimoniales, los regímenes económico-matrimoniales y donaciones, así como las crisis del matrimonio: nulidad, separación y divorcio; d) Ley 13/1983, de 24 de octubre, que modificó el sistema de tutela; e) Ley 21/1987, de 11 de noviembre, en materia de adopción; f) Ley de protección jurídica del menor, de 15 de enero de 1996, que modificó muchos preceptos del CC, fundamentalmente en materia de tutela y adopción; g) LPPPD, modificó la tutela al introducir la auto-tutela; h) Ley 13/2005, de 1 de julio, que introdujo el matrimonio entre personas del mismo sexo; i) Ley 15/2005, de 8 de julio, que modificó de modo trascendente la separación y el divorcio.

Esta nuclear regulación convive con las especialidades que en el Derecho de Familia recogen los Derechos Forales en los territorios de Aragón, Cataluña, Baleares y Navarra y resultan a su vez completadas por otra infinidad de normas Jurídicas, p. ej.:

— LEC.

— LJV.

— Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos.

— LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

— RD 1618/2007, de 7 de diciembre, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos.

— Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social (referente a la pensión de viudedad).

— LOVG.

— Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE de 07/07/2012).

— Ley 35/1995, de 11 diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. (BOE de 12/12/1995).

— RDLeg 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

— LGD.

— LPPPD.

— Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil (LRC).

Estas y otras muchas normas pretenden diseñar un estatuto jurídico de familia y recoger las obligaciones mínimas, referidas evidentemente al apoyo material mínimo —que no afectivo—, legamente exigibles entre parientes y, por ende, a y hacia nuestros ancianos.

II. LA FAMILIA: FUENTE DE CONFLICTOS

2.1. Origen y causas

Todos estos innumerables ejemplos de solidaridad familiar arriba enumerados, enumeración que, en modo alguno puede ser exhaustiva pues admite inimaginables subapartados y variables, tienen como denominador común el afecto y el amor conyugal, filial, fraternal o entre abuelos y nietos, pero también comportan un adicional esfuerzo físico, asistencial y económico para una de las partes lo que originan innumerables conflictos, discusiones, peleas y conflictos entre los miembros de los núcleos familiares. El Proyecto OASIS «*Old Age and Autonomy: The Role of Social Services Systems and Intergenerational Family Solidarity*» (Vejez y Autonomía: El Papel de los Sistemas de Servicios y de la Solidaridad Familiar Intergeneracional) que fue financiado por la Comisión Europea en 2003 dentro del V Programa Marco de Investigación, ya analizaba, entre otros parámetros, los niveles de conflictividad de las familias. Dicho proyecto tenía como objetivo proporcionar un conocimiento básico acerca de los medios más eficaces para fomentar la autonomía en la vejez con el fin de incrementar el bienestar de las personas mayores y sus cuidadores y mejorar la base para futuras políticas y estrategias de planificación. Era una investigación transnacional entre cinco países: España, Alemania, Inglaterra (no en todo el Reino Unido), Noruega e Israel, en el ámbito urbano y diagnosticaba la manera en que las distintas culturas familiares y los sistemas socio-sanitarios apoyan la autonomía de las personas mayores. Así, respecto a España el informe señalaba: «*España*

emerge como un país en el que una gran proporción de los entrevistados tienen puntuaciones altas en proximidad, pero al mismo tiempo presenta los niveles más bajos de solidaridad de consenso.»

Y la conflictividad no parece disminuir en las familias. Según datos de la Fiscalía General en la Memoria de 2018, el número de delitos cometidos en el seno de la familia (violencia familiar o doméstica) que alcanzaron la fase intermedia en el Procedimiento Penal fue el 9% de los delitos.

El origen de casi todos estos conflictos los podemos agrupar en torno a dos causas:

— El nacimiento de un sentimiento de injusticia y abuso por parte de los demás ante la situación. Cuando alguien en la familia tiene la sensación de estar asumiendo más cargas de las que le corresponden, o más que otros miembros de la familia que tendrían la misma obligación sin recibir reconocimiento o agradecimiento. También el ofendido puede estar al otro extremo de la cuerda cuando siente que quien debiera y pudiera ayudarle no lo hace, o no suficientemente, y encuentra numerosos ejemplos a su alrededor de lo contrario. Nos enfrentamos al sentido más puro y humano del término «*carga familiar*» alejado de las definiciones jurídicas o legislativas.

— Conflictos económicos. El modo en que debe emplearse el dinero y el aumento de gastos con los mismos recursos suele ser fuente de conflictos. También es frecuente que surjan a la muerte de un progenitor, cuando quien más tiempo y esfuerzo ha dedicado a su cuidado cree merecer una mayor parte de la herencia o, incluso drásticas decisiones sucesorias, como veremos, de quienes no se han sentido debidamente cuidados y atendidos en vida por sus herederos.

2.2. Ejemplos frecuentes de conflictos familiares

Sean cuales sean las peculiaridades o especialidades de cada familia, y sea cual sea el miembro que asuma más obligaciones o, utilizando una expresión muy española, «*tire del carro*», la sobrecarga de obligaciones familiares en uno de los extremos de la cuerda, será caldo de cultivo de numerosos conflictos. Detengámonos en algunos más evidentes, frecuentes o mediáticos.

A) *Cuando los hijos y nietos cuidan de los padres mayores o dependientes: una fuente inagotable de desencuentros*

Cuando los hijos cuidan de sus padres ancianos o enfermos tienen que asumir inesperadamente la tarea de asistir a diario a un enfermo-dependiente, convirtiéndose de repente en «*cuidadores*» asumiendo gran cantidad de obligaciones y responsabilidad y careciendo de la infraestructura y tiempo necesarios, así como de formación asistencial psicológica y sanitaria. En tales casos se suele

producir un colapso a todos los niveles de los familiares cuidadores: (i) emocional, al asumir unos cuidados a veces dificultosos y físicamente exigentes para los que no están preparados; (ii) económico, debido a los gastos médicos, desplazamientos, medicación e inversión en material de ortopedia; (iii) afectivo, ante el creciente deterioro del familiar enfermo; (iv) laboral, ante la dificultad para compatibilizar los horarios de trabajo con el cuidado del enfermo que en ocasiones exigen optar por una excedencia o acaban en desempleo; y (v) familiar, puesto que han de cumplimentarse las obligaciones de siempre que difícilmente encajan con la nueva situación dando lugar a reproches, p. ej. entre cónyuges por el tiempo pasado con el progenitor enfermo, o entre hermanos, con la queja y solicitud de ayuda de aquel que, como casi siempre pasa, da un paso adelante y cuida del progenitor o enfermo y reprocha al resto su comodidad, pasividad o falta de implicación y colaboración en el problema.

Esta sobrecarga que suele conducir a numerosos conflictos entre padres e hijos, entre cónyuges, entre hermanos y hace que las relaciones familiares se compliquen, apareciendo tensión para todas las partes y posturas y crea obstáculos a la hora de tomar decisiones entre posiciones a menudo irreconciliables.

Los motivos son innumerables: dinero, gastos, atenciones, logística, medicación, necesidad o no de contratar ayuda, elección de la ayuda, ingreso o no en residencia o centro de día, alternancia en los períodos de convivencia, ahogo de tiempo y dinero.

Todo ello da lugar a una consecuencia aún peor y más grave: se desenfoca el objetivo principal: el cuidado, atención y tranquilidad del mayor que llega a sentirse abandonado o escasamente atendido.

También se detecta en estas situaciones de cuidado o dependencia de padres mayores, según datos de la Fiscalía de Incapaces (Datos de la Memoria de 2019), que cada vez es mayor el número de mayores con capacidad judicial modificada o simplemente convivientes con un hijo a quien limitan o impiden ver a otros hijos, nietos o parientes.

B) Otra fuente de conflictos: los mayores cuidan de hijos, nietos o hermanos

Entre aquellos ejemplos en que son los mayores los que toman las riendas del soporte o ayuda, también la balanza se sobrecarga de un lado por las obligaciones económicas, físicas, logísticas, afectivas y emocionales dado que, en la mayoría de los casos, su casa, su pensión, su tiempo y su ya no tan íntegra fuerza y salud, son el único recurso con el que se cuenta. No en vano durante la anterior crisis económica trescientas mil familias sin ingresos por trabajo activo de ninguno de sus miembros estuvieron viviendo de la pensión de algún integrante de la tercera edad. Todas estas situaciones son fuente de conflictos. Así, a pesar de la generalizada expresión de solidaridad intergeneracional que

describíamos arriba en el cuidado y apoyo de los padres y abuelos durante la pandemia, también saltaron a los medios de comunicación tristes casos de ancianos que no recibieron ni una llamada de interés durante el encierro de sus hijos o nietos y que han pasado dicho período solos sintiéndose profundamente abandonados. Los aparentes motivos van desde el desapego, la pereza y la irresponsabilidad a la falta de interés o incluso la cristalización de una venganza por alguna discusión o desacuerdo anterior.

Otra situación diaria que erosiona las relaciones padres-hijos es la del cuidado de los nietos. En España, la mitad de los abuelos y las abuelas cuidan de sus nietos casi todos los días. Ellas dedican unas 6,2 horas a estos cuidados, mientras ellos les siguen de cerca con unas 5,3 horas —de media—, según datos del IMSERSO. Todos lo hacen de forma altruista. En muchos lugares del mundo los abuelos se ven saturados por el cuidado de sus nietos. Así también ha sido sonada la noticia de una abuela en Nueva Zelanda que en este mismo año 2020 ha reclamado a su hija una remuneración por cuidar de su nieto, abriendo un importante debate. Según ella misma manifestaba *«No soy una guardería, tengo mi vida creo que, si voy a renunciar a ese tiempo, necesito dinero para cubrir las horas que dejo de trabajar. Porque no puedo trabajar y cuidar al niño al mismo tiempo. Me ha contestado que solo serán dos o tres días a la semana, que los padres de su marido harán lo propio. Quiero a mi nieto, pero no soy una guardería.»*. Las autoridades alemanas ya se plantearon en 2012 la posibilidad de que los abuelos trabajadores pudieran obtener un permiso para cuidar de sus nietos.

Las separaciones y divorcios de los hijos o incluso su fallecimiento son origen frecuente de problemas en las familias que dan lugar a que los abuelos tengan dificultades para ver a los nietos con regularidad. Es importante resaltar que una sana y buena relación de un niño con sus abuelos es beneficioso y necesario para ambos, pero ante estos acontecimientos, los mayores se ven privados de forma repentina del contacto con sus nietos y, a veces, ni siquiera llegan a conocerlos por haber perdido el contacto con sus propios hijos.

Por último, en situaciones extremas los conflictos derivan, en realidad, en una situación insostenible, un abuso o incluso una estafa o engaño. Así los medios nos golpean con noticias tan duras como las de ancianos que avalan con su piso un préstamo bancario de sus hijos o nietos que con ella convivían y terminan desahuciados perdiendo su casa. El más reciente en diciembre de 2020 en Carabanchel (Madrid).

III. INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE RESPUESTA ANTE LOS CONFLICTOS FAMILIARES

La pregunta que más rápidamente surge ante todas estas situaciones de desapego, abandono y desamparo es la de si nuestro sistema tiene respuesta ante estas situaciones. Obviamente, la primera respuesta es institucional, son la AP

y los servicios sociales quienes responden en primer lugar, aunque suelen ya haber entrado antes en juego algunos mecanismos espontáneos de ayuda entre vecinos o asociaciones.

El derecho positivo proporciona herramientas muy variadas y de diferente intensidad que van desde las más comunes previstas en nuestro derecho civil, hasta las más contundentes que son las sanciones previstas en el orden penal.

3.1. La familia en nuestra Constitución

Con carácter general, nuestro texto constitucional otorga protección a la familia como base de la sociedad en el art. 39 CE «*Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil.*» y establece a lo largo de su articulado un modelo de familia plural e igualitaria: (i) art. 9 principio de igualdad real; (ii) art. 10 principio de dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad; (iii) art. 14 principio de igualdad legal; (iv) art. 18 reconocimiento del derecho a la intimidad personal y familiar (v) art. 27 el derecho a la educación; y (vi) art. 32 derecho a contraer matrimonio con plena igualdad de derechos y obligaciones.

Dentro de este marco normativo, distintas leyes, normas y cuerpos legales desarrollan estos principios para proteger y regular el instituto de la familia y resolver sus conflictos, problemas o necesidades.

3.2. Respuestas del ordenamiento civil

El derecho común y su sucesiva adaptación a las necesidades familiares también ha ido sumando, como veíamos desde su publicación en 1889, instituciones legales para dar respuesta a buena parte de los problemas y otorgar instrumentos legalmente adecuados y proporcionales a quienes se sienten injustamente tratados por sus familiares o incluso lo contrario, privilegiarlos o premiarlos, con posibles y legales modificaciones sucesorias.

Entre estas respuestas legales podemos enumerar alguna, que por su utilidad y adecuación a los problemas de la tercera edad y sus familias, nos parecen más relevantes:

A) Entre las parejas

El ordenamiento jurídico proporciona diversas soluciones en las llamadas «*crisis de pareja*». Desde la ruptura del vínculo matrimonial a la suspensión de los deberes de convivencia sin que desaparezcan las obligaciones para con los hijos menores o mayores discapacitados. En todos los supuestos tales institutos contemplan consecuencias no sólo personales sino también, patrimoniales.

a) Divorcio

El art. 85 del CC, *«el matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio»*. El divorcio se regula en el CC, en el L. I, T. IV «Del Matrimonio», Cap. VIII, concretamente de los arts. 85 al 89 CC. El art. 89 CC modificado por la Ley 15/2015 dispone: *«Los efectos de la disolución del matrimonio por divorcio se producirán desde la firmeza de la sentencia o decreto que así lo declare o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública conforme a lo dispuesto en el artículo 87. No perjudicará a terceros de buena fe sino a partir de su respectiva inscripción en el Registro Civil.»* Tales efectos nunca tienen carácter retroactivo.

b) Nulidad

La nulidad regulada en los arts. 73 al 80 CC, podemos definirla como se ha de entender la declaración judicial de total ineficacia del matrimonio, por concurrir al tiempo de la celebración de aquél una causa, consistente fundamentalmente en la falta de alguno de sus requisitos esenciales. La nota más característica de la nulidad matrimonial, es la de que, declarada la misma judicialmente, los efectos son retroactivos al tiempo de celebración del matrimonio y si la pareja se reconcilia será necesario la celebración de otro nuevo matrimonio.

c) Separación

La separación matrimonial se regula en los arts. 81 al 84 CC. La separación produce la suspensión de los efectos del matrimonio, es pues, en contraposición tanto a la nulidad como al divorcio, una ineficacia temporal del matrimonio, puesto que el mismo, ni desaparece, ni los efectos se extinguen para siempre. El CC regula dos modalidades de separación: consensual y unilateral. La primera se produce por mutuo acuerdo y es necesario el transcurso de tres meses desde la celebración del matrimonio y que se acompañe, junto a la demanda de separación, propuesta de convenio regulador que integrará la sentencia de separación. En el caso de que el matrimonio tenga hijos menores o incapacitados intervendrá el MF. La segunda, la separación unilateral se produce a instancia de uno solo de los cónyuges, según el art. 81.2 CC. Es posible la reconciliación que se produce cuando se reanuda la convivencia conyugal por parte de los cónyuges separados reanudándose todos los efectos derivados del matrimonio.

Finalmente, otro de los efectos es la liquidación de la sociedad de gananciales, en el caso de ser ese el régimen económico por el que hubiera optado la pareja, regulado en los arts. 95 y 1392 a 1410 CC.

B) *La Filiación: Posibilidad de cambiar los apellidos en caso de conflicto*

Aunque son muchas las instituciones que el derecho civil incorpora en las relaciones padres-hijos (nacionalidad, patria potestad, etc.) sólo destacamos aquella que puede afectar a los padres en la tercera edad y es que el conflicto con sus hijos puede acabar con la decisión de aquellos de cambiar sus apellidos. El art. 109 CC establece «*La filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la ley. Si la filiación está determinada por ambas líneas, el padre y la madre de común acuerdo podrán decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral. Si no se ejercita esta opción, regirá lo dispuesto en la ley. El orden de apellidos inscrito para el mayor de los hijos regirá en las inscripciones de nacimiento posteriores de sus hermanos del mismo vínculo. El hijo, al alcanzar la mayor edad, podrá solicitar que se altere el orden de los apellidos.*»

Tras la última reforma en esta materia de la Ley del Registro Civil (LRC), en el momento de la inscripción, en caso de desacuerdo o cuando no se hayan hecho constar los apellidos en la solicitud de inscripción, el Encargado del RC requerirá a los progenitores, o a quienes ostenten la representación legal del menor, para que en el plazo máximo de tres días comuniquen el orden de apellidos. Transcurrido dicho plazo sin comunicación expresa, el Encargado del RC acordará el orden de los apellidos atendiendo al interés superior del menor (art. 49.2 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, en vigor desde el 30 de junio de 2017, en virtud de la reforma operada en su DF décima por la Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria). Se corrige la histórica y arraigada costumbre de adelantar el apellido paterno y se establece, en caso de desacuerdo, como criterio dirimente, la decisión del Encargado del RC atendiendo al interés del menor.

Alcanzada la mayoría de edad se podrá solicitar la alteración del orden de los apellidos a través de un sencillo trámite. El encargado del Registro impondrá un nombre y unos apellidos de uso corriente al nacido cuya filiación no pueda determinarlos. El encargado del Registro, a petición del interesado o de su representante legal, procederá a regularizar ortográficamente los apellidos cuando la forma inscrita en el Registro no se adecue a la gramática y fonética de la lengua española correspondiente (art. 55 de la LRC de 1957).

C) *Obligaciones de los hijos hacia sus padres. Respuestas del ordenamiento jurídico frente a incumplimientos de obligaciones tanto personales como materiales*

Los padres, que nos han guiado, cuidado, enseñado, protegido, alimentado y ayudado a crecer no sólo en estatura, deben seguir siendo respetados y atendidos por sus hijos que deben prestarles ayuda material y moral en los años de vejez, durante sus enfermedades y en momentos de soledad. Según Benedicto

XVI, «*la calidad de una sociedad, quisiera decir de una civilización, se juzga también por cómo se trata a los ancianos y por el lugar que se les reserva en la vida en común. Quien hace espacio a los ancianos hace espacio a la vida. Quien acoge a los ancianos acoge la vida.*»

Los deberes materiales para con los progenitores mayores no son una obligación moral sino una obligación legalmente establecida y cuyo cumplimiento puede ser impuesto por un juez. Para exigir cariño, apoyo, visitas o respeto la ley otorga también diferentes herramientas, aunque quizá no siempre cumplan las expectativas o necesidades de nuestros mayores.

a) Cumplimiento de los deberes materiales por parte de los hijos. Alimentos entre parientes.

a. ¿Qué son los alimentos entre parientes?

Según nuestro CC, se considera alimento «*todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica*» según el art. 142 CC. Se trata de los alimentos que se pueden pedir entre familiares en situaciones de necesidad, que los padres deben dar a los hijos, como hemos vistos y que los hijos deben dar a los padres mayores y ancianos y estos pueden reclamar.

b. ¿Quiénes y en qué orden están obligados?

Así, según el art. 143 CC «*Están obligados recíprocamente a darse alimentos en toda la extensión que señala el artículo precedente:*

1.º *Los cónyuges.*

2.º *Los ascendientes y descendientes.*

Los hermanos sólo se deben los auxilios necesarios para la vida, cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista, y se extenderán en su caso a los que precisen para su educación.»

Y se reclamará en el orden previsto en el art. 144 CC:

1º Al cónyuge

2º A los descendientes de grado más próximo.

3º A los ascendientes, también de grado más próximo.

4º A los hermanos, pero estando obligados en último lugar los que sólo sean uterinos o consanguíneos.

Entre los descendientes y ascendientes se regulará la gradación por el orden en que sean llamados a la sucesión legítima de la persona que tenga derecho a los alimentos.

Cuando recaiga sobre dos o más personas la obligación de dar alimentos, se repartirá entre ellas el pago de la pensión en cantidad proporcional a su caudal respectivo. No es renunciable ni transmisible a un tercero el derecho a los alimentos. Tampoco pueden compensarse con lo que el alimentista deba al que ha de prestarlos.

Sin embargo, en caso de urgente necesidad y por circunstancias especiales, podrá el Juez obligar a una sola de ellas a que los preste provisionalmente, sin perjuicio de su derecho a reclamar de los demás obligados la parte que les corresponda.

Cuando dos o más alimentistas, que son aquellas que solicitan recibir los alimentos, reclamaren a la vez alimentos de una misma persona obligada legalmente a darlos, y ésta no tuviere fortuna bastante para atender a todos, se guardará el orden establecido que hemos expuesto, a no ser que los alimentistas concurrentes fuesen el cónyuge y un hijo sujeto a la patria potestad, en cuyo caso éste será preferido a aquél.

c. ¿A qué cantidad está obligado el alimentante?

Sobre la cantidad también establece el art. 146 CC que será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe. Los alimentos, se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos. El obligado a prestar alimentos (*alimentante*) podrá, a su elección, satisfacerlos, o pagando la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos. Esta elección no será posible en cuanto contradiga la situación de convivencia determinada para el *alimentista* por las normas aplicables o por resolución judicial. Cuestiones éstas todas atemperadas por nuestra Jurisprudencia, STS, Sala 1.^a, 568/2015 de 2 de marzo y STS, Sala 1.^a, 439/2015, de 12 de febrero «*Ante una situación de dificultad económica habrá de examinarse el caso concreto... lo normal será fijar siempre en supuestos de esta naturaleza un mínimo que contribuya a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para la atención y cuidado del menor, y admitir solo con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal, la suspensión de la obligación, pues ante la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que sea su origen y circunstancias, se habría de acudir a la solución que se predica como normal, aún a costa de una gran sacrificio del progenitor alimentante*»

d. ¿Cuánto dura la obligación de alimentar?

Esta obligación será exigible desde que el alimentista los necesitare para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos, pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda.

La obligación de suministrar alimentos cesa con la muerte del obligado, aunque los prestase en cumplimiento de una sentencia firme (art. 150.CC).

También cesará, según el art. 152 CC:

1. Cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia.

2. Cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia.

3. Cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiere cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación.

4. Cuando el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos y la necesidad de aquél provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa.

La jurisprudencia a este respecto viene siendo constante (por todas STS, Sala 1.^a, 4639/2016 de 25 de octubre) : *«Es jurisprudencia reiterada de esta sala que en la determinación de este importe económico a cargo de los Tribunales rige el prudente arbitrio de éstos y su revisión casacional sólo puede tener lugar cuando se demuestre concurrir infracción legal (sentencias de 16-11-1978, 30-10-1986, 5-10-1993 y 3-12-1996); si se trata de una resolución ilógica o si hay una evidente desproporción entre la suma establecida en razón a los medios económicos del alimentante y las necesidades reales del alimentista, tratándose de situación que no alcanza estado definitivo, ya que puede ser objeto de variación, conforme las previsiones del artículo 147 del Código Civil. De una o de otra forma, este argumento se ha reiterado en las sentencias más recientes de 28 de marzo de 2014, 14 de julio y 21 de octubre 2015, 6 de octubre de 2016, señalando «...que el juicio de proporcionalidad del artículo 146 CC («corresponde a los tribunales que resuelven las instancias y no debe entrar en él el Tribunal Supremo a no ser que se haya vulnerado claramente el mismo o no se haya razonado lógicamente con arreglo a la regla del art. 146», de modo que la fijación de la entidad económica de la pensión y la integración de los gastos que se incluyen en la misma, «entra de lleno en el espacio de los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituye materia reservada al Tribunal de instancia, y por consiguiente, no puede ser objeto del recurso de casación»... (SSTS de 21 noviembre de 2005; 26 de octubre 2011; 11 de noviembre 2013, 27 de enero 2014, entre otras).»*

El Juez, a petición del alimentista o del MF, ordenará con urgencia las medidas cautelares oportunas para asegurar los anticipos que haga una entidad pública u otra persona y proveer a las futuras necesidades. Pero podrán compen-

sarse y renunciarse las pensiones alimenticias atrasadas, y transmitirse a título oneroso o gratuito el derecho a demandarlas.

Para cuando no hay hijos o parientes o cuando no hay parientes o los padres, para evitar estigmatizar a los hijos, no los reclaman, el ordenamiento jurídico prevé otras soluciones para aliviar la disminución del poder adquisitivo de nuestros mayores en la última etapa de sus vidas y protegerles.

b) Deberes inmateriales

Mucho más difícil es, para nuestros mayores conseguir la atención y el tiempo que necesitan de sus hijos y nietos. En 2013 el gobierno chino impuso a los ciudadanos la obligación de visitar a sus ancianos debiendo las empresas facilitar estas visitas otorgando vacaciones y permisos. Se trata de una iniciativa claramente cuestionable, en cuanto invasiva de la libertad individual. En Alemania se maneja desde hace tiempo el concepto de «*abuelidad*» que concentra varios derechos de los abuelos como los de visita o remuneración por cuidado de los nietos. No son sino ejemplos de otros ordenamientos jurídicos que tratan de aliviar la sensación de soledad y falta de afecto que pueden sentir nuestros mayores.

Nuestro derecho positivo sólo puede cubrir, obviamente, algunas de dichas reclamaciones. No vamos a detenernos en todo lo referente a la regulación de incapacidad, deberes del tutor, rendición de cuentas, remoción del tutor o internamiento voluntario o no de nuestros mayores ya que es objeto de otro capítulo de este libro. Vamos a detenernos en el análisis de aquellas cuestiones cubiertas por nuestro derecho positivo como el régimen de visitas para los abuelos y las posibilidades y respuestas otorgadas por el derecho sucesorio como la desheredación.

a. Régimen de visitas de abuelos

La importancia de las relaciones entre nietos y abuelos es tal que aparece recogida en el art. 8.1 de la Convención de Nueva York sobre los Derechos del Niño, que establece que: «*Los Estados Parte se comprometen a respetar los derechos del niño, a preservar su identidad, incluidos... las relaciones familiares de conformidad con la Ley...*» Como mencionábamos arriba, el fallecimiento, separación, divorcio de los padres o desavenencias de aquellos con los abuelos puede desembocar en la supresión de las visitas entre nietos y abuelos.

Para dar respuesta a esta necesidad el Plan Integral de Apoyo a la Familia (2001-2004) recogía la propuesta de un régimen de visitas para los abuelos que aprobó el Consejo de Ministros el 8 de noviembre de 2001 y que estableció, entre otras medidas, la posibilidad de garantizar el derecho de visita de los abuelos a sus nietos en caso de divorcio o separación de los progenitores. Como respuesta a esta previsión, el Congreso aprobó la Ley 42/2003, de 21 de no-

viembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos.

Esta reforma del CC introdujo un nuevo pfo. b) al art. 90 a fin de establecer expresamente la posibilidad de pactar en convenio regulador, si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos.

La nueva redacción del art. 160 CC redactado por el apdo. diez del art. segundo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, establece expresamente el derecho los nietos y sus abuelos a mantener relaciones personales, y obliga al Juez a resolver cualquier obstáculo (oposición) que dificulte este derecho, atendidas las circunstancias. Así, el art. 160.2 CC establece:

«2. No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados.

En caso de oposición, el Juez, a petición del menor, hermanos, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre hermanos, y entre abuelos y nietos, no faculden la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores.»

Al respecto es cuantiosa nuestra Jurisprudencia, que establece que *«no es posible impedir o limitar el derecho de los niños al contacto con sus abuelos, únicamente por la falta de entendimiento de éstos con sus progenitores» (STS, Sala 1.ª, 47/2015, de 13 de febrero), dando absoluta importancia a tales relaciones familiares «La complejidad de las relaciones entre familiares, como dice la sentencia 689/2011, de 20 de octubre, que citan la 359/2013, de 24 de mayo y la 167/2015, de 18 de marzo, se evidencia en los asuntos referidos a las relaciones entre parientes más alejadas que los progenitores, que pueden verse impedidos de una normal relación con sus descendientes o ascendientes. Esta Sala en su jurisprudencia ha tenido que manifestarse a favor de estas relaciones en la que se pone de relieve la necesidad de que se produzca este tipo de contactos partiendo de la regla de que no es posible impedir el derecho de los nietos al contacto con sus abuelos, únicamente por la falta de entendimiento de éstos con los progenitores. De los propios antecedentes de la norma se establece que aun cuando la relación prioritaria sea la paterna filial, debe prestarse una especial atención a la relación abuelos-nietos, en interés del propio menor (STS, Sala 1.ª, 723/2013 de 14 de noviembre).*

Pero también nuestro Alto Tribunal venía imponiendo la obligación de oír a los menores para establecer dicho régimen de visitas con sus abuelos (STS, Sala 1.ª, 41/2018 de 7 de marzo) y así se regula en los arts. 7701.4º y 777.5 LEC.

c) Instrumentos sucesorios, la desheredación.

Decía Sócrates (470-399 a.C) «*Nuestra juventud gusta del lujo y es maleducada, no hace caso a las autoridades y no tiene el menor respeto por los mayores. Nuestros hijos hoy son unos verdaderos tiranos. Ellos no se ponen de pie cuando una persona anciana entra. Responden a sus padres y son simplemente malos.*». Ante dicha maldad, desatención, desafecto o abandono también nuestro CC proporciona un radical instrumento como la desheredación.

a. Desheredación y legítima en el Código Civil.

Antes de referirnos a la desheredación y a las causas de desheredación debemos referirnos a una institución histórica del derecho español como es «la legítima». **Dice el art. 806 CC** «*Legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos.*», **y sigue el art. 806 CC** «*El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley.*» **Podemos entender así la desheredación como aquella disposición testamentaria por la que en causante priva al legitimario de su participación en su herencia. Podríamos entenderlo como una sanción civil, un castigo que dispone el testador impidiendo que aquel legitimario por quien se ha sentido lesionado no le suceda. Pero estas «lesiones o injurias» sufridas por nuestras personas mayores y causadas por sus hijos a los testadores no son subjetivas, sino que aparecen legalmente tasadas en el CC.**

Así:

El art. 852 CC: «*Son justas causas para la desheredación, en los términos que específicamente determinan los artículos 853, 854 y 855, las de incapacidad por indignidad para suceder señaladas en el artículo 756 con los números 1, 2, 3, 5 y 6.* »

El art. 853 CC: «*Serán también justas causas para desheredar a los hijos y descendientes, además de las señaladas en el artículo 756 con los números 2, 3, 5 y 6, las siguientes:*

1. *Haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda.*

2. *Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra.»*

b. Evolución de la Jurisprudencia en la interpretación y aplicación de las causas de desheredación.

Los tribunales, hasta ahora, habían interpretado siempre de forma restrictiva las causas de desheredación. No obstante, las SSTs, Sala 1.^a, 258/2014, de 3 de junio y 59/2015, de 30 de enero abrieron la puerta a la posibilidad de aplicar e interpretar las causas de desheredación de forma extensiva incluyendo nuevos

conceptos como el abandono, la falta de relación familiar y el maltrato psicológico, agrupándolos dentro del maltrato de obra. Se sigue así el camino iniciado por la STS, Sala 1.ª, 632/1995 de 26 de junio que ya consideraba que *«la falta de afecto se podría englobar dentro de la causa de desheredación de maltrato de obra e injurias graves en el artículo 853.2 del Código Civil.»*

Concretamente, la STS de 3 de junio de 2014 (STS, Sala 1.ª, 258/2014 de 3 de junio), se plantea como cuestión de fondo la interpretación del art. 853.2 CC, con el objeto de analizar si el maltrato psicológico puede asimilarse a alguna de las causas legales de desheredación. En esta sentencia el causante deshereda expresamente a sus hijos *«al haberle negado injustificadamente al testador asistencia y cuidados además de por haberle injuriado gravemente de palabra»* y concluye que el maltrato psicológico debe estar comprendido dentro del maltrato de obra, por considerarse el *«abandono emocional»* como expresión libre de ruptura del vínculo familiar. Los hijos, en este caso concreto que nos plantea la sentencia, incurrieron con respecto al padre en un maltrato psicológico reiterado, *«incompatible con los deberes elementales de respeto y consideración que se derivan de la filiación.»*

En la STS de 30 de enero de 2015 (STS, Sala 1.ª, 59/2015 de 30 de enero), nos encontramos ante un supuesto muy parecido al anterior, en el que se vuelve a plantear la interpretación del art. 853, en relación al maltrato psicológico como causa de desheredación y reitera su doctrina jurisprudencial contenida en la S de 3 de junio de 2014. En este caso, se trata de una madre que deshereda a su hijo, para lo que, de un lado, solicita la revocación de una donación efectuada a favor del hijo bajo coacción y engaño y, de otro, la desheredación de ese mismo hijo, fundamentándola en *«que no solo le había arrebatado en vida dolosamente todos sus bienes, sino que además le dejó desde entonces sin ingresos con los que afrontar la vida»*. (...) *«Por último, y en tercer lugar, debe concluirse que, de acuerdo con los criterios interpretativos de la realidad social del momento de aplicación de la norma y su propia finalidad, el maltrato de obra o psicológico realizado por el donatario debe quedar reflejado como un hecho integrado en la causa de ingratitud del artículo 648.1 del Código Civil.»*

Estos antecedentes jurisprudenciales también han dado lugar a sentencias más recientes como STS, Sala 1.ª, 104/2019 de 19 de febrero, referida a la constatación de la negativa de los hijos a relacionarse con el padre, situación de hecho que aparecía consolidada, y por la que éste carecía de trato con ellos y conocimiento de la evolución de sus estudios. Ello conduce al planteamiento de que es impropio que subsista la pensión a favor de los alimentistas, por cuanto se estaría propiciando una suerte de enriquecimiento injusto a costa de un padre al que han alejado de sus vidas. El TS añade que entre las iniciativas que propugnan la revisión de la legítima, *«una de ellas es la tendente a que se extiendan y modernicen los casos legales de desheredación de los legitimarios,*

pues las modernas estructuras familiares propician e incluso no hacen extrañas, situaciones en las que los progenitores han perdido contacto con alguno o todos sus hijos. Otras veces ya no es tanto la pérdida de contacto, sino relaciones entre progenitor e hijo francamente malas.» El Alto Tribunal incluso se refiere a la inclusión en el Código de Familia de Cataluña en el art. 451-17 e) de la falta de relación familiar como otra de las causas de desheredación al señalar como tal: *«La ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario»* añadiendo que *«En nuestro Código Civil no ha existido modificación, y ha sido tradicional que la Sala, al ser las causas de desheredación de naturaleza sancionatoria, las haya interpretado y aplicado de forma restrictiva. Sin embargo, ha hecho un esfuerzo para adaptar dichas causas a la actual realidad social».*

Todo este acervo jurisprudencial ha permitido el aumento del número de desheredaciones y consultas jurídicas a que hemos asistido durante la pandemia del COVID-19 entre quienes se han sentido abandonados por sus hijos y nietos sin recibir ni una llamada.

c. Breve referencia al Derecho Foral

Como vemos, nuestra Jurisprudencia introduce nuevas causas de desheredación adaptándose a las exigencias de la realidad social, algo que ya se había contemplado en los derechos forales.

En Cataluña, el art. 451-17.2 letra c, prevé el *maltrato grave* como causa de desheredación al señalar, *«El maltrato grave al testador, a su cónyuge o conviviente en pareja estable, o a los ascendientes o descendientes del testador».* Podemos observar en primer lugar, que la amplitud de esta causa abre la posibilidad de incluir en ella el maltrato psicológico, y en segundo lugar que lo hace no solo refiriéndose al maltrato grave al causante, sino que extiende su ámbito de aplicación al ámbito familiar y el art. 451-17.2 letra e, introdujo la falta de relación familiar causa de desheredación independiente: *«La ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario».*

En Galicia el art. 263.2 de la Ley 2/2006 de 14 de julio, de Derecho Civil de Galicia, recoge las causas de desheredación donde se incluye como causa el «maltrato de obra o injuria grave». No se prevé expresamente el maltrato psicológico pero la SAP Coruña, Sec. 5.^a, 426/2014 de 4 de diciembre, establece que: *«En el caso que nos ocupa no es necesario que concurran de manera cumulativa las dos causas de desheredación previstas en el artículo 263.2.^a de la Ley de Derecho Civil de Galicia: haberle maltratado de obra o injuriado gravemente. Es suficiente la concurrencia de una de las dos. En el presente caso, ha quedado suficientemente acreditado que concurre el maltrato de obra, precisamente,*

porque los actos de la actora en vida de su padre son claros: no atendió, cuidó ni se ocupó del mismo».

El Código Foral de Aragón, de 29 de marzo de 2011, no contempla expresamente el maltrato psicológico, sin embargo, la regulación de la legítima en el derecho aragonés difiere mucho del derecho común. Ésta se constituye sobre la mitad del caudal hereditario y se le otorga al causante la facultad de repartirla proporcionalmente entre todos los legitimarios o entregarla uno solo. Así, la figura de la desheredación en Aragón solo tiene sentido cuando el causante quiere desheredar a todos sus descendientes, o al descendiente único. Ya que como hemos explicado con anterioridad, el legitimario, teniendo un único hijo, podría dejarle la legítima a su nieto, sin necesidad alguna de probar causa de desheredación.

Finalmente, la compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares, que establece una legítima diferente a la del derecho común. Aprobada por el DLeg 7/1990. Establece, para Mallorca y Menorca, que serán legitimarios los hijos y descendientes, de una tercera parte del haber hereditario, si fueren cuatro o menos de cuatro y la mitad si hubiese cinco hijos o más, quedando dos terceras partes de libre disposición. Se contemplan en el art. 7 bis, las causas de indignidad, indicando que serán a su vez causas de desheredación, las establecidas en su punto 1. Que reza: *«Son indignos para suceder: a) Los condenados en juicio penal por sentencia firme por haber atentado contra la vida o por lesiones graves contra el causante, su cónyuge, su pareja estable o de hecho o alguno de sus descendientes o ascendientes. B) Los condenados en juicio penal por sentencia firme por delitos contra la libertad, la integridad moral y la libertad sexual, si el ofendido es el causante, su cónyuge, su pareja estable o de hecho o alguno de sus descendientes o ascendientes. C) Los privados por sentencia firme de la patria potestad, tutela, guarda o acogida familiar por causa que les sea imputable, respecto del menor o discapacitado causante de la sucesión. D) Los condenados por sentencia firme a pena grave contra los deberes familiares en la sucesión de la persona agraviada. E) Los que hayan acusado al causante de delito para el que la ley señale pena grave, si es condenado por denuncia falsa. F) Los que hayan inducido u obligado al causante a otorgar, revocar o modificar las disposiciones sucesorias, o le hayan impedido otorgarlas, modificarlas o revocarlas».*

3.3. «Ultima ratio»: el derecho penal

Entre todos esos instrumentos, como siempre, el derecho positivo se reserva la respuesta más contundente y radical para los incumplimientos más graves — delictivos— de los bienes jurídicos en juego, esto es, los distintos vínculos familiares y los deberes de respeto que comportan. Así, podemos mencionar la LORRPM, pero fundamentalmente, dentro del L. II, nuestro CP, tras sus sucesivas reformas, tipifica: *«Delitos contra las relaciones familiares»* y comprende:

— *Cap. I. De los matrimonios ilegales.*

— *Cap. II. De la suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor*

— *Cap. III. De los delitos contra los derechos y deberes familiares*

- *Sec. 1. Del quebrantamiento de los deberes de custodia y de la inducción de menores al abandono de domicilio.*

- *Sec. 2. De la sustracción de menores.*

- *Sec. 3. Del abandono de familia, menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección.»*

Del catálogo de penas previstas en el art. CP, el castigo previsto para estos delitos contempla las penas de prisión con la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena conforme al art. 56 CP, inhabilitaciones para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda de hecho, inhabilitación especial para empleo o cargo público y multas y prohibiciones de acercamiento que pueden ser solicitadas incluso con carácter cautelar.

El DP no sólo castiga las lesiones a las relaciones familiares, sino que también protege y responde ante las agresiones al patrimonio familiar donde pueden producirse hurtos, robos, estafas, administraciones desleales, apropiaciones indebidas, usurpaciones, daños... No obstante, ante dichas acciones u omisiones «*típicas, antijurídicas y culpables*» el CP arbitra la entrada en juego de la «*excusa absolutoria*» prevista en el art. 268 CP que establece lo siguiente: «*1. Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación, o abuso de la vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad. 2. Esta disposición no es aplicable a los extraños que participaren en el delito.*»

El fundamento de la exclusión de la pena en tales supuestos deriva de la propia protección que el Estado blindó a la familia intentado evitar la severa intromisión del DP en el seno de la familia: Así lo recuerda el TS en STS, Sala 2.^a, 618/2010 de 23 de junio, la razón del por qué no se condena por los delitos patrimoniales entre familiares es la siguiente:

«*La razón de ser de la «excusa absolutoria» de los delitos contra la propiedad que no impliquen violencia ni intimidación entre los parientes, se encuentra en una razón de política criminal que exige no criminalizar actos efectuados en el*

seno de grupos familiares unidos por fuertes lazos de sangre en los términos descritos en el art. 268 porque ello, suele provocar una irrupción del sistema per se dentro del grupo familiar poco recomendable que perjudicaría la posible reconciliación familiar, estaría en contra de la filosofía que debe inspirar la actuación penal de mínima intervención y última ratio, siendo preferible desviar el tema a la jurisdicción civil que supone una intervención menos traumática y más proporcionada a la exclusiva afectación de intereses económicos como los únicos cuestionados, de ahí que se excluya los apoderamientos violentos o intimidatorios en los que quedan afectados valores superiores a los meramente económicos como son la vida, integridad física o psíquica, la libertad y seguridad.» (la negrita es nuestra).

Dicho beneficio se aplica restrictivamente a los parientes legalmente enunciados como también aclara la Jurisprudencia STS, Sala 2.^a, 355/2014 de 14 de abril, «Los cuñados son parientes por afinidad de segundo grado. De manera que entre cuñados no concurre tal excusa absoluta y el patrimonio distraído era común del matrimonio denunciante.»

3.4. Respuesta anterior y consensuada: «la mediación familiar»

A) Origen

Los llamados «cauces alternativos no judiciales de resolución de conflictos» (*Alternative Dispute Resolution* o ADR). Estos mecanismos «extrajudiciales» de solución de controversias familiares se dividen en: a) autocompositivos, entre las que se encuentra la negociación, la conciliación y la mediación, sobre la base común de que son las partes las que de forma voluntaria alcanzan un acuerdo o transacción que ponga fin a la controversia; y b) heterocompositivos, entre los que se encuentran el arbitraje y la vía judicial, se caracterizan porque la controversia entre las partes es resuelta por un tercero imparcial mediante una resolución vinculante para las partes, que produce efecto de cosa juzgada y tiene fuerza ejecutiva.

Entre los primeros surge con fuerza en España, a partir del año 2000, la «mediación familiar» siguiendo la Recomendación del Consejo de Europa de 21 de enero de 1998 a los gobiernos de los EEMM de «*Instituir o promover la mediación familiar, o, llegado el caso, reforzar la mediación familiar existente*» una institución nacida en los EE. UU. en la década de los 70.

B) ¿Qué es la «mediación familiar»?

La «mediación familiar» es un medio extrajudicial de búsqueda de una respuesta dialogada y consensuada a los conflictos familiares, tanto entre la pareja como en relación con los hijos. Consiste en la intervención de una tercera persona que tratará de acercar posturas para que las partes de la familia en conflicto lleguen a acuerdos satisfactorios y justos para todos.

La mediación se presenta como una herramienta alternativa, partiendo de los principios de voluntariedad, neutralidad, imparcialidad y confidencialidad para ayudar a gestionar y tratar de resolver las crisis familiares, a través de la participación efectiva de los propios familiares en el conflicto en un clima de cooperación y respeto mutuo. Para ello se cuenta con la intervención de una tercera persona especialista, ajena al núcleo familiar e imparcial denominada «mediador», que trabajará con y para la consecución de un acuerdo justo, aceptable y satisfactorio para cada uno de los miembros de la familia. De ahí que debiera utilizarse como primer recurso, anterior a la solución judicial.

Son pocas las CCAA que no cuentan con tales recursos. Actualmente existen trece leyes autonómicas sobre la materia (Andalucía, Madrid, País Vasco, Valencia, Galicia, Castilla-León, Aragón, Castilla-La Mancha, Asturias, Islas Baleares, Canarias, Cataluña y Cantabria). La mayoría de ellas referidas únicamente a la mediación familiar, aunque Cataluña y Cantabria amplían sus respectivas regulaciones al ámbito del Derecho privado y, en el caso de Cantabria, a cualquier materia «*que sea de libre disposición de las partes conforme a la legislación que resulte de aplicación*» (art. 4 Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria).

C) *Ventajas de la «mediación familiar»*

Son muchas las ventajas que ofrece la solución consensuada de la mediación frente al proceso judicial. Con la mediación no hay ganadores ni perdedores, la polaridad del conflicto se resuelve en un clima de cooperación parental mediante la búsqueda de soluciones armónicas en beneficio de todos los que se ven afectados por ellas, especialmente al resolver conflictos tan íntimos y dolorosos como los familiares en los que la tardanza del proceso judicial no hace sino agravar la situación.

Según datos del Servicio de Mediación Familiar de UNAF (Unión Nacional de Asociaciones Familiares), para una familia es la reducción de costes económicos y de los tiempos de resolución de los conflictos: resolver una ruptura a través de la mediación suele ser un proceso más corto (de media entre 6 y 9 semanas), y menos costoso.

D) *Valoración de la «mediación familiar»*

Según el «Informe de 2018 de FAPROMED» (Federal de Asociaciones de profesionales de la Mediación) este modelo alternativo de solución de conflictos familiares, a pesar del gran número de profesionales formados para ello, no parece ser muy conocido, ni genera la confianza que una sentencia judicial otorga a los interesados. Tras la implantación de la mediación no se ha apreciado una menor desjudicialización de los conflictos, ni se ha percibido un incre-

mento notable de su demanda. Sin embargo, en los casos en que se ha puesto en práctica sí que se ha conseguido, en un gran porcentaje, el objetivo de tener una solución más adaptada a las necesidades e intereses de las partes. P. ej., el Servicio de Mediación Intrajudicial de Euskadi logra acuerdos en el 80% de los casos. Esto significa que la mediación funciona.

IV. RECOMENDACIONES PARA LAS REFORMAS LEGALES

La mención del art. 3 CC a la obligación de que las normas se interpreten según la «*realidad social*» no es suficiente para adaptar nuestros textos legislativos a la realidad de nuestros mayores. Dicho principio no puede suplir la inactividad del legislador. No pasa pues desapercibida la necesidad de un nuevo CC que regule, p. ej. «*el status del abuelo*», sus derechos y obligaciones con nietos e hijos y no una regulación parcheada en distintos textos legales que debe ser reinterpretada y actualizada por los jueces a diario.

Así, como hemos visto, es necesaria una reforma que reconozca de forma explícita el maltrato de obra, el desafecto, el olvido como causa de desheredación autónoma en el CC, tal y como viene reclamando el propio TS, y que su ausencia deba ser suplida, a diario, a través de interpretaciones jurisprudenciales extensivas que acerquen un derecho alejado de la realidad, a ésta.

En la Memoria de la FGE de 2020 se hacen algunas propuestas legislativas, de la que nos hacemos eco para resolver algunos de los conflictos de nuestros mayores y es el reconocimiento del «*Derecho de las personas con discapacidad a relacionarse con sus parientes y allegados*» al haberse detectado en diversas fiscalías situaciones en las que la persona que ostenta la tutela o guarda de hecho ha impedido el acceso de familiares o allegados a las viviendas de personas con la capacidad modificada o susceptible de modificación, o ha dado instrucciones a la dirección de las residencias donde se encuentran internadas para que no permitan el acceso de otros familiares, restringiendo sus visitas y privándoles de la presencia y afecto de estas personas por razones ajenas al interés de la persona afectada. En su último informe, el Defensor del Pueblo ha reiterado su criterio según el cual, «*salvo que la resolución judicial se pronuncie al respecto, la imposición de restricciones a las visitas de los residentes sometidos a tutela implica una limitación en la libertad de las personas que afecta a sus derechos fundamentales y personalísimos.*» Por ello, dicha restricción en tanto en cuanto supone una limitación añadida de los derechos fundamentales y personalísimos del usuario, como mínimo requiere una justificación válida y suficiente y deben ser objeto de regulación.

V. BIBLIOGRAFÍA CITADA

BAZO, M.T., «Personas mayores y solidaridad familiar», *Política y Sociedad*, vol. 45, núm. 2, 2008: pp. 73-85.

- BENEDICTO XVI, «*Visita a la casa-familia “viva los ancianos” de la comunidad de San Egidio*», 12 de noviembre de 2012. Disponible en: http://www.vatican.va/content/benedict-xvi/es/speeches/2012/november/documents/hf_ben-xvi_spe_20121112_viva-anziani.html
- COBACHO MARTÍNEZ, J. A., LEGAZ CERVANTES, F. (Dir.) «*Protección Civil y Penal de los Menores y de las Personas mayores vulnerables en España*», ANDREU MARTÍNEZ, B., LECIÑENA IBARRA, A. (Coor.), Civitas, Navarra, 2018.
- DIARIO EL PAÍS, «*Una abuela cobra a su hija por cuidar de su nieto: “No soy una guardería, tengo mi vida”*», 15 de diciembre de 2020. Disponible en: <https://elpais.com/mamas-papas/2020-12-15/una-abuela-cobra-a-su-hija-por-cuidar-a-su-nieto-no-soy-una-guarderia-tengo-mi-vida.html>
- DIARIO EL PAÍS, «*Desahuciada una mujer de 82 años que avaló con su piso un préstamo de su hija y que convivía con sus nietas menores*», 11 de noviembre de 2020. Disponible en: <https://elpais.com/espana/madrid/2020-11-11/desahuciada-una-mujer-de-82-anos-que-avalo-con-su-piso-un-prestamo-de-su-hija-y-que-convivia-con-sus-nietas-menores.html>
- ECHEVARRÍA DE RADA, M.T., «*Desheredación de los hijos y descendientes. Especial consideración del abandono emocional y de la ausencia de relación familiar*», *Revista de Derecho Privado*, vol. 6, 2017: pp. 43-76.
- FABRA FRES, N., HERAS TRÍAS, P., FUERTES LEDESMA, S., «*La reinserción social postpenitenciaria. Un reto para la educación social*», *RES : Revista de Educación Social*, vol. 22, 2016: pp. 143-157.
- GÓNGORA, F., «*Conflictos Familiares en la Tercera Edad* », 16 de diciembre de 2015. Disponible en: <https://resuelveahora.wordpress.com/2015/12/16/mediacion-familiar-en-situaciones-de-dependencia/>
- GRANDE ARANDA, J.I., HERRERA MOLINA M.A., «*La función del derecho y del estado sobre la familia: razón o ideología*», *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, vol. I, núm. 9, mayo 2013: pp. 55-71.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, «*Encuesta continua de hogares del INE*», Nota de Prensa publicada el 2 de abril de 2020.
- MAGRO SERVET, V., «*El Código Civil ante la extinción de la obligación de alimentos y desheredación de padres a hijos por maltrato*», *Diario La Ley, Tribuna*, 16 de julio de 2019. Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2019/07/29/el-codigo-civil-ante-la-extincion-de-la-obligacion-de-alimentos-y-desheredacion-de-padres-a-hijos-por-maltrato>
- MONDRAGÓN MARTÍN, H., «*Ampliación de las causas de desheredación de hijos y descendientes*», *Revista de Derecho vLex*, núm. 167, abril 2018.

- NIETO, E., «*Pintando al Fresco: La Familia como Refugio*», La Opinión de Murcia, Blog de Enrique Nieto, 9 de abril de 2012.
- ORS MONTENEGRO, A. y MACIÁ SOLER, L., «Dependencia social en la vejez: pobres en formación, en pensión y en vivienda», *Enfermería Global*, vol. 12, núm. 32, Murcia, octubre 2013.
- PASCUAL FERNÁNDEZ, M.C., IGNACIO CERRO, M.C., CERVANTES ESTÉVEZ, L., JIMÉNEZ CARRASCOS, M.A., MEDINA TORRES, M., GARCÍA POZO, A.M., «Cuestionario para evaluar la importancia de la familia en los cuidados de enfermería. Validación de la versión española (FINC-NA)», *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, vol. 38, núm. 1, 2015: pp. 31-39.
- RONDÓN PEREYRA, U. (Coord.), *Estado de la mediación en España*, Informe FAPROMED, 2018.
- TOBIO SOLER, C., «Estado y familia en el cuidado de las personas: Sustitución o complemento», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 31, núm. 1, 2013: Monográfico: Los cuidados entre el trabajo y la vida.

CAPÍTULO 10

MATRIMONIO Y OTRAS RELACIONES DE CONVIVENCIA SEMEJANTES. SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Elena Zarraluqui Navarro
Abogada, Elena Zarraluqui Abogados

I. INTRODUCCIÓN

La pirámide de población de España continúa su proceso de envejecimiento. El número de personas mayores en España en 2019⁽¹⁾ siguió aumentando en relación con años anteriores y lo hizo tanto en número como en proporción. Según los datos estadísticos del Padrón Continuo del INE a enero de 2018, un 19'8% del total de la población era, en ese momento, mayor de 65 años y según la proyección realizada por ese mismo Instituto, en 2068, de seguir la misma evolución, habrá más de 14 millones de personas mayores, lo que supone un 29,4% del total de una población que alcanzaría los 48.531.614 habitantes. No he incluido, por no existir datos ciertos en estos momentos, como está influyendo la pandemia de *COVID-19* que está devastando el mundo y que, como todos sabemos, está afectando enormemente a la gente mayor alterando, consecuente y sustancialmente, los datos anteriores.

Según ese mismo estudio realizado por el INE, a lo largo de la vejez aumenta la probabilidad de vivir en soledad, habiéndose comprobado el incremento de número de hogares unipersonales en personas de 65 años y más, aunque las proporciones son todavía inferiores a las existentes en otros países europeos. La proporción es mayor entre mujeres que entre hombres, casi del doble, pero la realidad es que de los más de 4,7 millones de personas que viven solas en España, casi un tercio son mujeres mayores de 65 de años, según el INE. Por edad, el 42,7% de las mujeres mayores de 85 años vivían solas, frente al 23,6% de los hombres.

Los datos facilitados por el INE a finales de septiembre de 2019 revelan que en el primer semestre de 2019 y siendo datos provisionales, el número de matrimonios disminuyó un 1,2% respecto al mismo período de 2018. La mayor parte de las personas que contrajeron matrimonio durante ese período, eran solteros. En el caso de los hombres, 7,8% eran divorciados y el 0,6% viudos. Entre las mujeres, el 8,4% eran divorciadas y el 0,6% viudas.

(1) ABELLÁN GARCÍA, Antonio / ACEITUNO NIETO, Pilar / PÉREZ DÍAZ, Julio / RAMIRO FARIÑAS, Diego / AYALA GARCÍA, Alba y PUJOL RODRÍGUEZ, Rogelio, «Un perfil de las personas mayores en España, 2019. Indicadores estadísticos básicos». Informes Envejecimiento en red núm. 22, Madrid, 2019, pág. 38.

Uno de los aspectos menos conocidos del envejecimiento es la vida matrimonial de las personas mayores, existiendo una escasa investigación sobre el matrimonio en la vejez. Por el mismo motivo, los datos sobre el envejecimiento en las parejas de hecho son todavía menos. Uno de estos escasos estudios es el realizado por la socióloga británica Janet ASKHAM⁽²⁾, que ha concluido que las personas casadas tienen más satisfacción vital y mejor ánimo, mejor salud mental y física; mayores recursos económicos, más apoyo social y tasas más bajas de ingreso en las instituciones. Quizá por este motivo, cada año aumenta de forma progresiva el número de hombres y mujeres que deciden casarse a los 60 años (o más). De hecho, en diez años las cifras han experimentado un incremento espectacular: mientras en 2008 contrajeron matrimonio un total de 5.050 personas mayores de 60 años, en 2018 la cifra se disparó a los 11.277, según los últimos datos facilitados por el INE.

Pero no podemos dejar de lado el modo en que la crisis económica ha influido en el número de matrimonios. Al analizar las tendencias, la caída más fuerte en el número de matrimonios se produjo al iniciarse la crisis en 2009, y en el período comprendido entre 2008 a 2014, el número de matrimonios cayó un 12,6%. En 2015, al llegar la recuperación, el número de matrimonios creció un 7,4%. Esto mismo ha ocurrido en el caso de los divorcios, como veremos posteriormente.

Entre 2017 y 2018 hubo una caída de casi el 7% en el número de matrimonios, pero, sin embargo, el número de parejas de hecho —y siempre según los estudios realizados por el INE— aumentó en el año 2019 con respecto al 2018, incrementándose el número de parejas de distinto sexo, reduciéndose aquellas en que ambos convivientes eran de sexo masculino y elevándose las de mismo sexo femenino.

Tras seis años de subidas consecutivas en el número de parejas de hecho en la Comunidad de Madrid, se alcanzó un récord en 2018. De hecho, la cifra lleva creciendo ininterrumpidamente desde 2001, cuando se inscribieron únicamente 29 parejas; salvo en 2012, cuando la tendencia al alza se interrumpió y el número de uniones descendió pasando de 3.836 a 2.631.

Por consiguiente, la diferencia entre matrimonios y parejas de hecho es cada vez menor en Madrid. En 1998, por cada pareja de hecho se celebraban casi 66 bodas, mientras que el año 2019 por cada unión se registraron casi seis matrimonios; lo que supone una reducción del 90%. A pesar de estos datos, en la comunidad de Madrid el número de matrimonios celebrados ha caído un

(2) ASKHAM, Janet, «Vida matrimonial de las personas mayores», en ARBER, Sara y GINN, Jay. (Comp.), *Relación entre género y envejecimiento. Enfoque sociológico*, Narcea, Madrid, 1996, pág. 170.

15% desde 1998, mientras que las parejas de hecho han crecido un 80%, de manera que la brecha entre las dos formas de convivencia es cada vez menor. Sin embargo, la diferencia entre el número de matrimonios y parejas de hecho en Madrid sigue siendo importante y alcanza casi las 20.000 parejas, de manera que el matrimonio sigue siendo la opción mayoritaria entre los madrileños.

La diferencia entre un modelo y otro de convivencia puede tener notables divergencias, no solo en los requisitos para su constitución y para su disolución, sino en cuanto a sus efectos personales y patrimoniales y los derechos derivados de su existencia o de su ruptura, tal y como analizaré posteriormente.

La duración media de los matrimonios hasta la fecha de la emisión del informe del INE al que me he referido reiteradamente fue de 16,8 años, cifra ligeramente superior a la de 2017. El 33,3% de los divorcios se produjeron después de 20 años de matrimonio y el 19,7% entre 5 y 9 años de duración. El mayor número de divorcios entre cónyuges de diferente sexo tuvo lugar en la franja de edad entre 40 y 49 años, tanto en hombres como en mujeres. En las separaciones, sin embargo, el mayor número serían hombres entre 50 y 59 años y en mujeres entre 40 y 49 años.

Los datos facilitados por el INE a finales de septiembre de 2019 revelan que durante el año 2018 se produjeron en España 99.444 casos de nulidad, separación y divorcio, de los cuales, 95.254 fueron divorcios, 4.098 separaciones y 92 nulidades, lo que supuso una tasa de 2,1 por cada 1000 habitantes, un 2,8% menos que en el año anterior. En 2018 hubo 1141 divorcios entre personas del mismo sexo (el 1,2% del total), de ellos 595 fueron entre hombres y 546 entre mujeres.

Según los datos del INE, el número de divorcios de personas mayores de 60 años se vio incrementado en la década de 2005 a 2015 en un 162%. Desde luego no es el grupo de edad en el que más divorcios y matrimonios se producen, pero sí el que más han crecido en la última década, lo que revela la transformación que se está produciendo en nuestra sociedad. Los cambios sociales, demográficos y económicos que hemos sufrido en los últimos tiempos tienen un efecto importante en la forma de afrontar el envejecimiento. El horizonte vital de las personas se ha alargado, ampliándose también la capacidad de mantener relaciones o de romper con aquellas que se establecieron en otro entorno social muy diferente.

Actualmente, las personas que se encuentran entre los 60 y los 70 años siguen estando activas, estén o no jubiladas, siguen teniendo una vida independiente, son curiosas, tienen intereses y su vida es satisfactoria. Son muy distintas de como eran las personas de esa edad hace un par de décadas en España, sobre todo en el caso de las mujeres. Ahora, si no están satisfechos con su vida, no se conforman y la cambian, mucho más, si se trata de mujeres. A esto se añade que la esperanza de vida se ha alargado, que los hijos han crecido, ya no están en casa, son inde-

pendientes; las obligaciones económicas, por lo general, ya se han extinguido, se ha pagado la hipoteca.... La sociedad, en sí, ha madurado, ha evolucionado, por lo que no solo la crítica social es menor, sino que la importancia que esas personas mayores le dan a la opinión de la sociedad ha disminuido.

En el caso de las mujeres, la decisión de romper con un matrimonio largo conlleva un deseo de poner fin a una vida insatisfecha, recuperar una libertad y una independencia que se había perdido o que nunca se había llegado a tener. En el caso de los hombres, la motivación suele ser distinta, aunque siempre implica una decisión de mejorar la calidad de vida y, muy a menudo, afrontar la nueva etapa con libertad y liberado de obligaciones preexistentes.

Es frecuente que la jubilación, al alterar el modelo de convivencia, genere problemas en las relaciones de pareja que provocan su fin. Habitualmente las diferencias que puedan existir o que se han ido generando a lo largo de la convivencia en la pareja no se evidencian por el poco tiempo que se comparte en el día a día. Cada miembro de la pareja tiene su rol definido, su propia vida, su trabajo fuera o dentro de casa y este orden familiar se altera en el momento en el que se empieza a convivir de forma más continuada, saliendo a relucir las discrepancias que, si bien existían, no se evidenciaban o no lo hacían tanto. En estas circunstancias, es habitual que, coincidiendo además con esta nueva etapa de la vida, las personas valoren su vida y se planteen su futuro, tomando decisiones al respecto que impliquen poner fin a una convivencia insatisfecha y, en muchos casos, rehacer su vida, bien contrayendo nuevo matrimonio, bien formando una pareja de hecho.

II. MATRIMONIO

Según CASTÁN TOBEÑAS la palabra «matrimonio» procede, etimológicamente, de la integración de la idea de madre. «La trilogía “amor” “matrimonio” “maternidad”, tiene un origen filológico común, remontable a la raíz hebrea “am”, madre, que ha originado directamente (a través de “amare” latino) nuestra palabra “amor”, y mediante un sencillito movimiento de transposición, la raíz indoeuropea “ma”, de donde proceden nuestras voces “madre” (sánscrito “máta”, antiguo irlandés “mathi’r”, latín “mater” y “matrimonio”»⁽³⁾.

El derecho a contraer matrimonio es un derecho derivado de la dignidad del ser humano y está reconocido en el art. 16 de la Declaración de Derechos Humanos, en el art. 23 del PIDCP, en el art. 9 de la CDFUE y en el art. 32 de la CE. El matrimonio constituye, por lo tanto, un derecho humano derivado de la

(3) CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil español, común y foral*, t. Quinto: Derecho de Familia, vol. Primero: Relaciones conyugales, 10ª Ed., revisada y puesta al día por GARCIA CANTERO, Gabriel y CASTÁN VÁZQUEZ, José Mª, Reus, Madrid, 1983, pág. 111.

dignidad de la persona y manifestación del libre desarrollo de la personalidad, también cuando se alcanza una edad avanzada y su consideración como tal refuerza el principio *favor matrimonii*⁽⁴⁾.

La definición del matrimonio ha sido siempre una cuestión compleja, no solo por las distintas clases de matrimonio existentes, sino por la evolución que ha sufrido la institución a lo largo de la historia. Las formas, los valores y los acuerdos del matrimonio han ido cambiando radicalmente en todo el mundo a lo largo de los tiempos, llegando al momento actual en que la mayor parte de la sociedad (y con independencia de las radicales diferencias entre un lugar y otro) considera que es una institución en crisis, como revelan los datos expuestos al inicio de este trabajo.

En España, hasta el año 1981, el derecho civil era subsidiario al derecho de la Iglesia Católica en materia matrimonial. Sin embargo, tras la reforma legislativa operada como consecuencia de la promulgación de la Constitución y, en concreto, de su art. 32, el matrimonio ha pasado a ser una institución de derecho de familia y, por consiguiente, de derecho civil, lo que ha generado su propia doctrina civilista.

Para DIEZ-PICAZO y GULLÓN, el matrimonio es un negocio jurídico de Derecho de familia, que está formado por la concorde voluntad de los contrayentes y por las declaraciones de voluntad que los mismos emiten dirigidas a «*unirse en matrimonio*». La intervención de los funcionarios del Estado o, en su caso, de los ministros de un culto religioso, no priva al acto jurídico en cuanto a tal de su carácter de negocio jurídico. Y ello es así, porque el efecto jurídico se produce como una derivación de la autonomía privada —los contrayentes son los esposos— y no del poder público —los funcionarios o ministros de culto, que solo son fedatarios del negocio jurídico—⁽⁵⁾.

Pero el matrimonio es también el vínculo o la relación jurídica que se crea entre las partes como consecuencia de la realización del acto y presupone el concurso de las siguientes circunstancias: (i) la existencia de una determinada capacidad de las personas para llevar a cabo tal acto (*ius connubi*) (ii) la voluntad de los contrayentes que debe centrarse en el consentimiento matrimonial, que debe ser libre y voluntario y (iii) las solemnidades que debe revestir exteriormente el acto.

ROCA TRÍAS considera que, en los actuales planteamientos jurídicos, el matrimonio debe considerarse una institución neutra, no solo porque ha perdido su

(4) STS, Sala 1.ª, núm. 145/2018 de 15 de marzo.

(5) DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV: Derecho de Familia. Derecho de sucesiones, 3ª Ed., Tecnos, Madrid, pág. 67.

tradicional función de constituir una familia, dado que esta puede originarse a través de otras formas de convivencia, sino también porque otros grupos de personas van a tener acceso al mismo⁽⁶⁾.

Según la historiadora y socióloga Stephanie COONTZ⁽⁷⁾, la crisis de la vida familiar se debe, en gran medida, a la igualdad de géneros. El cambio producido en la relación entre hombres y mujeres a lo largo de la segunda parte del siglo pasado ha jugado un papel fundamental en la transformación operada en la institución del matrimonio. Hasta la década de los 50 del siglo pasado, era raro una familia que se apoyara en un solo proveedor, el hombre, sino que en esta labor participaban activamente tanto las mujeres como los niños. Sin embargo, a partir de los 50, la mayoría de los matrimonios tanto de la Europa Occidental como de Norteamérica estaban formados por un ama de casa mantenida económicamente por un marido que trabajaba fuera del hogar familiar. Un dato importante a tener en cuenta es que esta fue la década del *baby boom*, incrementándose el número de nacimientos con respecto a los cien años anteriores. Pero lo que podría decirse que fue una consecuencia de las postguerras, lo cierto es que para Stephanie COONTZ fue la culminación de un nuevo sistema matrimonial que había estado evolucionando durante más de ciento cincuenta años y que ha dado lugar a que el matrimonio se desnaturalice, reduciéndose su número y aumentando el número de parejas que conviven sin haber contraído matrimonio.

Además, la incorporación casi completa de la mujer en la vida laboral ha provocado que el cambio en la institución del matrimonio haya dado otra vuelta de tuerca más, incluyendo, como ya hemos visto, a los hombres en aquellas labores domésticas y de crianza de los hijos en las que antes estaban excluidos socialmente. Una prueba más que evidente de este cambio en los derechos y obligaciones de los cónyuges la tenemos en la modificación del art. 68 del CC del año 2005, en que el legislador incluyó una nueva obligación de los cónyuges, la de compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo, quedando así incorporada al conjunto de obligaciones y deberes que los cónyuges adquieren como consecuencia de su unión: vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Pero, incongruentemente, al mismo tiempo que se ampliaban las obligaciones legales que formaban parte del vínculo matrimonial, se dejaba sin contenido dicha institución al

(6) ROCA TRIAS, Encarnación, «Libertad y Derecho a Contraer Matrimonio», en AAVV, *Homenaje a Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, La Voz del Derecho de Familia*, capítulo 29, AEAF, febrero 2017, pág. 343 y ss.

(7) COONTZ, Stephanie, *Historia del Matrimonio, como el amor conquistó el matrimonio*, Gedisa, Barcelona, junio 2006, pág. 20.

modificar los requisitos para decretar la separación legal o su disolución por divorcio, que quedaban reducidos al transcurso de un plazo de 3 meses desde su celebración.

El art. 32 de CE establece que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos. Y en uso de la libertad de configuración que le concede la CE, el Legislador modificó en el año 2005 el art. 44 del CC, estableciendo que «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio de acuerdo con las disposiciones de este Código. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo», considerando el TC que el legislador, en uso de la libertad de configuración que le concede la CE, ha modificado el régimen de ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio, sin afectar a su contenido.

La jurisprudencia del TC ha interpretado el art. 32 CE en el sentido de otorgarle un doble contenido, de modo que el matrimonio, en la *Carta Magna*, es una garantía institucional y, simultáneamente, un derecho constitucional. Por tanto, el matrimonio se configura, tal y como aparece en el FJ 3º de la STC 184/1990, de 15 de noviembre, como una «institución garantizada por la Constitución», y a su vez «contraer matrimonio» es un derecho constitucional, tal y como se desprende de su ubicación en la norma fundamental, correspondiendo el desarrollo de su régimen jurídico, por mandato constitucional ex art. 32.2 CE, a una ley que debe respetar su contenido esencial.

Tal y como recoge ROCA TRIAS, «el legislador debe respetar el matrimonio, de acuerdo con lo establecido en el artículo 32 CE, aunque puede organizarlo de acuerdo con los objetivos que la sociedad demanda y por ello, según la sociedad a la que va dirigido, puede admitir o no la validez del matrimonio de personas del mismo sexo; puede admitir también diferentes formas de matrimonio, como ha ocurrido con la forma notarial introducida por la ley 15/2015, y puede atribuir determinados efectos al matrimonio y negarlos a quienes cohabitan sin estar casados»⁽⁸⁾.

En la sociedad actual, y tal y como hemos visto al inicio de este trabajo, el índice de personas mayores de 60 años que contraen matrimonio se ha incrementado en las últimas décadas, y ello sin tener la influencia que en estos datos tendrá, no solo las consecuencias personales de la pandemia por *COVID-19*, sino las económicas que también influyen de forma plena en el ánimo de las personas a la hora de casarse. Y dado que este trabajo se centra en el enveje-

(8) Vid. ROCA TRIAS, Encarnación, «Libertad y Derecho a Contraer Matrimonio», *op. cit.*, pág. 352.

cimiento de la sociedad, me parece esencial profundizar en el matrimonio de aquellas personas mayores que padecen determinadas enfermedades psíquicas y/o neurológicas, consecuencia de su edad, que puedan afectar a su capacidad para contraerlo y, por lo tanto, a la validez del consentimiento prestado.

No podemos olvidar que la causa del nacimiento del vínculo matrimonial es el consentimiento de los cónyuges —art. 45 CC— por lo que la falta de capacidad natural de querer y entender la unión es un requisito de validez del matrimonio. En el año 1981 se derogó la norma que impedía celebrar un matrimonio válido a «los que no estuvieran en pleno ejercicio de su razón al tiempo de contraer matrimonio»⁽⁹⁾.

En el matrimonio se requiere, como en cualquier otro negocio jurídico, una voluntad real y válida, no aquejada de vicios invalidantes, siendo decisiva la capacidad para expresar un consentimiento matrimonial referido a la persona del otro contrayente. El consentimiento no puede ser limitado ni condicionado, tal como expresa el pfo. segundo del art. 45 CC, por tratarse de un negocio jurídico puro.

Pese a la presunción general de capacidad de los mayores de edad para todos los actos de la vida civil —art. 32 CC— esta presunción está sujeta a excepciones en las que debe comprobarse previamente la capacidad natural de la persona para prestar su consentimiento a un acto determinado y en este sentido, el art. 56 del CC⁽¹⁰⁾ contempla, en su segundo pfo., que «Si alguno de los contrayentes estuviera afectado por deficiencias o anomalías psíquicas se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento». Es de extrema relevancia, en este sentido, la S dictada por la Sala de lo Civil del TS el 15 de marzo de 2018⁽¹¹⁾ que casa la SAP de Valencia (Sec. 10ª) y desestima la demanda de nulidad de un matrimonio contraído en China por un enfermo de Alzheimer, cuya capacidad había sido modificada como consecuencia de su enfermedad tan solo seis meses después de la celebración del matrimonio. El argumento utilizado por el TS se apoya en que siendo el derecho a contraer matrimonio un derecho humano recogido en el art. 32 de la CE, el mismo no puede estar limitado a las personas con discapacidad, dado que conforme al art. 23.1.a) de la CDPD, los Estados deben lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones que las demás, a fin de asegurar que aquellas que estén en edad de contraer matrimonio, puedan hacerlo y así puedan fundar una familia en igualdad de derechos. Continua di-

(9) *Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.*

(10) *Modificada su redacción por el apdo. 9 de la DF primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria.*

(11) STS, Sala 1.ª, núm. 846/2018 de 15 de marzo).

ciendo el TS que puesto que la causa del nacimiento del vínculo matrimonial es el consentimiento de los cónyuges, la falta de capacidad natural de querer y entender la unión es un requisito de validez del matrimonio, recogiendo en la actualidad el consentimiento matrimonial de una manera más acorde al *ius connubii* en los arts. 45 y 73.1º del CC, poniendo de relieve el art. 56 del mismo texto legal que las deficiencias o anomalías psíquicas por sí mismas no impiden celebrar un matrimonio válido, existiendo el control que se realiza, de manera previa, al realizar el expediente matrimonial a efectos de autorizar o no su celebración y ello, sin romper la presunción general de capacidad de los mayores de edad para todos los actos de la vida (art. 322 CC) de forma que sólo por la sentencia judicial que contenga la declaración de incapacitación se entenderá constituido este estado (art. 199 CC y 756 a 762 LEC). Es más, la redacción del art. 56 CC dada por la Ley 4/2017 de 28 de junio⁽¹²⁾ ratifica la tendencia jurisprudencial a no considerar causa de nulidad la inexistencia de un dictamen médico al tramitar el expediente matrimonial. El Alto tribunal, en la sentencia referida continúa diciendo que «Esta presunción general de capacidad admite excepciones por las que debe comprobarse previamente la capacidad natural de la persona para prestar consentimiento a un acto determinado, y así sucede con el matrimonio porque el art. 56 CC dispone en el párrafo segundo que “si alguno de los contrayentes estuviera afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su actitud para prestar consentimiento”»; «y se exige tal dictamen en vez de negar sin más capacidad, porque en el matrimonio se requiere, como en cualquier otro negocio jurídico, una real y válida voluntad no aquejada de vicios invalidantes, pero, sin embargo, la solución acogida por nuestro Derecho vigente, en línea con los antecedentes históricos, es excluir que las deficiencias o anomalías psíquicas constituyen por sí mismas impedimentos para que la persona afectada por las mismas pueda contraer matrimonio»⁽¹³⁾.

El TS en la sentencia analizada insiste en su criterio de que «la discapacidad intelectual, *per se*, no determinan la falta de consentimiento matrimonial ni, por ello, la nulidad del matrimonio. Puesto que lo decisivo es la capacidad para expresar un consentimiento matrimonial referido a la persona del otro contrayente, la ausencia de informe médico tampoco determina *per se* la nulidad del matrimonio. No obstante, con dictamen médico o sin él, en ningún caso se excluye el ejercicio de una posterior acción judicial de nulidad en la que con todo medio de pruebas se valore la concurrencia de los requisitos de capacidad en el momento de la celebración del matrimonio».

(12) Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

(13) STS, Sala 1.ª, núm. 235/2015 de 29 de abril.

No obstante la decisión de la Sala de casar la sentencia, el Magistrado Excmo. Sr. D. FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS formuló voto particular al discrepar del fallo de considerar que no podía descartarse que el esposo poseía capacidad suficiente para otorgar consentimiento matrimonial, cuando los informes médicos obrantes en las actuaciones le habían declarado persona no capaz para el gobierno de su persona y de la administración de sus bienes de forma adecuada como consecuencia de su enfermedad físico psíquica — Alzheimer— de etiología degenerativa con atrofia cerebral, siendo esta, siempre según los informes médicos, persistente e irreversible en tiempo, produciéndole alteraciones mentales que repercutían sobre los elementos integrantes de su capacidad de obrar, esto es, presentando alteraciones en la inteligencia y voluntad necesarias para obrar con conocimiento y juicio suficiente para inspirar una libre decisión sobre la complejidad de obligaciones que determinan las circunstancias familiares y patrimoniales, desbordando así por completo sus posibilidades intelectivas y volitivas.

Entiende el magistrado firmante del voto particular que el hecho de que ni la esposa, ni los testigos de la boda, informaran al Cónsul español ni al funcionario chino que presidieron el matrimonio civil, de la enfermedad de Alzheimer de la que estaba aquejado el novio y que el matrimonio se contrajera iniciado y tramitándose el proceso de incapacidad, sin que dado el estado de su Alzheimer, su capacidad hubiera mejorado en el momento de contraer matrimonio ante el Cónsul, le hacen concluir que, de acuerdo con los arts. 45, 56 y 73 del CC, el esposo no tenía capacidad para otorgar el consentimiento matrimonial. Su problema no era sólo el padecimiento de una enfermedad, ni la discapacidad *in genere* sino una notoria incapacidad para comprender y querer, en relación con el consentimiento matrimonial. La protección del discapaz, según el Magistrado que formula el voto particular, no se alcanza exclusivamente con la ampliación de su autonomía, dado que una eficaz ayuda del discapaz también conlleva la restricción de aquellas facultades para cuyo ejercicio no está preparado, garantizando que pueda desarrollarse, personal, social y económicamente sin interferencias injustificadas de terceros, voto particular con el que me muestro totalmente conforme.

III. RELACIONES DE CONVIVENCIA SEMEJANTES AL MATRIMONIO. PAREJAS DE HECHO

La pareja de hecho es aquella que convive sin haber contraído matrimonio, a la que le son reconocidos determinados efectos jurídicos en la medida en la que cumple los requisitos legalmente establecidos⁽¹⁴⁾.

(14) Diccionario del Español Jurídico (RAE).

El Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo de 24 de junio de 2016, por el que se establece una Cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, la define en su art. 3 como «el régimen de vida en común de dos personas regulado por ley, cuyo registro es obligatorio conforme a dicha ley y que cumple las formalidades jurídicas exigidas por dicha ley para su creación».

La Sala Primera del TS, en su S de 18 de mayo de 1992 estableció que «*La convivencia more uxorio ha de desarrollarse en régimen vivencial de años, practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunal vía amplia, intereses y fines, en el núcleo de un mismo hogar*»⁽¹⁵⁾.

Algunos autores distinguen entre (i) parejas *paramatrimoniales*, registradas o inscritas, que son aquellas uniones de una pareja, reconocidas y, de alguna forma, reguladas por una ley, que se constituyen por voluntad expresa de sus componentes, integrando un negocio jurídico y que se inscriben en un Registro. Sus efectos están determinados tanto por la Ley que los reconoce como por los pactos válidos que libremente hayan podido suscribir entre ellos; (ii) las Uniones *de derecho*, que son aquellas integradas por una pareja, cuyo fin es la convivencia pero que rechazan la forma y los efectos del matrimonio y aquellos que les conceden las correspondientes leyes de parejas de hecho; (iii) las uniones *por imperativo legal*, que son las que por la simple vida en común (sin plazo de convivencia exigido legalmente) y por el hecho de tener descendencia común algunas leyes como la navarra, la catalana y la canaria, les reconocen efectos; y, por último (iv) las uniones *de hecho* que son las formadas por parejas que no quieren someterse a ninguna regulación, porque rechazan que su constitución o cese tenga consecuencia o efecto jurídico alguno, bien porque no quieren bien porque no puedan⁽¹⁶⁾.

En el ordenamiento español no existe una regulación a nivel estatal de las parejas de hecho, a pesar de los intentos frustrados que ha habido a lo largo de los años, habiendo sido las CCAA —todas excepto la gallega, la murciana y la riojana— las que lo han hecho⁽¹⁷⁾. En Castilla La Mancha y Castilla León no existe una Ley de parejas estables, pero si un Registro Administrativo.

(15) STS, Sala 1.ª, núm. 469/1992, 18 de mayo de 1992.

(16) ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, LUIS, «El matrimonio y los nuevos modelos de familia», Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2019, pág. 657. *Vid.* MAGRO SERVET, VICENTE, «¿Parejas de hecho o de Derecho?», *La Ley*, año XIX, núm. 4493, 5 de marzo 1998, pág. 1.

(17) La Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, regula la convivencia estable en pareja en su Cap. IV del T. III.

Salvo País Vasco, Madrid, Valencia y Canarias, el resto de las leyes autonómicas exigen como característica identificadora de la unión estable de pareja, el requisito de relación de afectividad análoga a la del matrimonio, intentando diferenciarla del matrimonio. Las leyes de Madrid, Valencia, Navarra, Extremadura, Cantabria, Canarias, Asturias, requieren una convivencia previa mínima de un año para poder inscribirse; dos años exigen Aragón y Cataluña, debiendo acreditarse la convivencia por dos testigos en el momento de su inscripción en el Registro de Parejas de Hecho. Baleares y el País Vasco solo precisa su inscripción registral. La Ley andaluza es la única que no requiere ni de tiempo mínimo de convivencia ni de inscripción registral para su reconocimiento.

El carácter constitutivo de la inscripción en el correspondiente Registro también se mantiene con inequívoca claridad en muchas de las legislaciones autonómicas sobre las parejas estables: así, en Islas Baleares, el art. 1.2 de la Ley 18/2001, de 19 de diciembre; en Galicia, la DA Tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio; en País Vasco, el art. 3 de la Ley 2/2003, de 7 de mayo; en Comunidad Valenciana, el art. 3 de la Ley 5/2012, de 15 de octubre.

La unión estable de pareja no produce entre los convivientes un estado civil y por ello no hay efectos jurídicos personales como los producidos entre los cónyuges. Al no existir vínculo de parentesco entre la pareja, lógicamente tampoco existe entre ellos el deber de prestarse alimentos, que nace de la propia relación de parentesco. Sin embargo, las leyes de parejas de hecho de Aragón,

El T.VI del L. Segundo del DLeg 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas contiene la regulación de las parejas estables no casadas. Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, de Navarra. La STC Pleno 93/2013, de 23 de abril, declaró la nulidad de varios preceptos de la ley Foral Navarra de parejas de hecho, teniendo dos votos particulares a favor de la inconstitucionalidad de la totalidad de la ley.

Ley 5/2012, de 15 de octubre, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana. Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid. STC Pleno 81/2013 de 11 de abril, declaró la nulidad de preceptos legales de la Ley de Parejas de hecho de Madrid de 2001 en cuanto a la regulación de sus efectos económicos y patrimoniales.

Ley del Principado de Asturias 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables.

Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho, de Andalucía.

Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias.

Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, del País Vasco.

Ley 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables, de Illes Balears.

Baleares y Cataluña si reconocen una obligación alimenticia si se dan determinados supuestos.

Casi todas las leyes autonómicas establecen unos principios generales muy similares, exigiendo a sus AAPP que impulsen las actuaciones encaminadas a legitimar el reconocimiento y la protección de las parejas de hecho, mediante el respecto a cada individuo en la libre elección de su opción sexual y el respeto a su identidad sexual; la igualdad y no discriminación de las personas por razón del modelo de unidad de convivencia que hayan elegido y la autonomía en la configuración de los derechos y obligaciones derivados de su unión.

Como he dicho anteriormente, las leyes autonómicas, casi sin excepción, tratan de afirmar la semejanza de las uniones de hecho con el matrimonio, aunque la Jurisprudencia afirma con carácter general que, pese a sus semejanzas, son diferentes. El Tribunal Constitucional, en STC 19/1990, de 19 de noviembre, y ATC 156/1987 ha declarado que la unión libre o de hecho no es una situación equivalente al matrimonio y, al no serlo, no puede ser aplicada a aquélla la normativa reguladora de este, en cuanto a las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes, pues los que en tal forma se unieron, pudiendo haberse casado, lo hicieron, precisamente y en la mayoría de los casos, para quedar excluidos de la disciplina matrimonial y no sometidos a la misma⁽¹⁸⁾, algo que suele ocurrir en personas de edad avanzada, que salen de una relación matrimonial larga.

El TEDH de Estrasburgo, de 10 febrero 2011, en el asunto *Korosidou vs. Grecia*, resuelto por su Sec. primera rechazó la existencia de analogía entre matrimonio y pareja de hecho, con el siguiente argumento: «las consecuencias jurídicas de un matrimonio de una pareja civil —en la cual dos personas deciden expresa y deliberadamente comprometerse— distingue esta relación de otras formas de vida en común. Más allá de la duración o del carácter solidario de la relación, el elemento determinante es la existencia de un compromiso público, que conlleva un conjunto de derechos y de obligaciones de orden contractual. De manera que no puede haber analogía entre una pareja casada y un partenaire civil, y por otro lado, una pareja heterosexual u homosexual, donde los miembros han decidido vivir juntos sin devenir esposos o partenaires civiles (Burden precitado §65).[...]».

La unión estable de pareja podrá disolverse por la sola voluntad de uno de los integrantes de la pareja, y no es preciso sanción jurídica o legal de la disolución. También se disuelve, por defunción o declaración de fallecimiento de uno de sus miembros o por el matrimonio de uno de sus convivientes. La convivencia podrá regularse mediante los pactos que alcancen sus miembros con

(18) STS 4 abril 1997.

objeto no solo de regir sus relaciones económicas durante la convivencia, sino para liquidarlas tras su cese. Dichos pactos serán nulos siempre y cuando sean contrarios a las leyes, limitativos de la igualdad de derechos que corresponden a los convivientes o gravemente perjudiciales para uno de ellos, en virtud de la autonomía de la voluntad contemplada en el art. 1255 CC.

En general, la mayor parte de las leyes autonómicas contemplan la libertad de pactos entre los convivientes para regular sus relaciones patrimoniales mientras dure la convivencia⁽¹⁹⁾, que deberán establecerse válidamente en escritura pública y en algunos casos, inscribirse en el Registro correspondiente, presumiéndose que a falta de acuerdo y salvo prueba en contrario, los componentes de la pareja de hecho contribuyen al mantenimiento de la vivienda y de los gastos comunes de forma proporcional a sus posibilidades mediante aportación económica o trabajo personal, manteniendo su independencia patrimonial.

Tal y como he dicho al inicio, el número de parejas de hecho en España ha aumentado en las últimas décadas, aunque sigue habiendo más matrimonios que uniones de hecho. No cabe ninguna duda de que las parejas de hecho tienen una relevancia social en la actualidad, pero en ningún caso pueden ser equiparables al matrimonio, y así lo ha declarado el TC de forma reiterada⁽²⁰⁾.

Los efectos personales del cese de la convivencia y de la ruptura de la pareja de hecho varían de unas CCAA a otras, dependiendo de sus respectivas legislaciones, lo que vulnera el principio de igualdad de todos los españoles recogido en el art. 139.1 de la CE. En este sentido, la STS, Sala 1.ª, de 5 de julio de 2001 (Rec. 1580/1996), al referirse a la aplicación a la ruptura de una pareja de hecho del principio del enriquecimiento injusto, califica la diferencia de inclusión de la posibilidad de aplicar analógicamente el art. 97 del CC —regulador de la pensión compensatoria reconocida en la separación o divorcio—, como generador de desigualdad entre las personas: «De no ser así (de no aplicar normas

(19) Art. 234-2 CCCat, art. 10 de la Ley núm. 5/2002 de 16 de diciembre de Parejas de Hecho de Andalucía; Art. 8 Ley 1/2005 de 16 de mayo de Parejas de hecho de Cantabria, Art. 6 de la Ley 5/2003 de 20 de marzo de Parejas de Hecho de Extremadura; Art. 7 de la Ley 5/2003, de 6 de marzo para la regulación de la Ley de Parejas de Hecho de Canarias; Art. 4 de la Ley 11/2001 de 19 de diciembre de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid; El Art. 7 de la Ley de Uniones de Hecho de la comunidad Valenciana, referido a la libertad de regulación fue declarado nulo por STC 110/2016 de 9 de junio; Art. 4 de la Ley 18/2001 de 19 de diciembre de Parejas Estables de Illes Balears; art. 5 Ley Foral 6/2000 de 3 de julio, de Igualdad Jurídica de Parejas Estables de Navarra; Art. 5 Ley 4/2002 de 23 de mayo, de parejas estables de Asturias; Art. 5 Ley 6/1999 de 26 de marzo, relativo a parejas estables no casadas de Aragón.

(20) STC (Pleno) núm. 184/1990, de 15 de noviembre (Rec. 1419/1988); STC (Pleno) núm. 222/1992 de 11 de diciembre (Rec. 1797/1990).

análogas igualitarias), ello conduciría inexorablemente a que los españoles no pertenecientes a alguna autonomía que haya legislado en este punto, hayan de utilizar el argumento del enriquecimiento injusto o sin causa, que ha sido denostado por un importante sector de la doctrina civilista, lo que representa, sin duda, una desigualdad.»

En todo caso, en general, todas las legislaciones autonómicas incapacitan a un miembro de una pareja de hecho a constituir otra mientras no se haya disuelto la anterior, se haya inscrito en el Registro su extinción o dejado sin efecto el documento público pactando su constitución. Aragón prohíbe formar otra nueva pareja de hecho hasta seis meses después de la extinción de la anterior, algo que no ocurre cuando se trata de contraer nuevo matrimonio tras la disolución del anterior. No se prohíbe, en ninguna de ellas, contraer matrimonio, disolviéndose de facto la pareja de hecho previamente constituida. Extremadura, Baleares, Navarra, Aragón y Cataluña recogen en sus leyes como efecto inherente a la ruptura de la pareja la revocación de los poderes que se hubieran podido otorgar los convivientes.

En cuanto a los efectos económicos de la ruptura de las uniones de hecho, el TC ha reforzado la línea jurisprudencial de la Sala de lo Civil del TS de que no cabe aplicar por *analogía legis* las normas del matrimonio a los supuestos de ruptura de la convivencia *more uxorio* o unión de hecho, pero no descarta que pueda recurrirse, en defecto de pacto, a principios generales como el del enriquecimiento injusto⁽²¹⁾, insistiendo en la necesidad de que para su estimación concurren los requisitos exigidos por la doctrina jurisprudencial: un aumento del patrimonio del enriquecido, un correlativo empobrecimiento del actor, la falta de causa que justifique el enriquecimiento y la inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación de tal principio. En este sentido, la STS del Pleno de la Sala Civil núm. 37/2018 de 15 de enero, deja claro que no procede la aplicación del enriquecimiento injusto cuando se dan diversas circunstancias «La actora no se dedicó en exclusiva a la atención de los hijos y del hogar familiar, y el hecho de una mayor dedicación a los hijos no comportó un empobrecimiento de la actora y un enriquecimiento del demandado; la convivencia no implicó una pérdida de expectativas y el abandono una actividad en beneficio propios por la dedicación en beneficio del demandado, ni el desatendimiento de su propio patrimonio, ni le impidió obtener beneficios mediante el desarrollo de una actividad remunerada»⁽²²⁾.

(21) STC 93/2013, de 23 de abril.

(22) Vid. AMUNATEGUI RODRIGUEZ, Cristina, «Comentario de la STS de 15 de enero de 2018 (17/2018) Nuevo intento de orden sobre las reclamaciones económicas en el momento de la ruptura de las parejas no casadas», *Biblioteca Jurídica Digital*, BOE, Comentarios sentencias unificación doctrina civil y mercantil, 2018.

Insiste el TC en destacar que en el Derecho Civil estatal no existe una regulación general de las parejas no casadas y que si bien el legislador ha equiparado algunos efectos de las parejas casadas a las no matrimoniales (arts. 101, 320.1, 175.4 CC, arts. 12.4, 16.1 b y 24.1 LAU⁽²³⁾), nada ha ocurrido con respecto a la pensión compensatoria del art. 97 del CC por lo que con independencia de los pactos válidos a los que puedan llegar las partes, no existe una previsión legal que contemple para el caso de extinción de la pareja una compensación de ningún tipo (ni alimenticia en caso de necesidad, ni por desequilibrio, ni por haber trabajado para el hogar o para el otro cónyuge).

En este sentido, el TS en la S de 15 de enero de 2018 anteriormente citada, hace un análisis detallado del derecho aplicable y de la Doctrina de la Sala en relación con los efectos del cese de la ruptura de la pareja de hecho, rechazando la aplicación analógica del régimen matrimonial al cese de la convivencia de una pareja no casada⁽²⁴⁾, si bien reconociendo que esta falta de analogía no impide la aplicación de alguna de sus reglas por analogía *legis*. En este sentido, son de destacar las STS núm. 130/2014 de 6 de marzo y núm. 563/2017 de 17 de octubre que niegan la atribución del uso de la vivienda en copropiedad, por aplicación del art. 96 del CC. La STS núm. 531/2018, de 26 de septiembre aplica analógicamente el art. 767 del CC al declarar la ineficacia de un legado a favor de la pareja que ya no lo es en el momento del fallecimiento del testador, estimando la presencia de causa falsa. Sin embargo, la S del Pleno núm. 622/2016 de 19 de octubre rechaza la aplicación analógica de los convivientes con los casados a la hora de solicitar la nulidad de un testamento de la pareja de la heredera que actúa como testigo, alegando que se trata de instituciones distintas y defendiendo el *favor testamenti*.

Como ya he dicho anteriormente, la mayor parte de las legislaciones autonómicas se refieren a los pactos otorgados por los convivientes para la regulación no solo de los efectos patrimoniales derivados de la convivencia, sino también de su cese, exigiendo alguna de ellas su inscripción registral para reconocer su validez. Cataluña recoge la posibilidad de someter a la autoridad judicial competente la aprobación de los pactos que recojan los efectos económicos derivados de la ruptura, junto con aquellos que afectan a los hijos.

Cataluña reconoce el derecho del conviviente que ha trabajado para la casa más que el otro o ha trabajado para el otro sin retribución o con una retribución insuficiente, a percibir una compensación económica del otro, siempre y cuando, en el momento del cese de la convivencia el otro haya obtenido un

(23) Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.

(24) STS (1ª. Pleno) núm. 611/2005 de 12 de septiembre.

incremento patrimonial superior (art. 234-9 CCCat)⁽²⁵⁾, aplicándose a esa compensación económica las reglas de cálculo establecidas para el matrimonio (arts. 232-5 a 232-10 CCCat). Además de este derecho, la ley catalana, recoge la posibilidad de que los convivientes puedan reclamar alimentos, si la convivencia ha reducido la capacidad del solicitante de obtener ingresos o si tiene la guarda de los hijos comunes, regulando también la ineficacia de los pactos de renuncia a la prestación alimenticia de aquel que ha visto comprometida su posibilidad de cubrir sus necesidades por la convivencia, salvo que dicha renuncia se haga en un convenio suscrito al cese de la convivencia que se presente para su aprobación judicial (art. 234.10 CCCat). Si uno de los convivientes muere antes de que pase un año desde la extinción de la pareja estable, el otro, en los tres meses siguientes al fallecimiento, puede reclamar a los herederos su derecho a la prestación alimentaria. La misma regla debe aplicarse si el procedimiento dirigido a reclamar la prestación alimentaria se extingue por el fallecimiento del conviviente que debería pagarla. En todo caso, tanto los derechos a percibir una prestación alimentaria como una compensación económica por razón del trabajo prescriben al año de la extinción de la pareja de hecho y su reclamación debe hacerse en el mismo procedimiento judicial en el que se solicitan los efectos derivados de la extinción de la pareja de hecho. La cuantía de la compensación que se fije guardará relación, entre otros factores, con la duración de la convivencia.

Aragón recoge la posibilidad de que uno de los convivientes reclame una compensación económica al otro, cuando la convivencia haya supuesto una situación de desigualdad patrimonial entre ambos convivientes que implique un enriquecimiento injusto (Art. 310 Código de Derecho Foral de Aragón)⁽²⁶⁾ y la Ley Navarra⁽²⁷⁾ dispone que, en defecto de acuerdo, cuando la convivencia cesa, aquel conviviente que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado en el hogar común o para el otro conviviente, tiene derecho a recibir una compensación económica en caso de que se haya generado por este motivo una situación de desigualdad entre el patrimonio de ambos que implique un enriquecimiento injusto (art. 5.5). En este sentido, es de destacar la STS, Sala 1.ª, de 27 de marzo de 2001⁽²⁸⁾ en la que su Ponente, Almagro NOSETE, analiza el eco que ha encontrado la doctrina jurisprudencial del enriquecimiento injusto en la regulación autonómica del derecho a percibir una compensación económica a la ruptura de la convivencia.

(25) Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

(26) DLeg 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.

(27) Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, de Navarra.

(28) STS, Sala 1.ª, núm. 327/2001 de 27 de marzo.

Baleares equipara los derechos del cónyuge viudo a los del conviviente que sobreviva al miembro de la pareja premuerto, reconociéndole los mismos derechos tanto en caso de sucesión testada como intestada. La ley andaluza, además de reconocer los derechos que hubieran pactado los convivientes para el caso de fallecimiento de uno de sus miembros, y con independencia de los derechos hereditarios que le hubieran reconocido por testamento, recoge el derecho del supérstite al uso del domicilio común durante el plazo de un año. Este derecho al uso de la vivienda común también le es reconocido al superviviente en la Ley vasca, siempre y cuando durante el plazo de un año, no constituya una nueva pareja de hecho o contraiga matrimonio. Además, la ley vasca contempla la posibilidad, siempre y cuando no perjudique la legítima de los herederos forzosos, de reconocer al superviviente el derecho a la propiedad del ajuar doméstico.

No cabe ninguna duda que los efectos de la ruptura de las parejas de hecho tienen diferentes consecuencias cuando se trata de parejas de personas mayores, fundamentalmente por el hecho de que muchas de ellas se ocultan con objeto de no perder derechos de viudedad o pensión compensatorias reconocidas como consecuencia de su unión matrimonial previa que, conforme al art. 101 del CC se extinguirían. No obstante, en aquellos casos en que las parejas de hecho están constituidas por personas mayores de 65 años, la necesidad de su regulación se hace más necesaria por las consecuencias que puede tener su extinción tanto en caso de ruptura como de fallecimiento de uno de los convivientes.

Soy una firme partidaria del derecho preventivo, de la necesidad de que las partes implicadas, en el ejercicio de la autonomía de su voluntad y conforme al art. 1255 CC, lleguen a pactos válidos sobre los efectos del cese de su relación, acuerdos que pueden modificar tantas veces como sea necesario, siempre y cuando no sean contrarios a las leyes, limitativos de la igualdad de derechos que corresponden a los convivientes o gravemente perjudiciales para uno de ellos. Si siempre es conveniente que sean los propios interesados quienes pacten el modo de regir su convivencia, los efectos de su ruptura, mucho más en el caso si los interesados son mayores, puesto que es mucho más habitual que cada uno de ellos traiga hijos de relaciones anteriores, complicando así sus relaciones personales.

En cuanto al derecho a percibir la pensión de viudedad, el Pleno de la Sala de lo Social del TS, en S núm. 58/2018 de 25 de enero, dictada en recurso de casación por unificación de doctrina, recoge muy detalladamente la Jurisprudencia de dicha Sala —ratificada por el TC—⁽²⁹⁾ en torno a los requisitos exigidos para que un miembro de una pareja de hecho tenga derecho a percibirla al fallecimiento de su conviviente.

(29) SSTC 40/2014, de 11 de marzo; 45/2014, de 7 de abril; y 60/2014, de 5 de mayo.

En este sentido y sobre si es necesario que la pareja esté inscrita en el correspondiente Registro público o exista una documentación notarial que recoja su constitución la solución por la que ha optado el legislador en el art. 174.3 LGSS⁽³⁰⁾ no consiste, conforme determina el TS⁽³¹⁾, en una exigencia probatoria duplicada sobre un mismo extremo —la existencia de la «pareja de hecho»—, sino que los dos mandatos legales van referidos a otras tantas exigencias diferentes: a) la material, de convivencia estable e ininterrumpida como pareja de hecho durante el mínimo de cinco años; y b) la formal — *ad solemnitatem*— de verificación de que la pareja se ha constituido como tal ante el Derecho y dotada de «análoga relación de afectividad a la conyugal», con dos años de antelación al hecho causante —en forma muy similar a la que se produce en el matrimonio—. La pensión de viudedad que la norma establece no es, por tanto, en favor de todas las parejas de hecho con cinco años de convivencia acreditada, sino en exclusivo beneficio de las parejas de hecho «registradas» cuando menos dos años antes o que han formalizado su relación ante Notario en iguales términos temporales, y que igualmente cumplan aquel requisito convivencial exigido por la norma.

IV. SEPARACIÓN Y DIVORCIO

La separación es la suspensión legal de los efectos del matrimonio, de los derechos y obligaciones derivados del vínculo matrimonial, con exclusión de aquellos que, como efectos de la separación, hayan sido pactados por las partes o impuestos por una resolución judicial, como el deber de convivencia, el cese de la posibilidad de vincular los bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica o la revocación de consentimientos y poderes que se hubieran otorgado los cónyuges (arts. 83 y 102 CC). La separación no provoca la ineficacia total y permanente del matrimonio como ocurre con el divorcio, sino una ineficacia parcial y temporal. El vínculo matrimonial no desaparece, el estado civil de casado permanece, a pesar de la separación y el casado separado no puede contraer nuevo matrimonio porque está ligado por vínculo matrimonial previo (art. 46.2 CC)⁽³²⁾. La separación únicamente se produce por el ejercicio de una acción, el trámite de un proceso que finaliza por una sentencia o decreto judicial o por el otorgamiento de una escritura pública que tendrán, en todo caso, carácter constitutivo⁽³³⁾.

(30) LGSS.

(31) *Vid.* SSTS 20/07/10 —rcud 3715/09—; 03/05/11 —rcud 2897/10—; SG 22/09/14 —rcud 2563/10—; SG 22/09/14 —rcud 1958/12—; SG 22/10/14 —rcud 1025/12—; SG 23/02/16 —rcud 3271/14—; 02/03/16 —rcud 3356/14—; 11/05/16 —rcud 2585/14—; 01/06/16 —rcud 207/15—; 08/11/16 —rcud 3469/14—; y 07/12/16 —rcud 3765/14—].

(32) O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Código Civil comentado con Jurisprudencia*, Ed. La Ley, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, pág. 157.

(33) Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria.

Se denomina divorcio a la institución legal que permite la disolución del vínculo del matrimonio en vida de ambos cónyuges⁽³⁴⁾, declaración que puede decretar un juez o, siempre y cuando sea de mutuo acuerdo y no existan hijos menores, un Letrado de la Administración de Justicia o un Notario. El divorcio produce la ineficacia total y definitiva del matrimonio, modificando el estado civil de los divorciados que dejan de ser casados.

En ambos casos, al extinguirse la eficacia patrimonial del matrimonio también se extingue el régimen económico que gobierna el matrimonio⁽³⁵⁾. En el caso de la separación conyugal, al seguir existiendo vínculo matrimonial, el nuevo régimen económico matrimonial será, automáticamente y salvo pacto en contrario, el de separación de bienes en virtud de lo dispuesto en el art. 1392.1 del CC.

En el caso de la separación legal, la reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo resuelto en él, pero ambos cónyuges deberán ponerlo en conocimiento del Juez que haya entendido del litigio, pudiendo mantenerse, si procede, las medidas adoptadas en relación con los hijos. Si la separación hubiera sido acordada en escritura pública, será necesario que ambos cónyuges otorguen nueva escritura o acta de manifestaciones en la que hagan constar su reconciliación.

En la actualidad, y desde la reforma operada por la Ley 15/2005, tanto la separación como el divorcio pueden solicitarse indistintamente, con el único requisito de que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio.

Ambas acciones son personalísimas, teniendo legitimación los cónyuges. En el caso de la acción de divorcio, en virtud del art. 88 del CC se extingue por la muerte de cualquiera de los cónyuges, lógico dado que el fallecimiento de cualquiera de los esposos disuelve el matrimonio. Los curadores⁽³⁶⁾ están legitimados para ejercitar la acción de separación y de divorcio en nombre de una persona incapacitada, siempre que, por sus condiciones, no pueda actuar por sí misma. En este sentido, se ha pronunciado el TC en S núm. 311/2000 de 18 de diciembre, al reconocer a los tutores del incapacitado tal posibilidad, en salvaguarda del principio de tutela judicial efectiva. La STC se planteó, en primer lugar, si concurría o no un interés legítimo que se habría impedido por no haberse permitido el acceso a la tutela judicial efectiva, argumentando que «[...]la separación matrimonial y la acción judicial que constituye el medio para obtenerla, vienen a satisfacer un interés legítimo de defensa de los cónyuges frente a la situación de convivencia matrimonial, cuando ésta les resulta perjudicial [...]», interés que puede residir bien en una situación de peligro físico,

(34) LACRUZ BERDEJO, José Luis (Dir.), *Elementos de Derecho Civil IV. Familia*, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 90.

(35) Art. 95 CC.

(36) Conforme a la Ley 8/2021 de 2 de junio, desaparece el cargo de tutor.

bien en una situación «patrimonial en supuestos fácilmente reconducibles al incumplimiento de estos deberes». Negar legitimación al curador «determina de modo inexorable el cierre, desproporcionado por su rigorismo, del acceso del interés legítimo de ésta a la tutela judicial, si se advierte que, privado el incapacitado con carácter general, del posible ejercicio de acciones [...], el ejercicio de la separación solo puede verificarse por medio de su tutor, con lo que si a éste se le niega la legitimación para ello, dicho cierre absoluto es su ineludible consecuencia [...]». El cierre de la posibilidad de ejercicio de la acción de separación en aquel caso, «[...]no cumple las exigencias de razonabilidad ni de proporcionalidad respecto de ningún fin discernible en el régimen de la tutela», por lo que «[...] desemboca en una inaceptable situación de desigualdad de los esposos en la defensa de sus intereses patrimoniales, ya que no responde a ningún fundamento objetivo y razonable que pueda justificar una diferencia de trato de tal naturaleza, máxime si se atiende a los mandatos que se derivan del art. 49 CE en cuanto al tratamiento de los incapaces y del art. 32.1 CE en cuanto a la posición de igualdad de ambos cónyuges en el matrimonio».

El voto particular del propio ponente de la sentencia referida va más allá, en cuanto que supera en su razonamiento la tradicional distinción entre derechos personales y derechos personalísimos, que solo podrían ser ejercitados por el titular y nunca por su representante legal. Así afirma que negar al tutor la legitimación para el ejercicio de la acción de separación «no se basa en un precepto legal inequívoco, sino más bien en un concepto doctrinal de acciones personalísimas, que es el que subyace en la interpretación del art. 81 CC».

El Pleno de la Sala Primera del TS, en S núm. 625/2011, de 21 de septiembre, tras realizar el análisis de la Sentencia del TC anteriormente citada, fundamenta la posibilidad de que los tutores estén legitimados para instar la acción de divorcio en que no es esta una solución extravagante en el ordenamiento español, ya que el CC legitima al MF y «a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo» en la acción para pedir la declaración de nulidad de un determinado matrimonio (art. 74 CC), «así como a padres, tutores, guardadores y MF cuando la acción tenga por objeto pedir la nulidad de un matrimonio por falta de edad (art. 75 CC)...». La Ley 8/2021 de 2 de junio suaviza las medidas de protección de las personas con discapacidad, desconociendo cuales serán las consecuencias de esta decisión del legislador.

4.1. Efectos derivados de la separación y el divorcio

De especial trascendencia en los procesos matrimoniales que afectan a personas mayores son aquellos efectos relativos al uso del domicilio familiar, el reconocimiento del derecho a percibir una pensión compensatoria y la compensación por el trabajo en el hogar como consecuencia de la disolución del régimen económico de separación de bienes, por lo que centraré mi estudio en su análisis.

A) *Vivienda familiar*

El tercer pfo. del art. 96 del CC recoge un criterio de atribución del uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario que en ella se encuentren, cuando no ha de hacerse en atención a los hijos comunes, precepto que es de aplicación en los casos de procesos matrimoniales de personas mayores, cuyos hijos ya son independientes económicamente y no suelen vivir con ellos. En estos casos, el juez podrá atribuir el uso al cónyuge no titular de la vivienda, si las circunstancias aconsejasen dicha atribución y su interés fuera el más necesitado de protección, solución que también parece razonable para el caso de vivienda ganancial o copropiedad de ambos esposos. Aunque se suele atender a la situación económica de cada uno de los cónyuges o a la disponibilidad de otra vivienda, también se tienen en cuenta circunstancias personales como, p. ej., el estado de salud. Cuando aquél a quien se atribuyó el uso deja de representar un interés necesitado de protección, es lógico que se extinga el derecho de uso en exclusiva, sin que ello comporte la atribución automática de dicho uso al otro cónyuge cuando, a su vez, tampoco acredite un interés protegible para disfrutar de una posesión exclusiva. La vivienda ganancial o copropiedad de ambos puede —hasta la liquidación de la sociedad de gananciales o extinción del proindiviso— ser utilizada de otro modo, cediendo su uso a alguno de los hijos o arrendándola.

La STS, Sala 1.^a, núm. 545/2019 de 16 de octubre casa la sentencia recurrida y, con estimación parcial de la demanda, deja sin efecto la atribución de la vivienda familiar a favor de la esposa a pesar del pacto que en este sentido habían suscrito las partes con objeto de que su uso le fuera atribuido hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, por entender el Alto Tribunal que había dejado de ser el interés más necesitado de protección al haber contraído matrimonio y dejado de vivir en la casa, para hacerlo con su nuevo marido en casa de este, valorando también que la efectiva liquidación de la sociedad de gananciales se estuviera demorando en el tiempo.

En el ejercicio de la autonomía de la voluntad, y conforme las partes pueden pactar libremente la atribución del uso del domicilio familiar a favor de cualquiera de ellos, sea o no titular de la misma y pueden hacerlo de forma indefinida o temporal. Ahora bien, cuando lo hacen de forma indefinida siendo ambos pensionistas, es difícil modificarlo por un cambio de circunstancias, dado que, en el momento del pacto, cualquier cambio de circunstancias relativo a la edad era ya previsible⁽³⁷⁾, no dándose los requisitos legales necesarios para que el cambio de circunstancias sea motivo de modificación de las medidas acordadas.

(37) ATS de 22 de abril de 2014 (Rec. cas. 1366/2013).

La STS, Sala 1.ª, núm. 390/2017 de 20 de junio de 2017 reitera la interpretación de la sala, de que el tercer pfo. del art. 96 CC no autoriza a imponer, a falta de acuerdo entre las partes, un uso indefinido e ilimitado de la vivienda familiar, debiendo estarse al interés superior de protección, cuando las circunstancias lo aconsejen, del cónyuge más necesitado de protección, pero por el tiempo que prudencialmente se fije⁽³⁸⁾. Lo contrario, según la doctrina del TS parecería «más una expropiación de la vivienda que una efectiva tutela de lo que la ley dispensa a cada una de las partes, fundada en un inexistente principio de solidaridad conyugal y consiguiente sacrificio del puro interés material de uno de los cónyuges en beneficio del otro, puesto que no contempla más uso en favor del cónyuge más necesitado de protección que el tasado por judicial ponderado en atención a las circunstancias concurrentes»⁽³⁹⁾.

Esta doctrina es aplicable tanto cuando se adjudica el uso de la vivienda al «cónyuge no titular» (al que literalmente se refiere el pfo. tercero del art 96 CC) porque la vivienda es privativa del otro como cuando la vivienda tiene el carácter de bien ganancial y así lo entiende de forma unánime la doctrina jurisprudencial. Ya la STS 1067/1998, de 23 de noviembre, consideró aplicable el art. 96 pfo. tercero cuando la vivienda era ganancial, mediante una interpretación lógica y extensiva del precepto, y así lo ha venido considerando el TS con posterioridad⁽⁴⁰⁾.

Por supuesto que la privación del uso del titular no le priva de su facultad de disposición o, siendo copropietario, del ejercicio de la acción de división de cosa común, pero siempre respetando el derecho de uso atribuido al otro cónyuge.

Es más, el carácter de domicilio familiar, a efectos de atribución o mantenimiento de su uso, se pierde por la convivencia marital con un tercero, y así lo ha determinado el Pleno de la Sala Civil del TS en S núm. 982/2018 de 20 de noviembre.

B) *Pensión compensatoria*

En el momento de la ruptura de un matrimonio de personas mayores, uno de los efectos económicos más importantes, por no decir el más importante, es el reconocimiento al cónyuge más desfavorecido del derecho a percibir una pensión compensatoria. Esta prestación ha ido sufriendo, desde el año 1981, constantes cambios doctrinales y jurisprudenciales, no solo en cuanto a su naturaleza, sino en cuanto a la interpretación de los requisitos contemplados en el art. 97 del CC que la regula, que también ha sufrido modificaciones. La muy

(38) Vid. SSTS, Sala 1.ª, núm. 73/2014, de 12 de febrero; 176/2016, de 17 de marzo; 31/2017, 33/2017 y 34/2017 de 19 de enero.

(39) STS, Sala 1.ª, núm. 315/2015, de 29 de mayo.

(40) Vid. SSTS, Sala 1.ª, núm. 624/2011, de 5 de septiembre y 707/2013, de 11 de noviembre.

reciente STS, Sala 1.^a, núm. 33/2020, de 12 de febrero resume la doctrina de la Sala sobre esta prestación recordando que «es un derecho personalísimo de crédito, normalmente de tracto sucesivo, fijado en forma de pensión indefinida o limitada temporalmente susceptible, no obstante, de ser abonada mediante una prestación única, incardinable dentro de la esfera dispositiva de los cónyuges, condicionada, por lo que respecta a su fijación y cuantificación, a los parámetros establecidos en el art. 97 del CC, y fundada en el desequilibrio económico existente entre los consortes en un concreto momento, como es el anterior de la convivencia marital. Como señala la STS 236/2018, de 17 de abril, con cita de las SSTS de 22 junio de 2011, y 18 de marzo de 2014, Rec. 201/2012: «El punto principal se refiere al concepto de desequilibrio y el momento en que este debe producirse y así dice que (...) tal desequilibrio implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio; que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura, por lo que no se trata de una pensión de alimentos y lo que sí ha de probarse es que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfrutaba el otro cónyuge». Ahora bien, como señala la reciente STS 96/2019, de 14 de febrero, la simple desigualdad económica no determina de modo automático un derecho de compensación y es preciso ponderar en conjunto la dedicación a la familia, la colaboración en las actividades del otro cónyuge, la situación anterior al matrimonio, el régimen de bienes a que haya estado sometido el matrimonio, así como “cualquier otra circunstancia relevante”, de acuerdo con lo dispuesto en la recogida en último lugar en el art. 97 CC. Ello es así, dado que las circunstancias concurrentes del art. 97 del CC operan como criterios determinantes de la existencia del desequilibrio y como módulos de cuantificación de su montante económico (SSTS de 19 de enero de 2010, de Pleno [RC n.º 52/2006], luego reiterada en SSTS de 4 de noviembre de 2010 [RC n.º 514/2007], 14 de febrero de 2011 [RC n.º 523/2008], 104/2014, de 20 de febrero y 495/2019, de 25 de septiembre, entre otras muchas).»

El desequilibrio económico que da lugar al reconocimiento del derecho a percibir esta prestación debe existir en el momento de la separación o del divorcio y los sucesos posteriores no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no existía en el momento de la crisis matrimonial pues es a partir de entonces cuando se desvinculan los patrimonios de uno y otro cónyuge a expensas de lo que resulte, en su caso, de su posterior modificación o extinción, conforme a los arts. 100 y 101 del CC. Esta ha sido y es, el carácter general de la doctrina del TS⁽⁴¹⁾, si bien, ha sido mitigada en su S del Pleno, Sala 1.^a, núm. 120/2018,

(41) Vid. SSTS 162/2009 de 10 de marzo, 790/2012 de 17 de diciembre, 106/2014 de 18 de marzo y 704/2014 de 24 de marzo.

de 7 de marzo en cuanto a la apreciación de la situación de desequilibrio existente en determinados casos especiales como cuando los ingresos de la esposa procedían del trabajo que desempeñaba en una empresa regida por el esposo y estos, con posterioridad al divorcio, desaparecen.

La STS, Sala 1.^a, núm. 153/2018, de 15 de marzo, cuya doctrina reproduce la más reciente STS, Sala 1.^a, núm. 598/2019, de 7 de noviembre y la anteriormente citada núm. 100/2020 de 12 de febrero, resume la jurisprudencia de la sala civil del TS sobre la fijación de un límite temporal en la pensión compensatoria disponiendo que «El establecimiento de un límite temporal para su percepción, además de ser tan solo una posibilidad para el órgano judicial, depende de que con ello no se resienta la función de restablecer el equilibrio que le es consustancial, siendo ésta una exigencia o condición que obliga a tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso, particularmente, aquellas de entre las comprendidas entre los factores que enumera el artículo 97 CC», *que* según la doctrina de la Sala Primera del TS «tienen la doble función de actuar como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias, y, una vez determinada la concurrencia del mismo, la de actuar como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión), que permiten valorar la idoneidad o aptitud de la beneficiaria para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y, alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio, juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre. Pero a partir de la valoración de esos factores, ya sea para fijar un límite temporal a la obligación como para fijar la cuantía de ella el juicio prospectivo del órgano judicial debe realizarse con prudencia, y ponderación y con criterios de certidumbre. En definitiva, como recoge la sentencia de 10 de febrero de 2005, Rc. 1876/2002, con certidumbre o potencialidad real determinada por altos índices de probabilidad, que es ajena a lo que se denomina futurismo o adivinación (STS de 2 de junio de 2015, Rc. 507/2014). El plazo habrá de estar en consonancia, por tanto, con la previsión de superación del desequilibrio»⁽⁴²⁾.

El juicio prospectivo de futuro, prudente y ponderado y basado en criterios de certidumbre que debe realizar el tribunal para determinar el carácter indefinido o limitado de la prestación⁽⁴³⁾, en la mayor parte de los casos, incluso, no depende en su concreción de la propia voluntad del beneficiario, sino en la previsión de que al finalizar el plazo fijado, se haya compensado definitivamente el desequilibrio sufrido, algo que raramente puede ocurrir en matrimonios de larga duración, en que uno de los cónyuges, normalmente la esposa, no solo no ha

(42) Vid. STS, Sala 1.^a, núm. 100/2020, de 12 de febrero.

(43) Vid. SSTs, Sala 1.^a, núm. 69/2017, 3 de febrero y 347/2016, 24 de mayo.

trabajado nunca durante la convivencia, sino que dada su edad en el momento en que la crisis de la pareja acontece⁽⁴⁴⁾, es muy difícil que pueda incorporarse al mercado laboral, más aún cuando en el caso de personas mayores de 65 años, estarían ya en edad de jubilación. Por ese motivo, lo más habitual en los casos en que la ruptura del matrimonio se produce tras toda una vida juntos, hijos en común y una dedicación de la esposa a la vida familiar, sin que la mujer pueda percibir una pensión contributiva, dado que al no haber trabajado fuera del hogar, no tiene derecho a ella⁽⁴⁵⁾ y sin la convicción de que pueda restaurarse el equilibrio en un plazo determinado, es que la fijación de la pensión compensatoria tenga carácter indefinido⁽⁴⁶⁾.

El problema surge con los segundos matrimonios, contraídos entre personas mayores de 65 años, con sus vidas ya hechas y cuya ruptura se produce después de unos años de convivencia. Dado que la razón de ser de la pensión compensatoria está en relación con la comunidad de disfrute entre dos personas, unidas por matrimonio, de una determinada posición económica, dando lugar a que, extinguido el vínculo, deba ser compensado aquel de los cónyuges que sufre un desequilibrio perjudicial respecto a la situación en que se encontraba vigente el matrimonio; la compensación se extinguirá cuando esa comunidad de disfrute se instaure de nuevo con otra persona. Consecuencia de este segundo matrimonio, por lo tanto, es la pérdida de la pensión compensatoria que se estaba recibiendo del primer marido, lo que se produce desde que este hecho se produce, con independencia de la fecha en que se conoce⁽⁴⁷⁾, por lo que el nuevo divorcio puede tener consecuencias realmente dramáticas para el cónyuge más perjudicado pues con independencia de que se le pueda reconocer el derecho a percibir una pensión compensatoria, será con carácter temporal, por un período nunca superior a los años en que haya durado el matrimonio, dado que lo contrario produciría también una enorme desigualdad para el deudor.

Tal y como he dicho anteriormente, la pensión compensatoria puede no solo modificarse, sino también extinguirse, conforme a lo establecido en los arts. 100 y 101 del CC. Dos son los hechos que más van a afectar en su extinción en el tipo de matrimonio que estamos contemplando: (i) la liquidación de la sociedad de gananciales y (ii) el hecho de recibir una herencia. Tras la liquidación de la sociedad de gananciales la indivisión que afectaba a la titularidad de los bienes propiedad común desaparece, adjudicándose los esposos bienes en

(44) Vid. SSTS, Sala 1.ª, núm. 304/2016, de 11 de mayo y 706/2016, de 21 de julio.

(45) Vid. STS, Sala 1.ª, núm. 286/2017, de 4 de abril.

(46) Vid. SSTS, Sala 1.ª, núm. 286/2017, de 4 de abril; 412/2017, de 27 de junio; 3379/2017, de 2 de octubre y 545/2017, de 6 de octubre.

(47) Vid. STS, Pleno Sala 1.ª, núm. 453/2018 de 18 de julio.

propiedad exclusiva, lo que les permite no solo recibir, en su caso, los rendimientos de dichos bienes, sino también poder disponer de ellos, dando lugar a la desaparición del desequilibrio que originó su reconocimiento⁽⁴⁸⁾. No obstante lo anterior, la citada STS de 4 de abril de 2017 entendió que la liquidación de la sociedad de gananciales no hacía desaparecer el desequilibrio económico que dio lugar a su reconocimiento, dada la edad de la esposa, su estado de salud y la dedicación a la familia así lo imponía, sin que pudiese entonces cuestionarse so pena de incurrir en *reformatio in peius*.

La recepción de una herencia es una circunstancia que no comporta por sí una alteración de las circunstancias económicas y debe ser estarse al caso concreto para determinar si produce o no una desaparición del desequilibrio económico, que es la base de su extinción⁽⁴⁹⁾. En la S 120/2016, de 2 de marzo, de la Sala Primera del TS entendió que, en principio, no era un hecho previsible, sino sobrevenido, pudiendo incidir favorablemente en la situación económica del acreedor de la pensión compensatoria, de tal forma que puede hacer desaparecer el desequilibrio económico que dio lugar a su reconocimiento. Sin embargo, en la S 673/2016, de 16 de noviembre, entendió el TS que el desequilibrio no se había superado por la percepción de la herencia. Habrá que estudiar, caso por caso, para determinar el efecto que puede tener en la desaparición del desequilibrio económico.

C) *La Compensación del artículo 1438 CC*

Tiene su base en el trabajo para la casa realizado por uno de los cónyuges (no siendo necesario que el trabajo doméstico lo ejecute materialmente el beneficiario⁽⁵⁰⁾), bajo el régimen de separación de bienes, al valorarlo como una contribución al sometimiento de las cargas familiares.

Para su fijación y cuantificación, se analiza la situación existente durante el matrimonio y hasta el momento de la extinción del régimen de separación de bienes, para determinar el valor del trabajo en el hogar. No se tienen en consideración la dedicación futura a la familia ni a la situación de desequilibrio económico, sino solo la dedicación pasada a la familia durante la vigencia del régimen de separación de bienes. Las diferencias de la compensación del 1438 CC con la pensión compensatoria del art. 97 CC no solo fueron fijadas en la STS, Sala 1.ª, núm. 252/2017 de 26 de abril, sino ratificadas por la reciente S 658/2019 de 11 de diciembre, que incidiendo en el hecho de que ambas pres-

(48) STS, Sala 1.ª, de 14 de febrero de 2018.

(49) STS, Sala 1.ª, de 1 de marzo de 2016.

(50) Vid. SSTS, Sala 1.ª, núm. 614/2015 de 25 de noviembre; 678/2015, de 11 de diciembre y 136/2017, de 28 de febrero.

taciones son compatibles, resuelve la discusión sobre la forma de determinar su cuantía, que, como ya había dicho el TS en sentencias anteriores, ofrecía algunos problemas. Así, la STS, Sala 1.ª, núm. 614/2015 de 25 de noviembre, ratificada por la núm. 300/2016 de 5 de mayo, recoge que «En la sentencia de esta Sala de 14 de julio de 2011 se dijo que el art. 1438 CC se remite al convenio, o sea a lo que los cónyuges, al pactar este régimen, puedan establecer respecto a los parámetros a utilizar para fijar la concreta cantidad debida y la forma de pagarla. Ahora bien, esta opción no se utiliza, como sería deseable, ni se ha utilizado en este caso por lo que entonces será el juez quien deba fijarla, para lo cual el Código no contiene ningún tipo de orientación que no sea la que resulta de una norma especial en el marco del régimen económico matrimonial de separación de bienes y no del de participación de los artículos 1411 y siguientes del Código Civil. Una de las opciones posibles es el equivalente al salario mínimo interprofesional o la equiparación del trabajo con el sueldo que cobraría por llevarlo a cabo una tercera persona, de modo que se contribuye con lo que se deja de desembolsar o se ahorra por la falta de necesidad de contratar este servicio ante la dedicación de uno de los cónyuges al cuidado del hogar. Sin duda es un criterio que ofrece unas razonables y objetivas pautas de valoración, aunque en la práctica pueda resultar insuficiente en cuanto se niega al acreedor alguno de los beneficios propios de los asalariados que revierten en el beneficio económico para el cónyuge deudor y se ignora la cualificación profesional de quien resulta beneficiado. Pero nada obsta a que el juez utilice otras opciones para fijar finalmente la cuantía de la compensación, teniendo en cuenta que uno de los cónyuges sacrifica su capacidad laboral o profesional a favor del otro, sin generar ingresos propios ni participar en los del otro».

La fijación de la compensación por trabajo en el hogar ha sufrido una enorme evolución a lo largo de los años, fundamentalmente por el cambio en el modelo social que afecta al número de matrimonios contraídos bajo el régimen de separación de bienes.

V. CONCLUSIONES

Como ya he dicho, soy una firme defensora del derecho preventivo. Que sean los propios interesados los que regulen los efectos de su matrimonio, su pareja de hecho, su ruptura. Antes, durante o al finalizar su relación, pudiendo modificar sus pactos tantas veces sea necesario conforme a los cambios en sus situaciones. Las parejas mayores, casadas o no, tienen la ventaja de poder hacerlo con la única limitación de que en los pactos alcanzados concurren consentimiento, objeto y causa, y no sean contrarios a la ley, la moral ni al orden público, extremo este último que sí limita la posibilidad de pactar con respecto a los hijos menores y en el caso de alguna legislación autonómica, que estén registrados.

La validez de estos pactos ha ido clarificándose a lo largo de los años desde que en el año 1997⁽⁵¹⁾ el TS los calificó como auténticos negocios jurídicos cuya validez dependía de la concurrencia de sus requisitos estructurales conforme al art. 1261 del CC⁽⁵²⁾. Son una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas⁽⁵³⁾ (art. 1255 CC) que no está condicionada en su validez y fuerza vinculante inter-partes a la aprobación y homologación judicial, salvados los derechos de los acreedores sobre los bienes gananciales y las consecuencias del registro inmobiliario en favor de los adquirentes terceros⁽⁵⁴⁾.

Con independencia de la doctrina jurisprudencial que se ha ido creando a lo largo de los años sobre las materias tratadas en este trabajo, y la necesidad de modificación legislativa de muchas de ellas, la más fundamental según mi opinión es la necesidad de crear la jurisdicción de familia, con juzgados, fiscales y abogados especializados en la materia en la que se incluyan todos aquellos aspectos que afecten a la familia, incluida las parejas de hecho.

Los ciudadanos, con independencia de lugar donde residan, deben tener el mismo derecho a acceder a una justicia de calidad, especializada, lo que no ocurre en el caso que nos ocupa en que en la mayor parte de las localidades españolas no existen juzgados de familia. Cuando hace casi 30 años se crearon los Juzgados de Familia, el legislador justificó su creación en unos sitios sí y en otros no, en función del número de asuntos de este tipo dentro de un partido judicial, reconociendo así el beneficio de que estos temas, tan importantes para los ciudadanos, los tramiten y enjuicien los jueces de familia. Extender este tipo de justicia, que el propio legislador reconoce es la adecuada, a unos lugares sí y a otros no, vulnera el art. 14 de la CE.

Pero aún voy más lejos, la especialización es mucho más que conferir competencias exclusivas y excluyentes a un Juzgado. El incremento en la complejidad de las relaciones humanas y la actual dimensión legislativa (ordenamientos internacionales, estatales y autonómicos), exigen colocar al Juez y al resto de personas implicadas en el proceso a la altura apropiada para que pueda dar una respuesta óptima en tiempo y contenido a las pretensiones que se le plantean.

(51) STS, Sala 1.ª, núm. 325/1997, de 22 de abril.

(52) STS, Sala 1.ª, núm. 1053/2007, de 17 de octubre.

(53) SSTS, entre otras, de 26 de enero 1993, 7 marzo 1995, 22 abril y 19 diciembre 1997; 27 enero y 21 diciembre 1998, 31 de marzo de 2011 y Resoluciones de la DGRyN de 31 de marzo y 10 noviembre 1995 y 1 septiembre 1998.

(54) STS, Sala 1.ª, de 27 de enero de 1998; también STS, Sala 1.ª, núm. 615/2018, de 7 de noviembre.

Del mismo modo que los abogados se especializan, los jueces, fiscales y letrados de la administración de justicia deben también hacerlo. Uno de los tres pilares básicos de todo Estado de Derecho es el PJ y el prestigio de éste redundará en el crédito con que aquél cuente en la sociedad, que solamente podrá obtener cuando el Juez sepa dar respuesta a los conflictos que haya de dirimir en el ejercicio de su cargo, lo que no podrá hacer, o lo que hará de una manera deficitaria, si no tiene el nivel de conocimientos suficiente para ello. Es imprescindible que el Juez posea un calado técnico jurídico importante, lo cual no se conseguirá si éste se halla obligado a dominar todas y cada una de las ramas del Ordenamiento y a transitar por varios órdenes jurisdiccionales —cuando adquiere experiencia se le traslada—.

La falta de formación especializada hace que los Jueces de familia lleguen a los Juzgados sin saber de la materia y cuando adquieren los conocimientos y la experiencia necesaria en la misma, después de años en un Juzgado, los trasladan a otros órdenes jurisdiccionales.

La especialización de familia, el mayor conocimiento intelectual de jueces, fiscales, letrados de la administración de justicia y abogados sobre la materia traerá consigo calidad de las resoluciones con una limitación del campo de estudio de los Jueces que tendrán más conocimiento del tema; mayor celeridad en su dictado, lo que evitará dilaciones en los procedimientos y sobre carga de otras jurisdicciones; mayor coherencia y unidad en la labor interpretativa de las normas y más homogeneidad en la resolución de las controversias, lo que, en definitiva, aumentará la seguridad jurídica a las partes.

El derecho de familia, a pesar de afectar a los aspectos más importante de la vida de las personas, es el gran olvidado por parte del legislador y esto no debería ser así.

VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ABELLÁN GARCÍA, Antonio / ACEITUNO NIETO, Pilar / PÉREZ DÍAZ, julio / RAMIRO FARIÑAS, Diego / AYALA GARCÍA, Alba y PUJOL RODRÍGUEZ, Rogelio, «Un perfil de las personas mayores en España, 2019. Indicadores estadísticos básicos». Informes Envejecimiento en red núm. 22, Madrid, 2019.

AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, «Comentario de la STS de 15 de enero de 2018 (17/2018) Nuevo intento de orden sobre las reclamaciones económicas en el momento de la ruptura de las parejas no casadas», *Biblioteca Jurídica Digital*, BOE, Comentarios sentencias unificación doctrina civil y mercantil, 2018.

ASKHAM, Janet, «Vida matrimonial de las personas mayores», en ARBER, Sara y GINN, Jay. (Comp.), *Relación entre género y envejecimiento. Enfoque sociológico*, Narcea, Madrid, 1996.

- CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil español, común y foral*, t. Quinto: Derecho de Familia, vol. Primero: Relaciones conyugales, 10.^a Ed., revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO, Gabriel y CASTÁN VÁZQUEZ, José M.^a, Reus, Madrid, 1983.
- COONTZ, Stephanie, *Historia del Matrimonio, como el amor conquistó el matrimonio*, Gedisa, Barcelona, junio 2006.
- DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV: Derecho de Familia. Derecho de sucesiones, 3.^a Ed., Tecnos, Madrid.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis (Dir.), *Elementos de Derecho Civil IV. Familia*, Dykinson, Madrid, 2005.
- MAGRO SERVET, Vicente, «¿Parejas de hecho o de Derecho?», *La Ley*, año XIX, núm. 4493, 5 de marzo 1998.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Código Civil comentado con Jurisprudencia*, Ed. La Ley, Wolters Kluwer, Madrid, 2019.
- ROCA TRÍAS, Encarnación, «Libertad y Derecho a Contraer Matrimonio», en AAVV, *Homenaje a Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, La Voz del Derecho de Familia*, capítulo 29, AEAFA, febrero 2017.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, «El matrimonio y los nuevos modelos de familia», Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2019.

CAPÍTULO 11

ASPECTOS DE GÉNERO

M.^a Eugènia Gay Rosell

*Decana del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona (ICAB)
y Vicepresidenta del Consejo General de la Abogacía Española (CGAE)*

I. INTRODUCCIÓN

Desde su nacimiento las personas están expuestas a una serie de discriminaciones de carácter estructural relacionadas directamente con el modo en cómo se distribuye el poder entre los distintos grupos y agentes sociales, y que constituyen el origen de muchas de las diferencias que tanto a nivel político como jurídico se han producido a lo largo de la historia con motivo de la raza, el sexo, la religión, la edad, la opinión o cualquier otra circunstancia individual.

En el caso de las mujeres, esta discriminación va ligada a una serie de asignaciones con motivo del género que perpetúan roles y estereotipos machistas que deben ser considerados y abordados tanto por los poderes públicos como por la sociedad civil en su conjunto pues, sin lugar a dudas, van a tener una influencia en el proceso de envejecimiento de las personas y nos pueden ayudar a comprender mejor algunas de las situaciones de vulnerabilidad en las que se encuentran quienes hoy tienen 65 años o más.

A lo largo del presente capítulo analizaremos los aspectos de género de las personas que viven en la llamada *tercera edad* y para ello conviene remontarse, aunque sea brevemente, al contexto sociológico y normativo que heredaron de sus progenitores. Quienes educaron a nuestros mayores habían crecido en el seno de una sociedad marcada por unos valores tradicionales y católicos que en general relegaban a las mujeres a un segundo plano, siendo preparadas fundamentalmente para ser madres, cuidadoras y esposas. A su vez, éstos han madurado siendo protagonistas de un proceso de transformación económica, política y jurídica que ha permitido la consolidación progresiva de unos hábitos de consumo y costumbres propias de una sociedad más abierta, plural y democrática.

No obstante, y como veremos en los sucesivos epígrafes, muchas de las carencias que en términos de autonomía individual sufren hoy las mujeres mayores son el resultado de discriminaciones que aún persisten en numerosos ámbitos —laboral, familiar o de la salud— y que expresan una serie de diferencias respecto a los hombres ancianos que, entre todos y todas, en un ejercicio de responsabilidad colectiva, debemos abordar.

II. EL PAPEL DE LA MUJER EN LA SOCIEDAD Y EN EL DERECHO

2.1. La subordinación de la mujer en la historia contemporánea

La igualdad, como la justicia, constituye un valor irrenunciable para alcanzar la dignidad del ser humano; y así ha sido reivindicada a lo largo de la historia, especialmente a partir del triunfo de los ideales de la Ilustración que tuvo lugar en Europa a mediados del siglo XVIII, como culminación del proceso de ruptura con el Antiguo Régimen.

La Revolución Francesa de 1789 trajo consigo el inicio de una nueva era —la contemporánea— que iba a estar marcada por grandes cambios sociales, políticos y culturales en torno a una nueva concepción de ciudadano como sujeto que nace libre e igual en derechos. Así se consagró en el art. primero de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789*; siendo, a su vez, el inicio de un incipiente movimiento feminista que trató de evidenciar la enorme contradicción que suponía referirse a la igualdad jurídica y política de las personas utilizando la fórmula *hombre*, en vez de otra más inclusiva como la de *seres humanos*⁽¹⁾.

No se trataba de una cuestión meramente semántica, sino que era el reflejo de algo mucho más profundo por cuanto dejaba patente que las mujeres se encontraban en una clara posición de subordinación respecto a los hombres por culpa de unos estereotipos basados en asignaciones de género, por los que se habían ido perpetuando una serie de discriminaciones —tanto en lo público como en lo privado— a lo largo de los siglos.

En ese sentido, NICOLAS DE CONDORCET —quien jugó un importante papel como ideólogo de la Revolución Francesa— señaló en el año 1790, en su obra *Sobre el derecho de ciudadanía de las mujeres*, lo siguiente: «¿no han violado todos ellos el principio de igualdad de derechos al privar, con tanta irreflexión, a la mitad del género humano del de concurrir a la formación de las leyes, es decir, excluyendo a las mujeres del derecho de ciudadanía?». No obstante, y aún a pesar de sus loables esfuerzos, el proceso de emancipación social y política que se estaba produciendo en esos momentos no englobó a toda la población, ya que la formalización del derecho de igualdad como tal no contempló de manera expresa a las mujeres.

Un año más tarde, OLYMPE DE GOUGES escribió la *Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana* para denunciar el olvido de las mujeres, quienes como los hombres nacen también libres e iguales. Para esta escritora y filósofo-

(1) Más adelante, en otro momento también decisivo de la historia, el empeño de ELEANOR ROOSEVELT hizo que la Declaración Universal que se aprobó el 10 de diciembre de 1948 se realizaría bajo la expresión *de los Derechos Humanos* en lugar de *los Derechos del Hombre*.

fa, considerada como una de las primeras mujeres feministas de la historia, el derecho de voto adquiriría una importancia fundamental para materializar su vocación de universalizar los DD. HH. Sin embargo, sus aspiraciones fueron truncadas de la manera más trágica posible, pues fue detenida y juzgada el 2 de noviembre de 1793 en un procedimiento sumario, sin tan siquiera contar con la asistencia de un abogado, siendo condenada y guillotizada, para su escarnio público, al día siguiente en la *Place de la Concorde* de París.

Las reivindicaciones de los derechos de las mujeres también estuvieron presentes en otros lugares, como en Gran Bretaña, donde MARY WOLLSTONECRAFT, enfrentándose a las principales corrientes dominantes europeas de la época —representadas por ROUSSEAU, HEGEL I SCHOPENHAUER— señaló en su obra *Vindicación de los Derechos de la Mujer* del año 1792, que «las desigualdades entre los hombres y las mujeres son tan arbitrarias como las referidas al rango, la clase o los privilegios; todas aquéllas que el racionalismo ilustrado había criticado e identificado» como cuestiones a considerar para superar y dejar atrás el Antiguo Régimen.

Así como el voto constituía un elemento crucial para que las mujeres pudieran disfrutar de los derechos y las libertades políticas que de manera inalienable tiene todo ser humano, la educación sería también una herramienta imprescindible para alcanzar un verdadero empoderamiento, permitiéndoles acceder a un trabajo remunerado para dejar de vivir necesariamente bajo la dependencia económica de un marido, o de cualquier otro familiar varón como un padre o un hermano.

Tanto los movimientos feministas como los sufragistas tuvieron una evolución distinta en función de las concretas particularidades de cada país, pero todos compartían la vocación de extender la igualdad a todos los rincones de la sociedad. En EE. UU., éstos deben ser estudiados junto con los movimientos abolicionistas por la evidente analogía que existía entre los esclavos y las mujeres, pues ambos colectivos anhelaban romper las cadenas que los oprimía para vivir de manera libre y sin ataduras de ningún tipo. Es en este contexto, donde debemos situar la *Declaración de Séneca Falls*, suscrita en Nueva York el 19 de julio de 1848, en la que gráficamente se expresó que «la historia de la humanidad es la historia de las repetidas vejaciones y usurpaciones perpetradas por el hombre contra la mujer, con el objetivo directo de establecer una tiranía absoluta sobre ella». No obstante, y contrariamente a lo que cabría esperar tras la victoria de los Estados del Norte en la Guerra de Secesión (1861-1865) y la abolición de la esclavitud por parte del Presidente ABRAHAM LINCOLN, a las mujeres se les continuó negando el derecho de voto hasta pasados muchos años⁽²⁾.

(2) Fue en este contexto cuando ELISABETH CADY STUNTON y SUSAN B. ANTHONY crearon, junto a otras personas, la Asociación Nacional Pro Sufragio de la Mujer en 1869 para luchar por

En la obra *El sometimiento de la Mujer*, escrita por JOHN STUART MILL y HARRYET TAYLOR MILL en el año 1869, además de defender el sufragio femenino se resaltó la importancia de eliminar toda traba legislativa que impidiera el ejercicio pleno de los derechos civiles y políticos en igualdad de condiciones⁽³⁾. En uno de los pasajes del referido libro se puede leer: «el principio regulador de las actuales relaciones entre los sexos —la subordinación legal del uno al otro— es intrínsecamente erróneo y ahora constituye uno de los obstáculos más importantes para el progreso humano; y debiera ser sustituido por un principio de perfecta igualdad que no admitiera ni poder ni privilegio para unos ni incapacidad para otros».

Se trata de una idea que entronca directamente con la consideración de todas aquellas situaciones que provocan una discriminación y la consecuente obligación que tienen los poderes públicos de corregirlas; pues las mujeres han sufrido, históricamente, una serie de incomprensibles limitaciones tanto a nivel político como civil, como puede verse de la evolución de instituciones y derechos como el sufragio, la propiedad, la educación, el matrimonio o el trabajo. Como defendió la escritora y filósofa francesa Simone DE BEAUVOIR, esta subordinación se produce por culpa de una construcción cultural ligada a una falsa idea de feminidad por la cual se prepara a las mujeres desde su más tierna infancia, para convertirse en madres, esposas y cuidadoras; funciones que van a tener una trascendencia a lo largo de su vida adulta, así como durante su proceso de envejecimiento.

2.2. La evolución del rol de la mujer en España

Sentado lo anterior, el análisis del papel de la mujer en España durante los siglos XIX y XX debe hacerse teniendo en cuenta el modo en que se contemplaba a la misma en las principales leyes políticas, civiles y sociales que de manera progresiva se fueron promulgando desde la Constitución de Cádiz de 1812⁽⁴⁾.

En el referido texto constitucional —y como sucediera también con la *Carta Magna* francesa de 1791— las mujeres quedaron excluidas del concepto de ciudadanía, pues en el art. 5 se reconocía como españoles únicamente a «los hombres libres nacidos y avecindados en los dominios de las Españas, y los hi-

la incorporación del derecho de voto en la décimo quinta enmienda de la Constitución de los EE. UU.

- (3) Precisamente, en el preámbulo de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres se cita parte de uno de los pasajes de la obra referida, que resume la esencia de lo que el legislador pretende con esta norma.
- (4) Conocida popularmente como *La Pepa* por haber sido promulgada el día de la festividad de San José Obrero.

jos de éstos»⁽⁵⁾. De nuevo, la mujer quedaría relegada, tanto en lo político como en lo jurídico, a ocupar un segundo plano aún a pesar de los trascendentales avances que a nivel social se estaban produciendo en nuestro país.

Durante el período conocido como Trienio Liberal (1820-1823) se recuperó de nuevo el debate sobre la posibilidad de que las mujeres asistieran al parlamento, ya no solo con la intención de que fueran testigos de lo que ahí acontecía, sino también con la idea de que pudieran participar en las decisiones y reformas que afectaban a la sociedad en su conjunto. Pero la mentalidad de la época respecto a los distintos roles que debían asumir los hombres y las mujeres impidió que tal posibilidad llegara a materializarse hasta mucho tiempo después. Así, los varones seguían siendo los únicos social y jurídicamente habilitados para ocuparse de los asuntos públicos y económicos; mientras que ellas tenían que encargarse, necesariamente, de los ámbitos domésticos y de la crianza de los hijos e hijas.

Un ejemplo claro de la consideración que la sociedad tenía respecto a la mujer, lo encontramos en el ámbito de la educación pública, pues si bien en la Constitución de Cádiz se dispuso la obligación de crear colegios y universidades, así como de establecer un plan de enseñanza uniforme en todo el reino, en el *Plan y Reglamento general de escuelas de primeras letras* —aprobado el 16 de febrero de 1825— se contempló que ellas debían aprender, entre otras cosas y en todo caso, «las labores propias de su sexo»⁽⁶⁾.

Aunque de manera tardía, y ligado sobre todo al convulso contexto social y político que se vivió en ese período, aparecieron voces discordantes respecto a la arbitrariedad de esas asignaciones con motivo de género que reivindicaban —en línea con los movimientos feministas europeos— remover cualquier impedimento que fuera en contra de las legítimas aspiraciones de las mujeres de acceder a todos los niveles educativos. Así lo defendieron CONCEPCIÓN ARENAL⁽⁷⁾ —en su obra *La mujer del porvenir* del año 1869— y

(5) Sobre este particular, durante los debates constitucionales previos a la aprobación de la *Carta Magna* —concretamente en la sesión que tuvo lugar el 15 de septiembre de 1811— se dictaminó que, aunque «las mujeres, los menores de edad, los criados, etcétera, no sean ciudadanos, unos llegan a serlo con el tiempo, y todos pertenecen a la familia ciudadana»; vinculando, por tanto, el concepto de ciudadanía con la idea de un cabeza de familia que ostentaba las facultades de dirección de la misma.

(6) El art. 198 de la referida norma dispone: «En las escuelas de primera clase, además de la enseñanza cristiana por los libros que van señalados, la de leer por lo menos en los catecismos, y escribir medianamente, se enseñará las labores propias del sexo, a saber: hacer calceta, cortar y coser las ropas comunes de uso, bordar y hacer encajes, u otras que suelen enseñarse a las niñas».

(7) CONCEPCIÓN ARENAL se cortó el pelo y se disfrazó de hombre para poder asistir como oyente a las clases de la Facultad de Derecho.

Emilia Pardo Bazán, quienes entendían que el papel de las mujeres debía ir más allá de los roles que tradicionalmente se les asignaba como esposas, madres y cuidadoras.

En el año 1872, por primera vez en España, una mujer —MARÍA ELENA MAS-SERA— se matriculó en una facultad, concretamente en la de Medicina. Un año más tarde, ya eran varias las mujeres que transitaban por las universidades del país; lo que motivó un cambio en cuanto a la regulación de los requisitos de acceso en el año 1888, que resultó ser insuficiente pues no corrigió la desigualdad de trato que sobre este particular aún se seguía dispensando en detrimento de las mismas. Tuvimos que esperar hasta la Real Orden de 8 de marzo del año 1910 para que se estableciera la igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito académico, en la que se reconoció que «el sentido de la instrucción es no hacer distinción por razón de sexos, autorizando por igual la matrícula de alumnos y alumnas».

La evolución en España del ordenamiento jurídico representa también una buena muestra de la influencia de una sociedad fuertemente jerarquizada y con unas claras convicciones católicas y tradicionales del concepto de familia, de las que se desprende de manera evidente la subordinación de la mujer respecto al hombre en el ámbito privado. En el CC de 1889 —que constituía, junto al Código de Comercio, la expresión del Derecho Privado por excelencia— encontramos numerosos ejemplos de esa carga ideológica por la cual a la mujer se la consideraba como a un ser inferior, física e intelectualmente, respecto al hombre. Durante mucho tiempo, la mujer fue tratada desde el punto de vista normativo como si fuera un menor de edad o una persona incapaz que necesitaba del complemento de capacidad de su marido a través de la llamada licencia marital.

Tal circunstancia tiene lugar en materias tan importantes como la regulada en el art. 22 del CC, que en aquel momento estipulaba que la mujer casada seguía la condición y nacionalidad de su marido. Respecto al matrimonio, en el art. 57 se disponía el deber del marido de proteger a la mujer y la obligación de ésta de obedecer al esposo. La mujer tenía que seguir al marido donde quiera que éste fijara su residencia, pudiendo los tribunales eximirle de tal deber únicamente cuando se tratara de traslados a territorios de ultramar o al extranjero.

Asimismo, la administración de los bienes de la sociedad conyugal correspondía al marido, quien asumía la representación sobre la esposa, de modo que ésta no podía, sin su licencia, comparecer en juicio salvo para defenderse en un proceso penal o pleitear contra su esposo. Tampoco se le permitía a la mujer, sin la autorización de su marido, adquirir por título oneroso ni lucrativo, enajenar sus bienes —ni siquiera los parafernales, esto es, los bienes de la esposa no incluidos en la dote— ni obligarse sino en los casos y con las limitaciones

establecidas en la ley. Los actos ejecutados por la mujer sin la correspondiente autorización de su marido, cuando así se preceptuaba en la ley, eran considerados nulos⁽⁸⁾.

La regulación del matrimonio en nuestro ordenamiento jurídico ha estado marcada por la pugna de los dos sistemas por los cuales se consideraba el mismo como válidamente celebrado: el civil y el religioso. Durante la Segunda República se estipuló la obligatoriedad del matrimonio civil como el único legalmente eficaz, atendiendo a la aconfesionalidad del Estado; y en el art. 43 de la Constitución Española de 1931 se estableció que dicha institución se fundaba en la igualdad de derechos para ambos sexos y que podía disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquier de los cónyuges alegando, en éste último caso, una justa causa. Este precepto resultó esencialmente novedoso por el tratamiento que se dispensaba a la mujer dentro de la institución del matrimonio, así como por el hecho de que contemplase la posibilidad de la disolución del vínculo matrimonial más allá de la separación y la nulidad⁽⁹⁾.

La concepción igualitaria de derechos entre los cónyuges fue, sin lugar a dudas, uno de los elementos a destacar del período republicano, pues hasta ese momento y según hemos comentado, la mujer era considerada civilmente como incapaz, de modo que su participación en numerosos actos y negocios jurídicos requerían del consentimiento marital como complemento de capacidad para que los mismos fueran legalmente válidos y eficaces. Por otro lado, la Constitución republicana reconocía la investigación de la paternidad y establecía que los padres tenían las mismas responsabilidades respecto a los hijos habidos tanto dentro como fuera del matrimonio; lo que suponía un gran avance, pues con tales cambios se procuraba la protección de los menores y de las madres.

Otra manifestación de la igualdad que se empezaba a vislumbrar a favor de los derechos de la mujer fue el reconocimiento del sufragio femenino que se recogió en el art. 36 de la Constitución Española de 1931⁽¹⁰⁾. Apenas un mes antes de que la *Carta Magna* republicana fuera aprobada, CLARA CAMPOAMOR pronunció desde la tribuna del Parlamento un emotivo discurso que reflejaba la esencia del movimiento sufragista en España en aquella época, pues al referirse a las resistencias que muchos ofrecían respecto al papel que la mujer debía te-

(8) Tales referencias se recogían en los arts. 57 y ss. del CC de 1889, relativas a los derechos y obligaciones entre marido y mujer.

(9) La Ley Española de Divorcio de 1932 fue la primera que reguló esta forma de disolución del vínculo matrimonial en nuestro país ya que, hasta ese momento, solo era posible por la muerte de alguno de los cónyuges.

(10) El referido precepto dispone que «los ciudadanos de uno y otro sexo, mayores de veintitrés años, tendrán los mismos derechos electorales conforme determinen las leyes».

ner en la vida pública, expresó: «¿Es que tenéis derecho a hacer esto? No; tenéis el derecho que os ha dado la ley, la ley que hicisteis vosotros, pero no tenéis el derecho natural fundamental, que se basa en el respeto a todo ser humano, y lo que hacéis es detentar un poder. Dejad que la mujer se manifieste y veréis como ese poder no podéis seguir detentándolo». Curiosamente, parte de esas resistencias a las que CLARA CAMPOAMOR se refirió las encontró en las otras dos únicas mujeres que en ese momento ostentaban el cargo de diputadas, VICTORIA KENT y MARGARITA NELKEN, quienes defendieron retrasar la incorporación del sufragio femenino. El motivo de su planteamiento es que consideraban arriesgado que la población femenina se inclinara en futuros comicios por partidos políticos de corte conservador, dada la influencia de la Iglesia y de los valores tradicionales de la época.

A pesar de la brevedad del período republicano se recogieron numerosos avances en cuanto a la igualdad de las mujeres también en el ámbito de los derechos sociales. Así, en la Constitución Española de 1931 se contempló la obligación por parte del Estado de regular y proteger el trabajo de las mujeres, y se suprimió la discriminación del sexo para el acceso a empleos y cargos públicos. Algunos de tales elementos sobrevivieron a la etapa que vendría inmediatamente después de la Segunda República, como se diría más adelante de alguna de sus normas; p. ej., del Fuero de los Españoles, en relación a determinados derechos profesionales y laborales.

Sin embargo, durante el régimen franquista se promulgaron diversas leyes con una evidente vocación de devolver al ordenamiento jurídico a su sentido más tradicional y católico. Para ello, se restauró el CC de 1889 y se reforzó, a su vez, la autoridad del hombre sobre la mujer, de nuevo a través de las normas relativas al Derecho de Familia; especialmente en lo que refiere a las instituciones jurídicas del matrimonio y del divorcio. Precisamente, en la reforma del CC operada por la Ley de 24 de abril de 1958, con la intención de desterrar el término *divorcio* y sus derivados del ordenamiento jurídico, se sustituyó la misma por otra expresión que resultaba más acorde con la ideología dominante de la época: *separación personal*.

No obstante, de dicha reforma debemos resaltar la revisión que se llevó a cabo de la concepción de la capacidad jurídica de la mujer en general, partiendo de la idea de que tanto desde el plano natural como sociológico, el sexo no podía constituir por sí mismo una diferencia de trato en el derecho civil⁽¹¹⁾. Así, la mujer debía tener libertad para realizar operaciones en el tráfico jurídico; pero ésta no fue en absoluto plena pues se siguió manteniendo la licencia ma-

(11) La promulgación de esta ley respondió a la intención de acomodar nuestro ordenamiento al Concordato concertado el 27 de agosto de 1953 entre la Santa Sede y el Estado español.

rital como expresión de la autoridad del hombre respecto a su esposa y como complemento de su capacidad de obrar. El legislador lo justificó en la Exposición de Motivos de la referida norma, del siguiente modo: «Se contempla, por tanto, la posición peculiar de la mujer casada en la sociedad conyugal, en la que, por exigencias de la unidad matrimonial, existe una potestad de dirección, que la naturaleza, la Religión y la Historia atribuyen al marido, dentro de un régimen en el que se recoge fielmente el sentido de la tradición católica que ha inspirado siempre y debe inspirar en lo sucesivo las relaciones entre los cónyuges».

Ciertamente, la Ley de reforma del Código Civil del año 1958 se promulgó en un contexto en el que el régimen franquista y el país experimentaron una fase de apertura y desarrollo económico sin precedentes hasta ese momento, de la mano de los planes de estabilización e industrialización, el auge del turismo y la entrada de inversiones y capital extranjeros. La mecanización del campo y el consecuente trasvase de población hacia zonas urbanas impulsó los sectores de la construcción y de los servicios; así como el crecimiento de las ciudades en algunos puntos de la geografía española, provocando que los límites de algunos municipios se llegaran a fusionar —aunque sin perder su autonomía— en un fenómeno que se conoce como conurbación.

Pero no se trataba únicamente de un cambio de la fisonomía de las ciudades y del paisaje, sino que estábamos ante una transformación mucho más profunda que tiene que ver con la modernización y profesionalización de la sociedad, que sin duda se vio reforzada con la incorporación de la mujer al mundo laboral de manera masiva. La mejora de las condiciones salariales de las clases trabajadoras y el auge de los movimientos obreros dieron paso a la popularización de unos nuevos hábitos de consumo propios de la llamada edad dorada del capitalismo⁽¹²⁾, que en España se identificarían de manera icónica con el SEAT 600, la minifalda, la televisión y las vacaciones de verano en la costa.

Tales elementos reflejaban un proceso de secularización de una sociedad que de manera progresiva se iba alejando de los valores católicos y tradicionales que habían imperado hasta la fecha, y en los que los derechos de la mujer iban a cobrar un protagonismo cada vez mayor. Así, la Ley 56/1961 de 22 de julio sobre derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer reconocía de manera explícita el principio de no discriminación por razón de sexo ni estado en el ámbito laboral; igualdad que se consideraba implícita en el Fuero de

(12) La edad de oro del capitalismo hace referencia al período de gran expansión económica que tiene lugar en Europa tras la Segunda Guerra Mundial en el año 1945, y que duró hasta la crisis del petróleo del año 1973.

los Españoles del año 1945, pero que se pretendía reforzar para adecuarla a los nuevos tiempos.

En la EM de la referida norma del año 1961 se señalaba que la finalidad de la misma era «dar aplicación efectiva a tales principios, suprimiendo restricciones y discriminaciones basadas en situaciones sociológicas que pertenecen al pasado y que no se compaginan ni con la formación y capacidad de la mujer española ni con su promoción evidente a puestos y tareas de trabajo y de responsabilidad». En ese sentido, se establecía que la mujer tenía los mismos derechos que el varón para el ejercicio de toda clase de actividades políticas, profesionales y laborales; debiendo, en este último caso, respetarse el principio de igualdad de retribución de los trabajos de equivalente valor.

No obstante, se mantuvieron algunas restricciones, como las referidas a la posibilidad de ingresar en los Cuerpos del Ejército, en la Marina mercante y en los Institutos armados; o la de ocupar, dentro de la Administración de Justicia, los cargos de Magistrado, Juez o Fiscal, salvo en las jurisdicciones tutelar de menores y laboral. Pero la limitación más importante —aunque, sin duda, todas lo son por constituir un atentado contra la igualdad de las personas— seguía siendo la necesidad de recabar la autorización marital para el ejercicio de tales derechos; aunque se previó que la negativa del marido fuera susceptible de revisión judicial para asegurar que ésta no se apoyaba en un manifiesto abuso de derecho o mala fe.

La Ley 14/1970, de 4 de agosto, General de Educación y de la Reforma Educativa fue una de las más representativas de esa etapa del tardo-franquismo en cuanto a los derechos de la mujer se refiere, así como a la implantación de ese cambio de mentalidad al que apuntábamos un poco más arriba. Así, dicha norma señala la aspiración generalizada de *democratizar la enseñanza* y modernizar el sistema educativo a través de una ley integral de acuerdo con una creciente demanda social de la que los movimientos estudiantiles representaron su máxima expresión. Uno de los objetivos más destacables de la Ley de Educación de 1970 es el de «ofrecer a todos la igualdad de oportunidades educativas, sin más limitaciones que la de la capacidad para el estudio», lo que posibilitó el acceso universal de las niñas a una educación general básica.

Por último, la Ley 14/1975, de 2 de mayo, reformó determinados artículos del CC y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada, eliminando la licencia marital, de modo que la mujer podía participar en el tráfico jurídico civil y mercantil en igualdad de condiciones que los hombres. Persistían aún algunas limitaciones, como la administración de los bienes gananciales por parte del marido, cuya remoción tuvo que esperar a la promulgación de la actual CE de 1978. Sin embargo, dicha ley reconoce que la libertad y la capacidad de obrar de la mujer en el ordenamiento jurídico en

un plano de igualdad son elementos que se relacionan directamente con la dignidad de la persona y, por tanto, se deben proteger.

2.3. La mujer en democracia

Con la CE de 1978, España entró de lleno en una nueva etapa tras un complejo, pero exitoso, período de transición, al erigirse en un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. En el nuevo régimen democrático, los poderes públicos asumen la obligación de suprimir —de manera proactiva— los obstáculos que impiden o dificultan la participación de los ciudadanos y las ciudadanas en la vida política, económica y cultural de su comunidad en condiciones de igualdad.

El art. 14 de la *Carta Magna* convierte el derecho de igualdad en uno de los ejes programáticos de nuestro ordenamiento jurídico al establecer la prohibición de toda discriminación «por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». El texto constitucional incide, en varios de sus artículos, en la igualdad de las personas ante la ley, tanto en lo que se refiere a los derechos fundamentales y las libertades públicas, como a los principios que deben inspirar la política social y económica del país. Se trata, en definitiva, de asegurar la igualdad de oportunidades en todos los ámbitos de la vida (educativo, profesional, laboral, familiar o de la salud, entre otros) para hacer efectivo el libre desarrollo de la personalidad del individuo; de modo que los aspectos de género, en su concepción sociológica, ya no pueden constituir una diferenciación entre hombres y mujeres.

Respecto a la mujer casada, el art. 32 de la CE supuso un avance significativo al establecer que «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica», regulando la ley las «formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos», en consonancia no solo con el art. 14, sino también con la aconfesionalidad del Estado proclamada en el art. 16 de la *Carta Magna*.

Tales principios se recogen en la Ley 30/1981 de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Casi medio siglo después⁽¹³⁾ el ordenamiento jurídico español contempló de nuevo la posibilidad

(13) El 2 de marzo de 1938 se decretó la suspensión de la Ley del Divorcio republicana del año 1932, que quedó finalmente derogada por la Ley del Divorcio de 22 de septiembre del año 1939. Incluso se dispuso que las sentencias que se hubieran dictado durante la vigencia de la referida ley pudieran ser declaradas nulas a instancia de cualquiera de los interesados,

de disolver el vínculo matrimonial a través de esta figura, aunque para ello se exigían una serie de requisitos que en la práctica hacían que para los cónyuges fuera un procedimiento largo y no exento de complicaciones, pues había que pasar previamente por un proceso de separación y justificar el divorcio en alguna de las causas que en aquel entonces se recogían en el art. 86 del CC.

Otra ley que se promulgó con el propósito de seguir avanzando hacia la igualdad entre el hombre y la mujer dentro de la institución del matrimonio fue la Ley 21/1987, de 11 de noviembre en materia de adopción que, entre otros extremos, corrigió la discriminación que aún persistía en el art. 9 del CC en el ámbito del Derecho Internacional Privado, que señalaba lo siguiente: «Las relaciones personales entre los cónyuges se regirán por su última ley nacional común durante el matrimonio y, en su defecto, por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración». Asimismo, se promulgó la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, con la finalidad de corregir y superar aquellos preceptos que, para determinar la eficacia de ciertas relaciones y situaciones jurídicas con motivo del género, continuaban siendo contrarios al principio de igualdad por contemplar criterios que otorgaban «una preferencia o un trato inadecuado».

Las leyes han ido evolucionando y adaptándose a la realidad del momento, y con ese espíritu la Ley 13/2005 de 1 de julio reguló la posibilidad de que dos personas del mismo sexo pudieran contraer matrimonio, pues como se reconoce en el preámbulo de la citada norma «la convivencia como pareja entre personas del mismo sexo basada en la afectividad ha sido objeto de reconocimiento y aceptación social creciente, y ha superado arraigados prejuicios y estigmatizaciones». Una vez más, la realidad se impuso a la legalidad formal que el legislador supo adaptar con la citada ley para que el sexo —o la orientación sexual, en este caso— no fuera un impedimento para que los ciudadanos y las ciudadanas pudieran contraer matrimonio en condiciones de igualdad.

La última de las grandes reformas importantes —por lo que aquí interesa— en torno a la institución del matrimonio y del divorcio tiene lugar con la Ley 15/2005, de 8 de julio, popularmente conocida como *ley del divorcio exprés*, precisamente por eliminar la causalidad como requisito para la prosperabilidad de la acción: hoy ya no es necesario pasar por un procedimiento de separación previo y acreditar la falta de convivencia entre los cónyuges durante un largo período de tiempo, sino únicamente el transcurso de tres meses desde la celebración del matrimonio⁽¹⁴⁾.

siendo causa bastante para fundamentar dicha petición, el deseo de reconstituir su legítimo hogar o «simplemente el de tranquilizar su conciencia de creyente».

(14) El art. 81 el CC dispone que «no será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la inte-

Además de modernizar la institución jurídica del divorcio, la Ley 15/2005, de 8 de julio, introduce el deber de los cónyuges de compartir las responsabilidades domésticas, así como el cuidado y atención de los ascendientes, descendientes y otras personas a cargo; una obligación que, si bien puede resultar de difícil coercibilidad judicial dado el carácter abstracto de la misma, refleja la idea de la corresponsabilidad —sobre la que nos detendremos más adelante— y que puede resultar muy útil para superar las desigualdades de género y la incidencia de éstas sobre la tercera edad.

2.4. La concurrencia de discriminaciones

A) *El carácter transversal del principio de igualdad*

Una de las leyes con mayor trascendencia en cuanto a los aspectos de género y la influencia de los mismos sobre varias esferas de la vida de una persona, es la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Precisamente, dicha norma tiene como punto de partida los arts. 9.2 y 14 de la CE de 1978, y nos recuerda que la igualdad constituye un principio jurídico universal reconocido en numerosos instrumentos y textos internacionales; de los que debemos destacar la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (la CEDAW, por sus siglas en inglés), que entró en vigor en España el 4 de febrero de 2004.

El preámbulo de la LO 3/2007 señala que la igualdad efectiva entre hombres y mujeres es una preocupación que está presente en la agenda internacional desde hace décadas, como muestran la Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Nairobi en el año 1985 o la que tuvo lugar en Beijing en el año 1995. A nivel europeo, el art. 23 de la CDFUE consagra el mandato de los EEMM de garantizar en todos los ámbitos la igualdad efectiva entre hombres y mujeres; con especial incidencia en materia de empleo, trabajo y retribución, por el indudable carácter instrumental que éstos van a tener en la vida de una persona en términos de dignidad, desarrollo individual y seguridad material. El *principio de igualdad de trato*, y la necesaria protección frente a las situaciones de las que eventualmente puede deducirse una discriminación, ha sido objeto de desarrollo por parte de la UE con la finalidad de armonizar los ordenamientos jurídicos de los EEMM a través de las siguientes normas: la Directiva 76/2007/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; y la Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el

gridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio».

principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso de bienes y servicios y su suministro.

Tales Directivas son las que se trasponen en nuestro ordenamiento jurídico a través de la LO 3/2007 antes citada, que tiene como premisa la insuficiencia del reconocimiento formal del derecho de igualdad en numerosos ámbitos, que reclaman una llamada a la acción por parte de los poderes públicos para que ésta sea realmente efectiva, terminando así con graves e injustas situaciones: violencia de género, discriminación en salarios y en determinadas pensiones como la de viudedad⁽¹⁵⁾, mayor desempleo femenino, infrarrepresentación de la mujer en los órganos de dirección y decisión tanto de empresas como entidades, o unas políticas de conciliación que, hasta ahora, han tenido unos resultados ciertamente deficitarios.

Ante tales circunstancias de las que potencialmente se genera una vulnerabilidad presente (pero también con consecuencias en el futuro) en detrimento de la mujer, se hace necesaria una actuación normativa dirigida a combatir todas las manifestaciones discriminatorias que aún subsisten, y que de manera mediata o inmediata descansan en diferencias de género y estereotipos machistas. En ese sentido, la novedad de la norma reside en el carácter preventivo que se quiere dar al derecho antidiscriminatorio a través del principio de igualdad, identificando aquellas conductas y situaciones que, por ser constitutivas de un trato desigual no justificado, deben corregirse. Para ello, son imprescindibles políticas activas que tengan por objeto hacer efectivo el principio de igualdad, del que la LO 3/2007 resalta su dimensión transversal como elemento inspirador de nuestro ordenamiento jurídico. Así, la norma nace con la vocación de convertirse en una suerte de Ley-Código, proyectando a lo largo de su articulado el principio de igualdad en diferentes ámbitos normativos y proponiendo reformas concretas en varias de sus disposiciones adicionales a nivel electoral, procesal, sanitario, laboral, administrativo o de consumo, entre otros.

Se trata, en definitiva, de establecer una regulación con perspectiva de género y de llevar a cabo una política que responda al mandato legal dirigido a los poderes públicos de reconocer aquellas «situaciones de constatable desigualdad fáctica, no corregibles por la sola formulación del principio de igualdad jurídica o formal». El art. 14 de la LO 3/2007 establece una serie de criterios que los poderes públicos deben asumir con carácter general a la hora actuar; de los que resulta conveniente destacar el que se recoge en el apdo. sexto del referido precepto: «la consideración de las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres de colectivos de especial vulnerabilidad como son las que pertenecen a minorías, las

(15) De acuerdo con los datos publicados el pasado octubre de 2020 por el portal estadístico del INSS, la pensión media de jubilación media se sitúa en 1.167,83 euros, mientras que la de viudedad es de 728,66 euros.

mujeres migrantes, las niñas, las mujeres con discapacidad, las mujeres mayores, las mujeres viudas y las mujeres víctimas de violencia de género, para las cuales los poderes públicos podrán adoptar, igualmente, medidas de acción positiva».

La adopción de medidas que ofrecen ventajas concretas en favor del sexo menos representado resulta compatible con el principio de igualdad, y así se reconoce tanto jurisprudencialmente como normativamente, pues de lo que se trata es de corregir la situación de desequilibrio en la que suele encontrarse la mujer a nivel social, económico, laboral y político⁽¹⁶⁾.

B) *Aspectos de género: trabajo y envejecimiento*

No debe pasar inadvertido la posible concurrencia de situaciones o circunstancias discriminatorias que puede sufrir al mismo tiempo un ciudadano o ciudadana; muy especialmente las mujeres y las personas mayores. Precisamente, la manera en la que una persona se enfrenta al proceso de envejecimiento con mayor o menor dignidad viene determinado por una serie de factores de carácter heterogéneo, muchos de los cuales son la consecuencia directa del conjunto de las experiencias sociales, laborales y familiares vividas en el pasado. No podemos olvidar, que las personas que hoy tienen 65 años o más nacieron en el año 1955 o antes, por lo que han crecido en un contexto político y jurídico marcado por la transición de un modelo de familia tradicional, hacia un conjunto de sistemas diversos que van más allá de la familia biparental típica, como, p. ej., las familias monoparentales, las homoparentales o las reconstituidas. Los nuevos modelos de familia, además de caracterizarse por su diversidad, presentan otras dinámicas que deben ser tenidas en cuenta desde el punto de vista del trato igualitario que merecen todos y cada uno de sus miembros.

La familia ha dejado de ser —al menos en un plano teórico— una estructura organizada bajo la dirección de un cabeza de familia y con unas asignaciones de género muy definidas entre los integrantes de la misma, por las que la mujer se ocupa de manera exclusiva de los aspectos domésticos y del cuidado de los hijos e hijas, y el marido se encarga de sustentar y proveer, a través de su salario, los recursos materiales que la unidad familiar necesita. La incorporación de la mujer al mercado de trabajo aumentó de manera significativa en la década de los 70 en nuestro país, pasando la tasa de actividad femenina del 16% en el año 1950 al 29% en el año 1975⁽¹⁷⁾. Por tanto, una de las primeras consecuencias

(16) Precisamente, el art. 23 de la CDFUE establece que «el principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado».

(17) Actualmente la tasa de actividad de la mujer se encuentra en torno al 53% de acuerdo con los datos publicados por el INE; y existe una brecha de género que se sitúa por encima de los 10 puntos.

que de manera inmediata se deberían haber planteado y resuelto por parte de las familias, es la redefinición de los tradicionales roles que tanto el marido como la esposa debían asumir a partir de ese momento en relación a las responsabilidades domésticas en un sentido amplio, ahora que ambos tenían que combinarlas con las derivadas de sus respectivos desempeños profesionales.

Por otro lado, ya en aquella época se dispuso el deber de respetar el principio de igualdad de retribución de los trabajos de equivalente valor (como vimos más arriba) y el acceso a la educación se basó en la capacidad para el estudio de la persona, sin que el género tuviera que ser en absoluto un elemento restrictivo. Respecto a este último extremo, la formación de la mujer sí ha mejorado de forma significativa en las últimas décadas, pues actualmente se encuentra al mismo nivel que la del hombre en cuanto a la enseñanza básica se refiere, e incluso ligeramente por encima en los estudios superiores. Sin embargo, de acuerdo con los datos publicados por el INE existe una diferencia de casi 22 puntos respecto al salario mediano en detrimento de las mujeres.

Son varios los factores que inciden en la llamada brecha salarial, como la segregación del mercado de trabajo derivada de una distinta representación por sexos en determinados sectores —que además suelen ser los más precarizados— como el de los servicios auxiliares y domésticos. Precisamente, la presencia de las mujeres en aquellas profesiones relacionadas con la ciencia, la tecnología, las matemáticas o la ingeniería —las denominadas áreas STEM— continúa siendo relativamente bajo si la comparamos con la de los hombres; lo que resulta preocupante, si tenemos en cuenta que se tratan de los ámbitos de los que mayor proyección se espera en el futuro, de acuerdo con el desarrollo de una nueva era digital en la que ya nos encontramos plenamente inmersos.

Asimismo, el INE señala que el tipo de oferta de empleo a la que responde la mujer, normalmente está condicionado por la necesidad de conciliar trabajo y familia —lo que revela una falta de corresponsabilidad— y así se desprende de una diferencia de más de 66 puntos respecto a los hombres, en relación los contratos de trabajo celebrados a tiempo parcial. La incidencia de los hijos e hijas en términos laborales también desvela diferencias por razón del género, influyendo en la discriminación de salarios y prestaciones, por cuanto las madres que han tomado un tiempo de excedencia para el cuidado de aquellos supera con creces al de los padres: más del 73% de las trabajadoras han realizado una excedencia a tiempo completo para el cuidado de hijos e hijas con una duración de entre 6 y 12 meses, mientras que tan solo el 1% de los hombres han optado por el ejercicio de este derecho. Así, los hombres revelan tener una vida laboral más larga, pues el 48% de los varones manifiestan que ésta es superior a los 35 años, mientras que apenas el 20% de las mujeres llegan a alcanzar esta cifra.

En cuanto a la infrarrepresentación femenina en los órganos de gestión y decisión de las empresas, la misma resulta evidente: la media de las mujeres

directivas en Europa se sitúa en torno al 33%, estando en España ligeramente por debajo (un 31%). Un dato alarmante en ese sentido, es que ninguno de los EEMM de la UE tiene una representación de mujeres en puestos de dirección que llegue al 50%; siendo el más alto Letonia, con un 47%. Además, según datos de la EUROSTAT, las mujeres directivas cobran de media un 23% menos que los hombres directivos, aun a pesar de asumir un mismo nivel de responsabilidad; algo que, simplemente, resulta intolerable.

Esa representación femenina desigual también está presente en el seno de las principales formaciones políticas, donde la participación de las mujeres en cargos ejecutivos se sitúa en un 39,1%; aunque varía de manera ostensible en función del concreto partido al que se refiere la estadística. No obstante, la paridad mejora bastante si nos fijamos en el volumen de mujeres que ostentan la condición de diputadas, tanto a nivel estatal como autonómico, lo que sin duda resulta positivo por cuanto éstas deben estar convenientemente representadas en los principales foros de decisión pública. Sin embargo, en los Consejos de Administración de las empresas del IBEX35, la representación de la mujer se sitúa en un 23%, habiendo surgido propuestas y planes de igualdad por parte de la CNMV con la finalidad de corregir progresivamente dicho desequilibrio y lograr unas cifras más aceptables.

Las mujeres también dedican más tiempo a las actividades de trabajo no remunerado como el cuidado y educación de los hijos o nietos, tareas domésticas, asistencia de familiares ancianos o con alguna discapacidad, o cursos de formación, entre otros. En relación a las tareas domésticas, el 77,5% de las mujeres declaran una dedicación diaria a las mismas frente al 32,9% de los hombres; mientras que, en relación al cuidado de hijos o nietos, las primeras manifiestan ocuparse de éstos todos los días en un 47,4%, y los segundos tan solo en un 31,5%.

Tales diferencias provocan en su conjunto un ensanchamiento progresivo de la brecha salarial; de modo que al llegar a la vejez las mujeres van a contar con un menor soporte prestacional por haber cotizado menos años y en menor cuantía. De hecho, las limitaciones que las mujeres han tenido durante su trayectoria profesional en los términos apuntados hace que su situación económica durante la vejez se vea más comprometida, colocándolas en una mayor vulnerabilidad respecto a los hombres: de acuerdo con el INE, la renta por persona y unidad de consumo es menor en mujeres; ensanchándose dicha diferencia conforme se va avanzando en edad.

Son datos que deben ser tenidos en cuenta, ya no solo porque reflejen una desigualdad por motivos de género, sino también porque a partir de los 45 años la población femenina se incrementa de manera progresiva respecto a la masculina, especialmente en las edades más avanzadas, por lo que analizar el

envejecimiento de la población con perspectiva de género para corregir tales desequilibrios resulta esencial.

Así, los indicadores reseñados en los párrafos precedentes demuestran que las mujeres continúan sufriendo una mayor precariedad en términos laborales que se manifiesta de formas muy diversas: brecha salarial, techo de cristal, infrarrepresentación en los órganos de decisión, segregación ocupacional por motivo de género en determinados sectores y una inadecuada conciliación entre el trabajo y las responsabilidades familiares. Dichos elementos van a tener una incidencia respecto a las diferencias en que hombres y mujeres llegan a la edad de jubilación, así como en la manera en la que, consecuentemente, van a poder enfrentarse a las distintas situaciones que pueden tener lugar en esta etapa vital.

C) *Los efectos de la corresponsabilidad en la vejez*

Parte de los desequilibrios que la mujer sufre tanto en la vida adulta como en el proceso de envejecimiento tienen su origen en una distribución desigual de las responsabilidades familiares, y en el modo en que éstas se combinan con las derivadas del trabajo. A pesar de los avances normativos en las últimas décadas respecto a la consideración jurídica de la mujer y el papel que ésta tiene en la sociedad, existe aún un largo camino por recorrer, pues las tareas domésticas —en el sentido más amplio de la expresión— continúan muy lejos de ser tratadas bajo la necesaria óptica de la corresponsabilidad, en virtud de la cual, todos los miembros de la unidad familiar deben asumir el reparto de las mismas en igualdad de condiciones. Estamos ante una cuestión de justicia, ya que tales responsabilidades no solo conllevan un esfuerzo que no cuenta con el reconocimiento social que merecen, sino que además para las mujeres representan un freno desde el punto de vista profesional y económico, cuyas consecuencias van a proyectarse también durante el envejecimiento.

En ese sentido, la conciliación laboral y familiar debe procurar la eliminación de toda referencia basada en asignaciones de género, fomentando un reconocimiento igualitario de los derechos laborales que las personas trabajadoras tienen respecto al cuidado de hijos y familiares dependientes. Una buena política de conciliación debe asegurar que las personas con responsabilidades familiares puedan ocuparse de las mismas sin que suponga una ralentización de su desarrollo y promoción profesionales. Hasta ahora, las principales medidas de conciliación nos han conducido a que uno de los miembros de la unidad familiar —normalmente la mujer— se vea obligado a elegir entre profesión y trabajo, optando por el derecho a una excedencia o a la reducción de jornada. En la práctica, tales mecanismos han provocado un alejamiento de la mujer de su entorno profesional debido a la todavía fuerte presencia del rol femenino como cuidadora en el imaginario colectivo.

Ante este escenario, la corresponsabilidad se convierte en una forma de corregir tales desequilibrios, siendo otra la flexibilidad que hoy en día nos ofrecen las nuevas tecnologías para crear entornos laborales más dinámicos y no basados únicamente en la presencialidad, que impide la compatibilidad de trabajo y familia casi siempre en perjuicio de la mujer. En ese sentido, la Comisión Europea hace tiempo viene señalando⁽¹⁸⁾ la necesidad de «promover nuevas formas de equilibrio entre la vida laboral y familiar y políticas de envejecimiento activo e incrementar la igualdad entre sexos». La UE ha llevado a cabo varias Directivas con la finalidad de armonizar y acercar las legislaciones de los países miembros en materias como la protección de la salud, la maternidad, la infancia o la conciliación laboral y familiar, para combatir las discriminaciones que por motivo del género pueden producirse en dichos ámbitos⁽¹⁹⁾.

En España el RD-L 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, también incide en la necesidad de reducir las desigualdades; especialmente las que se derivan de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil. A tal fin, introduce mejoras en los permisos de nacimiento de hijos e hijas con el propósito de avanzar en la conciliación familiar y laboral de acuerdo con el principio de corresponsabilidad entre ambos progenitores. Así el art. 48 del ET dispone que «el nacimiento suspenderá el contrato de trabajo del progenitor distinto de la madre biológica durante 16 semanas, de las cuales serán obligatorias las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa, para el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del Código Civil»⁽²⁰⁾.

Y, el más reciente RD-L 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, busca incidir en esas *fórmulas de trabajo flexible* a las que hace referencia la Directiva (UE) 2019/1158/UE relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y cuidadores, que obliga a los EEMM

(18) Concretamente en su Informe *Europa 2020: una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrado* de marzo del año 2010.

(19) Las más reseñables son: la Directiva 92/85/CEE relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada; la Directiva 2006/54/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación; o la más reciente, la Directiva (UE) 2019/1158/UE relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y cuidadores (que sustituye a la Directiva 2010/18/UE relativo al permiso parental).

(20) De acuerdo con la redacción dada por el RD-L 6/2019 de 1 marzo, la DT 13ª del ET prevé un régimen progresivo hasta alcanzar la plena equiparación en los períodos de suspensión de ambos progenitores a partir del 1 de enero de 2021.

a adoptar las medidas necesarias a fin de garantizar que los trabajadores con hijos hasta una edad determinada, que será como mínimo de ocho años, tengan derecho a conciliar sus responsabilidades profesionales con las familiares. El teletrabajo, definido en el preámbulo del citado RD-L como «una forma de organización o de realización del trabajo utilizando las tecnologías de la información, en el marco de un contrato o de una relación laboral» puede, sin lugar a dudas, contribuir a incrementar la corresponsabilidad parental entre mujeres y hombres. Esta medida, bien implementada, no solo resultaría beneficiosa para las madres trabajadoras, sino también para las personas mayores de 65 años, pues se verían liberadas del cuidado de sus nietos y del consecuente desgaste que tal esfuerzo implica, al poder los progenitores ocuparse de sus responsabilidades parentales. Por otro lado, la flexibilización del trabajo mediante las nuevas tecnologías permitiría a las mujeres no tener que ralentizar su desarrollo económico y profesional, favoreciendo su llegada a la vejez en igualdad de condiciones respecto a los hombres.

D) *Otros aspectos de género que inciden en el proceso de envejecimiento*

Existen otros elementos que deben ser tenidos en cuenta a la hora de abordar los aspectos de género que están presentes en el proceso de envejecimiento de una persona y de los que se pueden derivar ciertas situaciones de discriminación en contra de la mujer.

Muchas están íntimamente relacionadas con los desequilibrios que se producen a lo largo de la vida laboral entre un hombre y una mujer, y que se manifiestan más adelante en términos de pobreza o mayor riesgo de exclusión por unos económicos insuficientes. La pobreza de la mujer puede producirse de manera sobreenvenida al enviudar ésta, especialmente en aquellos supuestos en los que el marido era quien disponía de mayores ingresos y recursos. Recordemos que la esperanza de vida de la mujer es ostensiblemente más elevada que la de los hombres, lo que puede dar lugar a situaciones de soledad, aislamiento y exclusión por la pérdida de su consorte.

Por otro lado, muchas mujeres mayores se encargan de los cuidados que precisan su cónyuge —o cualquier otro familiar dependiente— hasta que sus condiciones físicas o psíquicas se lo permiten. Socialmente, la mujer se *jubila* a la par que su marido, pero la presencia de las responsabilidades domésticas hace que ésta no pueda *retirarse* nunca; especialmente en los matrimonios cuya organización se ha desarrollado conforme al modelo tradicional, donde ha primado el rol del marido como proveedor de los recursos materiales y el de la mujer como encargada de las tareas del hogar, en el sentido más amplio de la expresión. Así, la corresponsabilidad debe impulsarse también pensando en las personas mayores, para fomentar un cambio de mentalidad en los hombres que hoy tienen 65 años o más, en torno a una cultura del auto cuidado y de la

necesidad de distribuir de manera equilibrada las responsabilidades familiares en condiciones de igualdad.

Por último, la llegada de una persona a la jubilación puede ocasionar una crisis de identidad en la misma, asociada al hecho de haber tenido que dejar atrás el trabajo, con el consecuente riesgo de sentirse cada vez más alejado de uno de sus círculos sociales de referencia más habituales. La gestión del tiempo en la tercera edad y la relación con el entorno resultan imprescindibles para evitar que la persona pueda sentirse desplazada desde el punto de vista social y comunitario; y por eso, potenciar las redes de apoyo e impulsar políticas que trabajen en un EA y saludable, pueden contribuir a reducir esa situación de abandono y detectar situaciones de riesgo. Como las que se producen en los casos de violencia de género, donde el aislamiento y la falta en muchos casos de soportes tanto a nivel individual como institucional, hace que estemos ante una realidad invisibilizada. De acuerdo con un reciente estudio publicado por la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, el 40% de las víctimas mayores de 65 años declaran haber sufrido alguna o varias formas de violencia machista de manera continuada durante más de 40 años, por lo que llevar a cabo acciones prospectivas con perspectiva de género resulta imprescindible.

III. ACCIONES DE FUTURO

El envejecimiento de la población es un reto de carácter global que requiere de una solución urgente, pues todas las previsiones indican que los 703 millones de personas que actualmente tienen 65 años o más aumentarán hasta alcanzar los 1.500 millones en el año 2050.

Muchos países —entre ellos el nuestro— ya presentan algunos problemas derivados del envejecimiento de la población respecto a la sostenibilidad de los sistemas de pensiones y protección social. Así, la esperanza de vida en España —uno de los principales indicadores con los que suelen medirse las condiciones de salud y el desarrollo de un país— se sitúa en 80,9 años en los hombres, y en 86,2 años en las mujeres, habiendo aumentado de manera considerable a lo largo de las últimas décadas debido a los avances en la medicina y los cuidados de la salud. No obstante, y pese a que las mujeres presentan una esperanza de vida más elevada, los hombres declaran llegar a la edad de jubilación en mejores condiciones. Y es que, del análisis en clave de perspectiva de género de la evolución del papel de la mujer en el matrimonio, la educación o el trabajo, vemos cuán importante resulta la igualdad de derechos políticos, sociales y civiles durante todas las etapas de la vida de una persona para asegurar su dignidad.

Precisamente, el concepto de envejecimiento saludable pretende definir la vejez más allá de las condiciones físicas y mentales en las que se encuentra un individuo, haciendo especial hincapié en otro tipo de elementos de carácter

más social, cuya trascendencia en el desarrollo y el bienestar de la persona resulta indiscutible. En ese sentido, en un documento elaborado por la asociación *HelpAge International*, una red global que trabaja en pro de los derechos de las personas mayores, se pone de manifiesto que la humanidad está experimentando «una revolución de longevidad». La esperanza de vida ha aumentado en la mayoría de los países, como también la proporción de las personas que hoy tienen 65 años o más, lo que nos lleva a un desafío en términos demográficos que debemos abordar bajo la guía de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 de las Naciones Unidas.

En este contexto, la OMS ha promovido la *Década del Envejecimiento Saludable 2020-2030* con el propósito de mejorar la calidad de vida de las personas de acuerdo con las metas contenidas en la citada Agenda 2030, dado el carácter transversal de las mismas y su incidencia en la llamada tercera edad. No olvidemos que uno de los ODS, concretamente el núm. 3, pretende «garantizar una vida sana y promover el bienestar para todos en todas las edades». El envejecimiento saludable y activo exige luchar para que la igualdad de género esté presente en todos los aspectos de la vida, así como trabajar para que las ciudades y las comunidades sean entornos seguros que fomenten la inclusión y la participación de todas las personas.

La manera en la que las personas de 65 años o más se relacionan con su entorno —familiar, comunitario y cultural— resulta imprescindible; y por eso, los poderes públicos deben asegurar no solo el reconocimiento de sus derechos, sino también que tales interacciones tengan lugar incidiendo en la autonomía del individuo durante la vejez. Para ello, las instituciones y la sociedad civil en su conjunto deben establecer cuantos mecanismos resulten necesarios para que las personas mayores puedan disfrutar de sus derechos en igualdad de condiciones, así como identificar y eliminar todas las situaciones de las que se deriven circunstancias discriminatorias, especialmente las que tienen su origen en las diferencias de género.

3.1. El impulso de los derechos de las personas mayores

A lo largo del presente capítulo hemos visto que muchas discriminaciones, que van a tener consecuencias en la vejez, se producen mucho antes de que la persona llegue a la edad de jubilación; siendo mucho más intensas en las mujeres, en términos de vulnerabilidad. Pero otras tienen lugar conforme se van cumpliendo los años de acuerdo con los estereotipos que en no pocas ocasiones se asocian al envejecimiento con la idea de una persona improductiva y dependiente. Sin embargo, la sabiduría y la experiencia que las personas mayores han acumulado a lo largo de su vida, pueden constituir una aportación muy útil; y por eso —además de por unas evidentes razones de dignidad— la sociedad

debe garantizar que se respeten sus derechos y se les brinde las oportunidades para participar e interactuar con su entorno.

Los derechos de las personas son olvidados con frecuencia cuando deberían ser una prioridad, por cuanto la población se enfrenta a un proceso de envejecimiento que requiere de la atención tanto de los poderes públicos como de la sociedad civil en su conjunto. Asimismo, debemos luchar contra el desconocimiento de derechos que tantas veces perjudica a las personas mayores: las personas mayores necesitan ser conocedoras de los derechos que les asisten para poder acudir y disfrutar de los mismos, debiendo ser transmitidos de manera entendible de acuerdo con las circunstancias individuales que concurren en cada caso.

En ese sentido, resulta imprescindible fomentar la cultura jurídica en determinados aspectos —y siempre bajo una perspectiva de género— pues la utilización del derecho en términos preventivos debe servirnos también como preparación para la vejez. Además de aquellas medidas dirigidas a la planificación en términos económicos y patrimoniales, existen numerosas instituciones jurídicas por las que se puede nombrar a un apoderado en previsión de una eventual pérdida sobrevinida de la capacidad para gobernarse por sí mismo. Tales derechos, nos brindan la oportunidad de perpetuar nuestra voluntad más allá de las limitaciones volitivas que podamos sufrir en el futuro.

3.2. Análisis y recogida de datos

La recogida de datos para su posterior análisis y estudio resulta fundamental, ya no solo para identificar aquellas eventuales situaciones de las que se desprende una necesidad, sino también para elaborar las estrategias que resulten más adecuadas para hacer frente a las mismas.

Dimensionar la magnitud del problema resulta imprescindible en cualquier ámbito, pues de ese modo podremos asignar los recursos necesarios y asegurar el cumplimiento de las previsiones que en ese sentido se hayan dispuesto tanto a nivel político como jurídico. Por eso, la recogida de datos de forma segregada por sexos y por edad —entre otros parámetros posibles— nos permite conocer y acercarnos a la realidad de una forma mucho más fidedigna, así como diseñar las acciones que a nivel local, estatal y global deben acometerse para hacer de la igualdad una realidad incontestable en todas las esferas de la vida y en todas las edades.

Pero la elaboración de esas políticas no debe hacerse únicamente a partir de la recogida de datos pues, sin lugar a dudas, dicha información debe completarse con la opinión de las personas mayores para conocer de primera mano cuáles son sus principales necesidades, y cómo éstos esperan que las mismas sean tratadas tanto a nivel individual como colectivo. Por eso, impulsar y dar soporte

a las asociaciones y organizaciones representativas de los intereses de las personas mayores puede contribuir a dar voz a sus inquietudes y preocupaciones.

Hoy más que nunca, garantizar un EA y saludable pasa por tomar en consideración los aspectos de género presentes en múltiples y variadas esferas de la vida, pues sin duda éstos tienen una incidencia más o menos mediata a lo largo del referido proceso, cuyo desarrollo en condiciones de igualdad y dignidad requiere de unas estructuras sociales adecuadas dirigidas a tal fin.

IV. BIBLIOGRAFÍA CITADA

CEBRIAN QUERO, Susana y QUEROL MIQUEL, Inmaculada, *mayores y Género: Hombres mayores. Una oportunidad para el cambio*. Gizonduz-Emakunde, Bilbao, 2012.

FERRER ORTÍZ, Javier (Coord.), *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, Eunsa, Pamplona, 2007.

IGLESIA FERRERÓN, Aquilino, *La creación del Derecho*, vol. 2º *Una historia de la formación de un derecho estatal español*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

IMAZ ZUBIAUR, Leire, «Superación de la incapacidad de la mujer casada para gestionar su propio patrimonio», en ASTOLA MADARIAGA, J. (Coord.), *Mujeres y Derecho, pasado y presente: I Congreso multidisciplinar de Centro-Sección de Bizkaia de la Facultad de Derecho*, octubre 2008.

REAL MONTERO, Silvia, «La corresponsabilidad en la Unión Europea, un camino por recorrer», *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 6, núm. 1, 2016.

Páginas electrónicas

<http://www.historiasiglo20.org/sufragismo/origfem.htm>

<http://www.mujaresenred.net/spip.php?article2259>

<https://pilades.com/2020/01/16/historia-silenciada-de-la-mujer-ix-la-mujer-en-la-edad-contemporanea/>

<https://www.asefasalud.es/servicios/consejos-saludables/44-envejecimiento-saludable-y-activo>

<https://www.who.int/es/initiatives/ageing/decade-of-healthy-ageing>

<https://eapn.es/publicaciones/61/europa-2020-una-estrategia-para-un-crecimiento-inteligente-sostenible-e-integrador-comision-europea>

<http://www.helpage.es/noticias/dcada-del-envejecimiento-saludable-y-ods>

CAPÍTULO 12

ACTIVIDADES DE OCIO. TIEMPO LIBRE Y ASOCIACIONISMO

Luis Carlos Medina Modroño
Abogado del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona

I. SITUACIÓN ACTUAL SOBRE EL OCIO, TIEMPO LIBRE Y ASOCIACIONISMO DE LAS PERSONAS MAYORES. CONCEPTOS, PARADIGMA SOCIAL Y NECESIDAD DEL ENVEJECIMIENTO ACTIVO

Al tratar esta cuestión se hace ineludible un breve examen del concepto actual de los términos «persona mayor» y «tercera edad» que se asocian, en arraigado automatismo, a las denominadas clases pasivas y nos conducen a una difusa línea divisoria entre el estereotipo jurídico-social y la condición o edad vital de la persona.

Estos conceptos, acuñados social y jurídicamente en un paradigma de connotación negativa de pasividad, incapacidad y cierta condescendencia, cada vez tienen una línea definitoria menos clara, el paradigma cambia.

A los ojos de este autor ambos conceptos no tienen ya la significación social ni jurídica que tenían en décadas pasadas porque actualmente y por el devenir de las condiciones de vida y la mejora en el envejecimiento, la edad que se encontraba definida en los parámetros de cierto grupo o segmento poblacional conceptualizado como «personas mayores» «tercera edad» o «clases pasivas», ahora puede proyectarse como un segmento de personas activas con grandes dotes y capacidades de aportación a la sociedad y no solo en términos económicos, de productividad o trabajo, sino en términos de experiencia, cohesión social y familiar y transmisión de valores, conocimientos y sabiduría.

En muchos casos personas que por su edad serían susceptibles de integrar aquellas categorías, gozan de una magnífica salud, capacidades físicas e intelectuales y una energía arrolladora cargada de grandes valores.

Esto significa que se está produciendo el cambio de paradigma y la fractura de los estereotipos, dadas las circunstancias socio-económicas actuales y el indudable incremento de la esperanza de vida y con ello la línea conceptual y divisoria entre el segmento de población activa y el segmento definido como tercera edad, clases pasivas o personas mayores ya no es aplicable, en puridad, como lo ha venido siendo hasta ahora. Como suele suceder, va más deprisa la sociedad que la Ley y este caso no es una excepción.

No pretende este autor simplificar en un silogismo básico que las personas mayores deban llevar un estilo de vida idéntico al de los jóvenes —este término

también es difuso hoy—, no es ajeno a nadie que la edad, dependiendo de los avatares de la vida, puede suponer una limitación a la actividad cotidiana, lo que ya en sí mismo restringe las capacidades para ciertas actividades de ocio y tiempo libre. Lo que se evidencia en la realidad social es que llegar a determinada edad avanzada y subsumirla en los conceptos antes expuestos, definidos como segmentos poblacionales en cajones herméticos ya no es posible a efectos sociales y jurídicos de forma nítida, no sin perder por el camino un valor humano imprescindible.

Ejemplos de esta afirmación es que cada vez más personas de edad avanzada comprendida en un segmento poblacional concreto, llevan una vida absolutamente activa e incluso participan en actividades deportivas de tiempo libre y ocio de gran exigencia física y mental, como son pruebas populares de carrera a pie, de natación, esquí, cicloturistas, natación u otras modalidades deportivas, culturales, de ocio, de voluntariado y sociales que en los últimos años se han multiplicado exponencialmente a lo largo y ancho de todo el territorio, con gran éxito y solvencia. Estos eventos que incluyen la participación de mayores en la denominada categoría «Master», frecuentemente están organizados para todas las edades, géneros y condiciones físicas, lo que contribuye a fomentar la actividad y las relaciones sociales intergeneracionales con un resultado indudablemente positivo, incluso hay quienes a edades avanzadas se inician en esas prácticas cuando nunca antes lo habían hecho, no resignando su conducta social a actividades pasivas como el termalismo o actividades análogas, que parecerían *a priori* estar reservadas a las personas con mayores limitaciones.

Como anécdota, pero también como ejemplo paradigmático del mantenimiento de una capacidad funcional en una longeva vida activa y saludable, el Sr. Robert MARCHAND realizó su última prueba ciclista a la edad de 106 años⁽¹⁾. Sin duda, un loable ejemplo de EA.

En cuanto a la capacidad asociativa y el voluntariado de las personas que mantienen una capacidad vital intrínseca y funcional y que ya no deben su tiempo a un horario de trabajo es mucho mayor que la de las personas que tienen dicha obligación, lo cual debe observarse para poner el foco de los esfuerzos sociales y legislativos en las ventajas que ello puede comportar en la cohesión social y en la mejora de las condiciones de vida individual con una doble vertiente; de un lado, evitar que personas que se encuentren en ese cajón hasta ahora hermético denominado «tercera edad» o «clase pasiva» vean cómo sus facultades se merman o se apagan sin poder aportar más a la sociedad y, de

(1) Publicado en Diario AS digital el 29/10/2018. *El veterano ciclista francés anunció su retirada el pasado mes de enero por recomendación médica pero quiso subirse de nuevo a la bicicleta a sus casi 107 años.*

otro lado, que la propia sociedad pierda fuentes de conocimiento, experiencia y aportación de esas personas, algo de lo que no podemos prescindir, por cuanto la población claramente está envejeciendo a un ritmo altísimo⁽²⁾.

El tratamiento de esta problemática a nivel global no es nuevo y ha sido una preocupación para la Comunidad Internacional desde hace décadas, ya en el año 2002 la OMS elaboró el *Informe Mundial sobre el Envejecimiento y la Salud* donde ya se definían estos conceptos como estereotipos anticuados. La propia OMS definió en ese documento el EA como *el proceso de optimización de las oportunidades de salud, participación y seguridad con el fin de mejorar la calidad de vida de las personas a medida que envejecen*. Y pese a que hace más de dieciocho años que aquel documento estableció algunas importantes ideas y conceptos, en la actualidad la situación es igual pero más acusada, pues el envejecimiento poblacional se incrementa y acelera.

El mismo año 2002 en la Segunda Asamblea Mundial sobre el envejecimiento celebrada por Naciones Unidas en Madrid entre el 8 y el 12 de abril de 2002, se abordó la cuestión, concluyendo una serie de recomendaciones, objetivos y medidas que, en relación al objeto de este capítulo, son:

Cuestión 1: Participación activa en la sociedad y en el desarrollo.

19. Una sociedad para todas las edades incluye el objetivo de que las personas de edad tengan la oportunidad de seguir contribuyendo a la sociedad. Para trabajar en pro de la consecución de ese objetivo es necesario eliminar todos los factores excluyentes o discriminatorios en contra de esas personas. La contribución social y económica de las personas de edad va más allá de sus actividades económicas, ya que con frecuencia esas personas desempeñan funciones cruciales en la familia y en la comunidad. Muchos de sus valiosos aportes no se miden en términos económicos, como en el caso de los cuidados prestados a los miembros de la familia, el trabajo productivo de subsistencia, el mantenimiento

(2) GASCÓ ALBERICH, F., GÓMEZ SÁINZ, M.^a R. y FRAGUAS SANZ, M.^a A., *Informe de Naciones Unidas Perspectivas de la población mundial 2019*. Según datos del mismo, en 2050, una de cada seis personas en el mundo tendrá más de 65 años (16%), más que la proporción actual de una de cada 11 en este 2019 (9%). Para 2050, una de cada cuatro personas que viven en Europa y América del Norte podría tener 65 años o más. En 2018, por primera vez en la historia, las personas de 65 años o más superaron en número a los niños menores de cinco años en todo el mundo. Se estima que el número de personas de 80 años o más se triplicará, de 143 millones en 2019 a 426 millones en 2050. En España, el fenómeno demográfico denominado «envejecimiento del envejecimiento», supone que de los 7.529.879 de personas mayores de 65 años censadas en España, el 27,2% se corresponden con población de 80 o más años según *el documento Guía de Prestaciones Para Personas Mayores, Personas con Discapacidad y Personas en situación de Dependencia, Recursos Estatales y Autonómicos, del Ministerio de Sanidad y Política Social*.

de los hogares y la realización de actividades voluntarias en la comunidad. Además, esas funciones contribuyen a la preparación de la fuerza de trabajo futura. Es necesario reconocer todas esas contribuciones, incluidas las del trabajo no remunerado que realizan en todos los sectores las personas de todas las edades, y en particular las mujeres.

20. La participación en actividades sociales, económicas, culturales, deportivas, recreativas y de voluntariado contribuye también a aumentar y mantener el bienestar personal. Las organizaciones de personas de edad constituyen un medio importante de facilitar la participación mediante la realización de actividades de promoción y el fomento de la interacción entre las generaciones.

21. Objetivo 1: Reconocimiento de la contribución social, cultural, económica y política de las personas de edad.

Medidas

a) Asegurar el pleno goce de todos los derechos humanos y libertades fundamentales promoviendo la aplicación de los convenios y convenciones de derechos humanos y otros instrumentos de derechos humanos, particularmente en la lucha contra todas las formas de discriminación; b) Reconocer, alentar y apoyar la contribución de las personas de edad a la familia, la comunidad y la economía;

c) Ofrecer oportunidades, programas y apoyo para alentar a las personas de edad a participar o seguir participando en la vida cultural, económica, política y social y en el aprendizaje a lo largo de toda la vida;

d) Proporcionar información y acceso para facilitar la participación de las personas de edad en grupos comunitarios intergeneracionales y de ayuda mutua y brindar oportunidades para la realización de todo su potencial;

e) Crear un entorno que posibilite la prestación de servicios voluntarios en todas las edades, que incluya el reconocimiento público, y facilitar la participación de las personas de edad cuyo acceso a las ventajas de dedicarse a actividades voluntarias puede ser limitado o nulo; f) Promover una comprensión más amplia de la función cultural, social y económica y de la constante contribución que hacen las personas de edad a la sociedad, incluida la del trabajo no remunerado;

g) Las personas de edad deben recibir un trato justo y digno, independientemente de la existencia de discapacidad u otras circunstancias, y ser valoradas independientemente de su contribución económica;

h) Tener en cuenta las necesidades de las personas de edad y respetar el derecho a vivir dignamente en todas las etapas de la vida;

i) Promover entre los empleadores actitudes favorables a la capacidad productiva de los trabajadores de edad, de manera que puedan seguir empleados, y promover la conciencia de su valor en el mercado laboral, incluida la conciencia de sus propias posibilidades;

j) Promover la participación cívica y cultural como estrategia para luchar contra el aislamiento social y apoyar la habilitación.

Objetivo 2: Elaboración de políticas para prevenir la mala salud entre las personas de edad.

Medidas

a) Adoptar formas de intervención temprana para impedir o posponer la aparición de enfermedades y discapacidades;

b) Promover los programas de vacunación de adultos como medida preventiva;

c) Garantizar la disponibilidad de programas primarios de reconocimientos médicos y de prevención, diferenciados en función de los sexos, a un costo accesible para las personas de edad;

d) Capacitar y ofrecer incentivos a los profesionales de los servicios sociales y de la salud para que asesoren y guíen a las personas que están llegando a la vejez sobre los modos de vida saludables y el cuidado de la propia salud;

e) Prestar atención a los peligros resultantes del aislamiento social y las enfermedades mentales y reducir los riesgos que plantean para la salud de las personas de edad apoyando a los grupos de habilitación comunitaria y asistencia mutua, entre otras cosas, mediante actividades de divulgación por los pares y programas de visita de vecindarios, y facilitando la participación activa de las personas de edad en actividades voluntarias;

f) Promover la participación de las personas de edad en actividades cívicas y culturales como estrategia para luchar contra el aislamiento social y favorecer su habilitación;

g) Aplicar rigurosamente y fortalecer cuando corresponda las normas de seguridad nacionales e internacionales dirigidas a impedir lesiones en todas las edades;

h) Prevenir las lesiones involuntarias promoviendo una mejor comprensión de sus causas, adoptando medidas de protección de los peatones, ejecutando programas para prevenir las caídas, reduciendo al mínimo los riesgos, incluido el de incendios, en el hogar, y proporcionando asesoramiento en cuestiones de seguridad;

i) *Elaborar en todos los niveles indicadores estadísticos sobre enfermedades comunes en las personas de edad que sirvan de orientación para las políticas encaminadas a prevenir nuevas enfermedades en ese grupo de población;*

j) *Alentar a las personas de edad a que mantengan o adopten modos de vida activos y saludables que incluyan actividades físicas y deportes⁽³⁾.*

Desarrolló este compromiso la Conferencia de los EEMM de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (CEPE), reunidos en la Conferencia Ministerial sobre el Envejecimiento, celebrada del 6 al 8 de noviembre de 2007 en León, España, reafirmando el compromiso contraído en la Declaración Ministerial de Berlín de 2002, de llevar a la práctica la *Estrategia Regional de Aplicación del Plan de Acción Internacional de Madrid (2002)* sobre el Envejecimiento.

En cuanto a nuestro ordenamiento interno, España, recogiendo la preocupación por esta cuestión, impulsó y aprobó en el año 2011 el *Libro Blanco del Envejecimiento Activo*⁽⁴⁾, una extensa y detallada obra que en su Parte Segunda recoge todos los aspectos destacados del EA, el ocio, el tiempo libre y la actividad física.

Todos los textos citados tienen en común la preocupación por orientar el envejecimiento a una perspectiva de actividad, salud y calidad de vida y garantizar los derechos de las personas mayores para la consecución de estos objetivos.

A pesar de que la problemática se encuentra claramente centrada y los importantes esfuerzos desplegados, se echa de menos una aplicación práctica, una implementación social naturalizada y un desarrollo normativo que fomente y permita materializar de forma directa esos compromisos. Quizás la faceta más visible de procurar los derechos de los mayores, de rabiosa actualidad en los medios y que más repercusión social y jurídica tiene es el estado y la garantía de las pensiones de jubilación, que sin duda contribuirán a una mejora y la posibilidad de mantener las condiciones de vida de los mayores, pero no podemos alejar el centro de atención en que es preciso promover en primer término y, de ser necesario, regular, otros aspectos de la vida de los mayores, como es garanti-

(3) Vid. el articulado y las recomendaciones para la adopción de medidas de la *Declaración Política y Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento*, de la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento celebrada en Madrid, España, 8 a 12 de abril de 2002 de las Naciones Unidas.

(4) BALBONTÍN LÓPEZ-CERÓN, A., PORRAS MUÑOZ, M. y MATEO ECHANAGORRÍA, A., en CAUSAPIÉ LOPESINO, P. (Dir. y Coord.), *Libro Blanco sobre el envejecimiento activo*, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, Secretaría General de Política Social y Consumo, Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO).

zar el acceso a una vida saludable, al ocio, al tiempo libre y al desarrollo social activo y de calidad mediante su participación en eventos sociales y aunque es evidente que estos objetivos tienen una proyección económica, existen alternativas que sin necesidad de incrementar partidas presupuestarias, ayudarían a la consecución de los mismos. Esto es, en definitiva, evitar el aislamiento social y la soledad de muchos de los mayores que, sin duda, pueden aportar más a la sociedad y recibir mucho más de ésta sin que dicha aportación tenga una proyección monetaria.

En cuanto a la materialización y publicidad institucional directa de las medidas expuestas, entrando en la página web del *Programa de Actividades Oficiales del IMSERSO* (www.imserso.es) encontramos en el apartado sobre el EA de la misma web, los siguientes programas de Turismo y Termalismo. No se encuentran, sin embargo acciones o programas concretos a los que poder optar por parte de los mayores, se extrae aquí la portada de la página web:



En definitiva, como vemos, en materia de ocio y tiempo libre de carácter oficial son destacados los programas de Turismo y Termalismo social del IMSERSO, que han sido y son un claro éxito social y que abordaremos más tarde, pero que a opinión de este autor resultan insuficientes para las nuevas perspectivas, necesidades, habilidades y aptitudes de los mayores, teniendo en cuenta los objetivos, recomendaciones y medidas aceptados por España en las Conferencias Internacionales antes expuestas.

Así las cosas, el estado de la cuestión podría resumirse en que los estereotipos y conceptos jurídicos y sociales que se han venido asumiendo durante décadas, ya no son aplicables en la práctica de forma estandarizada y que la actividad, ocio y tiempo libre de los mayores es una preocupación clara y una prioridad para las políticas públicas y todos los agentes tanto a nivel nacional como internacional, pero no tiene un desarrollo social ni legislativo suficientemente sólido que permita atender las nuevas necesidades de las personas con una vida

longeva y activa y tristemente, suele ser noticia el alto número de personas que se encuentran o se sienten —en sus facetas de autoestima y heteroestima— en soledad o cómo las circunstancias socio-económicas las abocan al cuidado de otras personas o familiares o, incluso, al sustento de sus descendientes, algo que este autor entiende como anómalo. Aunque esto último sea consecuencia de una problemática social y económica transversal no exclusiva de los mayores, sí tiene un efecto directo y claramente negativo sobre ellos, pues las crisis sean de valores, sociales o económicas, siempre impactan y lo hacen con dureza sobre los más débiles —niños y mayores—.

Aunque programas como el termalismo y el turismo social y colectivo a precios asequibles subvencionados son un claro éxito, no basta para colmar las inquietudes y necesidades actuales de los mayores. Cabe destacar, por último que esta problemática es transversal, es decir, afecta a todo y a todos y las políticas públicas —y las privadas también— deben coordinarse para conseguir que, alcanzada una determinada edad, puedan nuestros mayores gozar de una vida plena, activa y participativa y utilizar también las nuevas tecnologías para promover y facilitar estos objetivos.

Tampoco basta, como apunta la normativa actual, con enlazar el EA al concepto de envejecimiento productivo, entendiéndolo como tal la posibilidad de trabajar más allá de la edad de jubilación —algo necesario para muchas personas en nuestro país, para su subsistencia—, no podemos poner al otro lado de la balanza la extensión de la vida laboral para garantizar un EA, es decir, no se puede contrapesar el retiro con el trabajo, sino con otras actividades que llenen la vida de las personas.

Ese concepto de garantía de condiciones de vida de los mayores que institucionalmente ha tenido una tendencia dirigida a lo laboral y que en los últimos años ha sido de rabiosa actualidad, generando movimientos sociales como los llamados popularmente *Yayoflautas* en España o el *Mouvement des gilets jaunes* en Francia, también ha generado numerosa casuística en España, sobre todo relativa a la posibilidad de alargar la vida laboral compatibilizándola con la pensión de jubilación —esto es, asociar vida activa a vida laboral—, y se destaca este aspecto porque las personas que pueden ser laboralmente activas más allá de su edad de jubilación, lo puedan ser en otros ámbitos de su vida como el ocio y el tiempo libre. Exponente de esta realidad es la S de la Sala de lo Social de TS núm. 191/2018, de 21 de febrero de 2018 (Rec. 1713/2016), cuyo FD Quinto, estableció que:

En el Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección Social, suscrito el 9 de abril de 2001 por el Gobierno, la Confederación de Comisiones Obreras, la Confederación Española de Organizaciones Empresariales y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa, se incluyeron un con-

junto de medidas en relación con la flexibilidad de la edad de jubilación, a fin de dotar a la misma de los caracteres de gradualidad y progresividad

Con dicha finalidad, se estimó conveniente proceder a la modificación de la regulación de la pensión de jubilación, en el sentido de que la misma no viniera a impedir una presencia social activa de los ciudadanos, teniendo en cuenta, a su vez, que esta permanencia repercute en la propia autoestima del trabajador, tiene efectos positivos sobre el sistema de pensiones y, de modo más general, presenta indudables ventajas para el conjunto de la sociedad que, de esta forma, puede aprovechar la experiencia y los conocimientos de los trabajadores de más edad.

Consecuentemente, con el objetivo de lograr una mayor permanencia en la actividad, el Gobierno quedó comprometido por dicho Acuerdo a introducir las modificaciones legales necesarias que posibilitaran la adopción de las siguientes medidas.

Este extracto de la Sentencia de nuestro Alto Tribunal, que refleja una realidad social y jurídica enfocada al trabajo, debería ser aplicable también al ocio, al tiempo libre y a aquellos aspectos sociales de la vida de los mayores que contribuyan a su desarrollo personal y autoestima, en definitiva, a su salud física, mental y a su felicidad.

Breve análisis y comparativa de la situación en el entorno comunitario y algunas acciones concretas emprendidas en los últimos años. Vida activa frente a Dependencia:

Como se apuntaba, los objetivos en materia de EA son claros y todos los países del entorno comunitario tienen un cometido común para su consecución. En nuestro entorno estatal, resulta difícil plantear la cuestión de la vida activa de los mayores sin apuntar la LAPAD y también el RD-L 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, pues en ciertos aspectos de la vida de los mayores sus previsiones serán necesarias no entramos a valorar en este capítulo, por no ser objeto del mismo, la dificultad y polémica de aplicación de la citada Ley de Dependencia y del cumplimiento de las prestaciones a favor de los beneficiarios, ni tampoco la situación socio-laboral que entraña el RD-L 5/2013, que supone una extensión de la vida laboral que se aleja del ocio y tiempo libre, pero vemos como muchas de las acciones públicas y privadas tienen vasos comunicantes entre su regulación, sea materia laboral o no y la dependencia recogida en dichas normas, todo ello con un denominador común: la prolongación de la esperanza de vida y la necesidad de mejorar las condiciones del envejecimiento.

Sobre EA, a medio camino entre la dependencia y la vida activa pero desde una perspectiva pasiva o de cuidado a los mayores, a nivel de la UE, pese a

que no hay una promoción o difusión clara y exhaustiva sobre la totalidad de acciones emprendidas y los programas y proyectos existentes parecen fragmentados tanto en temática como territorialmente, podemos enumerar algunos que, tomando como base las nuevas tecnologías, se han estado aplicando para la mejora de la independencia y los hábitos saludables de los mayores:

— *ActivAge Project* (www.activageproject.eu): Proyecto financiado por la UE en el que participan siete países de la UE, entre ellos España (Madrid, Galicia y Valencia) en colaboración con entidades privadas, basado en el IoT consistente en crear un entorno de acciones para fomentar la autonomía de las personas mayores y prolongar su independencia durante más años desde su propio hogar.

— *eWALL for Active Long Living* (<https://cordis.europa.eu/project/id/610658/es>): Programa de tres años de duración, financiado por la UE y coordinado por la Universidad de Aalborg (Dinamarca), consistió en la instalación en una pared existente del domicilio de la persona mayor de una pantalla interactiva con soluciones digitales para promover el estilo de vida y EA y saludable, monitorizando los estados de la persona en cuanto a salud y bienestar y reportando esos datos para su tratamiento y análisis. Finalizó el 31 de octubre de 2016 y arrojó como conclusión que *Europe is turning increasingly grey which brings pressure to economy, budget, healthcare and families [...]*.

— *ALFRED Personal Interactive Assistant for Independent Living and Active Ageing* (<https://alfred.eu/project/index.html>): Proyecto trienal (2013-2016), que entre once socios de cinco países europeos, contó con la participación de IESE, Universidad de Navarra, consistente en un asistente personal interactivo por voz para promover el EA y saludable y la inclusión social y el uso de *IoT* y *Big Data* para el tratamiento de los datos.

— *Miraculous Life* (<http://www.miraculous-life.eu>): programa consistente en el diseño, desarrollo y evaluación de aplicación tecnológica (Virtual Support Partner) con atención diaria a la persona mayor de más de 65 años en sus tareas cotidianas, comportamiento y estado anímico y emocional, emulando un compañero en la vida real.

— *PhysioDom-HDIM* (<https://cordis.europa.eu/project/id/620992/es>): Proyecto financiado por la UE, encabezado por el *Consorci Hospitalari* de Terrassa, con tres socios de proyecto, España, Holanda e Inglaterra (a fecha de este capítulo ya es no miembro de la UE, pero sí en las fechas de ese proyecto que finalizó en 2017), consistente en una tecnología denominada *Home Dietary Intake Monitoring HDIM*, conectado a través de la televisión, que mide el grado de actividad física diaria de la persona, monitorizando los datos y generando un plan nutricional y un programa de ejercicio físico personalizado

que pueden seguir fácilmente desde el propio televisor. Con casos de éxito contrastado sobre personas con sobrepeso, diabetes, hipertensión, debidos a la baja o nula interacción social y ejercicio físico y mental y resultados positivos sobre el estado anímico de los usuarios.

— UNCAP (www.uncap.eu): Proyecto en el que participan veintitrés socios, entre los que se encuentra España y como partner privado la empresa ATOS España, consistente en la creación de una infraestructura o interfaz virtual escalable para ayudar a personas mayores a mantener un estilo de vida autónomo, activo y saludable e investigar y desarrollar la plataforma para el mercado con los objetivos de mejorar el cuidado de la salud y su monitorización y la efectiva evaluación de los procesos de recuperación en caso de hospitalización, promover los tratamientos domiciliarios, promover y mejorar la independencia funcional de los pacientes. Dicho programa está vigente a la fecha de redacción de este capítulo.

— *ACTing Life Learning Program* (<http://www.acting4elderly.eu/es>): Programa destinado a la inclusión digital de las personas mayores, enfocado desde la visión de la formación continuada, pretende proporcionar a los agentes sociales que trabajan con personas mayores unos conocimientos y una metodología adaptada a este colectivo con el fin de promover el EA a través de las TIC. Financiado a través del Servicio Español para la Internacionalización de la Educación (SEPIE), está liderado por Fundetec y cuenta con la participación de entidades que representan a cuatro países: España (Fundación Esplai), Italia (*Fondazione Mondo Digitale*), Rumanía (AEPMR) y Suiza (ICVoluntarios).

Por último en España, al margen de las polémicas expuestas sobre la dependencia y extensión de la vida laboral, en cuanto digitalización como medio para mejorar la autonomía de las personas, son destacables los recursos y tutoriales que ofrece el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, del que depende el IMSERSO, para la adaptación de los mayores a las TIC, que puede descargarse en la página web: https://www.imserso.es/imserso_02/espaciomayores/esptic/index.htm

A pesar de los esfuerzos presupuestarios y el minucioso trabajo desplegado para la digitalización del entorno de los mayores y de las previsiones de la Ley de Dependencia, cuyos principios se positivizan en su art. 3, sigue echándose de menos una *humanización* de las actividades, en opinión de este autor, los esfuerzos deben destinarse no sólo a cuidar a mayores de forma casi paliativa mediante el uso de la tecnología, ni a crear entornos digitales —dirigidos a personas que viven en soledad— sino también y especialmente a promover la interacción social de forma directa y presencial, pues el ser humano, como ser social, no puede prescindir de ellos y así adaptar y promover todas las actividades dirigidas a grupos sociales de edades más jóvenes, también para mayores,

ya sean culturales, de ocio, deportivas, etc., del mismo modo que se adaptan a edades tempranas (actividades lúdicas o deportivas populares, p. ej., que prevén circuitos o recorridos infantiles adaptados, también podrían prever alternativas adaptadas a los mayores y hacerlos partícipes), esto no supone un coste y sí un retorno social de incalculable valor, pues la iniciativa privada de miles de eventos que se celebran en nuestro país —muchas de ellas parcial o totalmente subvencionadas por Municipios, Consejos Comarcales, Diputaciones y CCAA—, podría sin elevar el coste de su organización, incorporar estas previsiones y obtener quizás algún incentivo público —no necesariamente monetario— para las adaptaciones de su actividad a las personas de mayor edad, sin duda el impacto social y el retorno sería mucho mayor que la aportación.

II. SITUACIÓN JURÍDICA DEL ENVEJECIMIENTO ACTIVO. MARCO NORMATIVO Y REQUISITOS PERSONALES DE LAS ESPECIALIDADES DE LOS PROGRAMAS INSTITUCIONALES PÚBLICOS DE ENVEJECIMIENTO ACTIVO DE TERMALISMO Y TURISMO SOCIAL. ASOCIACIONISMO Y VOLUNTARIADO COMO FOMENTO DE LAS RELACIONES Y MEJORA EN EL PROCESO DE ENVEJECIMIENTO. NUEVAS —Y NO TAN NUEVAS— NECESIDADES E INSUFICIENCIA DE PREVISIONES LEGALES. IMPACTO DEL ENVEJECIMIENTO ACTIVO EN LA ECONOMÍA

En la primera parte de este capítulo se hacía mención a los programas de termalismo y turismo social como acciones públicas directas frente al EA en relación al ocio y tiempo libre en España.

No se aborda aquí el EA como extensión o prolongación de la vida laboral más allá de la edad de jubilación, pues no estaríamos centrando la cuestión sobre el ocio y tiempo libre y por ello, se tratarán los programas de ocio y tiempo libre públicos oficiales.

En este apartado se analiza la normativa vigente y los requisitos relativos a dichos programas, significadamente la edad, para después abordar las necesidades de nuestros mayores en distintos ámbitos, especialmente su necesaria participación presencial en actividades asociativas y de voluntariado.

Advertimos que durante la redacción de este capítulo ha sido aprobado el *RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19* y posteriores Reales Decretos y normativa que lo desarrollan y que la normativa a la que hacemos alusión puede verse modificada durante y después de la redacción de este capítulo como consecuencia de dicha circunstancia extrema. Ello no obstante, resulta evidente que la situación de crisis sanitaria y la limitación de movilidad y actividades, comportará necesariamente modificaciones e incluso la suspensión de los programas de termalismo y turismo del IMSERSO, lo que

obliga a efectuar un análisis genérico de los requisitos normativos de dichos programas vigentes a la fecha de redacción.

Programas de Vacaciones y Termalismo para mayores del IMSERSO.

En 2018, último ejercicio cuyos datos oficiales han sido publicados, el programa de turismo social tuvo una oferta de 9380.000 plazas para vacaciones y el programa se financió parcialmente con las aportaciones del IMSERSO, que durante 2017/2018 fue aproximadamente de un 20,73% de media del coste total de las plazas, cuyo coste se asume de modo solidario por los beneficiarios, con independencia de su lugar de procedencia, según los últimos datos publicados.

Conceptos:

El Programa de Vacaciones o Turismo Social es un programa social de la Administración del Estado, dirigido a personas mayores, a través del IMSERSO, para facilitar la incorporación de este colectivo a las corrientes turísticas, y paliar las consecuencias que en materia de empleo produce el fenómeno de la estacionalidad en el sector turístico.

El Programa de Termalismo Social es un programa dirigido a personas mayores que proporciona, a través del IMSERSO, tratamientos termales por prescripción facultativa para pensionistas.

El programa tuvo una oferta prevista de 208.500 plazas en 103 balnearios con un número total de beneficiarios de 186.367 personas.

La valoración de los programas, tanto turismo social como termalismo social fue buena o muy buena, con alta satisfacción entre los beneficiarios, sobre todo en el programa de termalismo.

Requisitos para acceder a los programas:

— Programa de turismo del IMSERSO:

De conformidad con la *Orden 926/2018, de 10 de septiembre, por la que se regula el Programa de Turismo del Instituto de mayores y Servicios Sociales*, y la *Resolución de 30 de mayo de 2019, del Instituto de mayores y Servicios Sociales, por la que se convocan plazas para personas mayores que deseen participar en el Programa de Turismo del Imsero*, podrán acceder al programa:

Residentes en España: podrán participar en el programa de turismo del IMSERSO las personas residentes en España que reúnan alguno de los siguientes requisitos:

Ser pensionista de jubilación del sistema público español de pensiones.

Ser pensionista de viudedad con cincuenta y cinco o más años de edad.

Ser pensionista por otros conceptos o perceptor de prestaciones o subsidios de desempleo, con 60 años cumplidos o más años de edad.

Ser titular o beneficiario del Sistema de la S. S., con sesenta y cinco años cumplidos o más años de edad.

Ser emigrante retornado a España y pensionista del Sistema público de la S. S. del país del que ha retornado.

Españoles residentes en el exterior que reúnan los requisitos exigidos en el punto anterior para participar en el programa. Los residentes en Alemania, Andorra, Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Holanda, Italia, Luxemburgo, Noruega, Portugal, Reino Unido, Suecia y Suiza, podrán tramitarlo en las correspondientes Consejerías de Trabajo, Migraciones y S. S..

Españoles de origen emigrantes que hayan retornado a España, siempre que sean pensionistas de los sistemas públicos de S. S. del país o países a los que hubieran emigrado.

Las personas usuarias podrán ir acompañadas por su cónyuge o, en su caso, por pareja de hecho o persona con la que se constituye una unión estable y de convivencia con análoga relación de afectividad a la conyugal, sin necesidad de que estos reúnan los requisitos de edad o pensión.

Asimismo, podrán ir acompañadas de los/las hijos/as con discapacidad, en grado igual o superior al 45 por ciento, siempre que viajen con sus padres y se alojen en la misma habitación o, en su caso, abonen el suplemento establecido para habitaciones dobles de uso individual que estará sujeto a la disponibilidad de plazas.

En todo caso, las personas usuarias de plazas y sus acompañantes deben valerse por sí mismas para realizar las actividades básicas de la vida diaria.

— Programa de Termalismo del IMSERSO:

La normativa básica en la que se sustenta el Programa de Termalismo del IMSERSO para 2020 es la siguiente:

Orden SSI/1688/2015, de 30 de julio, por la que se regula el Programa de Termalismo del Instituto de mayores y Servicios Sociales.

Resolución de 10 de diciembre de 2019, del Instituto de mayores y Servicios Sociales, por la que se convocan plazas para pensionistas que deseen participar en el Programa de Termalismo.

Dicha normativa establece que los requisitos para acogerse al programa son:

El art. 3 de la Resolución del IMSERSO de 10 de diciembre de 2019, recoge los requisitos para 2020 de las personas usuarias del Programa:

Podrán participar en el Programa de Termalismo del IMSERSO, las personas residentes en España, que reúnan alguno de los siguientes requisitos:

Ser pensionista de jubilación o incapacidad permanente del Sistema de S. S. español.

Ser pensionista de viudedad con cincuenta y cinco o más años de edad del Sistema de S. S. español.

Ser pensionista por otros conceptos o perceptor de prestaciones o subsidios de desempleo, con sesenta o más años de edad del Sistema de S. S. español.

Ser persona asegurada o beneficiaria del Sistema de la S. S. español, con sesenta y cinco o más años de edad.

Las personas usuarias de plaza deben reunir los siguientes requisitos:

Poder valerse por sí mismo para realizar las actividades básicas de la vida diaria (ABVD).

Necesitar los tratamientos termales solicitados y carecer de contraindicación médica para la recepción de los mismos.

Alcanzar, de conformidad con la baremación establecida, la puntuación que le permita acceder a uno de los balnearios y turnos solicitados.

Igualmente, podrán participar en los programas las personas de nacionalidad española, que residan en el extranjero, siempre que perciban una pensión del Sistema de S. S. español y cuenten con la edad exigida en el punto primero, o sean personas aseguradas o beneficiarias del Sistema de la S. S. español, con edad igual o superior a sesenta y cinco años, de acuerdo con lo previsto en el punto primero apdo. d) y, en todos los supuestos, reúnan el resto de los requisitos exigidos a las personas usuarias en el punto segundo.

También podrán ser personas adjudicatarias de las plazas, como acompañante, el cónyuge o, en su caso, la pareja de hecho o persona con la que se constituye una unión estable y de convivencia con análoga relación de afectividad a la conyugal, sin necesidad de que estos reúnan alguno de los requisitos exigidos en el punto primero y en todo caso, cumpliendo los requisitos previstos en el punto segundo a) y b).

Asimismo, podrán ser personas adjudicatarias de plaza, los/las hijos/as con discapacidad, en grado igual o superior al 45 por ciento, siempre que el turno lo disfruten con sus padres y se alojen en la misma habitación

Los requisitos establecidos en el punto 2 se acreditarán al IMSERSO en la propia solicitud mediante declaración responsable de la persona solicitante.

En todo caso, la concesión de plazas está condicionada a la disponibilidad de las mismas, por parte del IMSERSO, en los establecimientos termales.

Dicha normativa se encuentra vigente a fecha de hoy con las salvedades, modificaciones o derogaciones que sobre ella se puedan producir como consecuencia de la declaración del estado de alarma y sus prórrogas, pero que sin duda mantendrán en suspenso la realización de las actividades durante los meses venideros, posteriores a este capítulo.

Un análisis y reflexión sobre los requisitos normativos para acogerse a estos programas subvencionados apunta la filosofía de los mismos, concretamente los requisitos relativos a la edad de los beneficiarios de los programas de turismo y termalismo social. Podemos concluir que actualmente las personas de entre 55 y 60 años o más, representan un grupo de población que estando en situación laboral activa o no y sin perjuicio de situaciones individuales complejas o difíciles que comprometan su capacidad intrínseca y funcional tienen mucho que aportar a la sociedad, porque generalmente están en forma mental y física para seguir con una vida activa. Sin perjuicio de mantener los esfuerzos públicos en el desarrollo de dichos programas sociales de éxito, sin duda son insuficientes para colmar o satisfacer las necesidades sociales actuales de las personas cuya edad está comprendida en los umbrales indicados, dichas personas, y ya es aventurado, incluso, referirse a ellos como mayores, poseen un potencial que merece ser puesto en valor.

Los programas indicados son muy beneficiosos para aquellas personas que, comprendidas en los requisitos normativos y legales, no tengan la posibilidad de realizar estas actividades de forma más o menos habitual por ellos mismos y además suponga para ellas una forma de socializar en el caso del turismo social y de realizar tratamientos alternativos en el caso del termalismo social, que no dispongan en su vida cotidiana. No obstante, resultan acciones concretas beneficiosas que por su puntualidad temporal no colman la inquietud persistente de los mayores que día a día desean llevar una vida activa en toda su dimensión, de modo que unos y otros puedan acogerse y disfrutar de estos programas, pero de una forma complementaria al desarrollo cotidiano de sus vidas. Por ello, los esfuerzos a desplegar deben enfocarse en la cotidianidad, es decir, en acciones que tengan permanencia o cierta continuidad temporal o una vocación de mantenimiento en el tiempo, como un proyecto personal propio, así hilar un tejido asociativo, de participación en actividades o preparación y organización de éstas, que comporten la necesidad de una comunicación y contacto social directo y constante para mantener las capacidades de los mayores en alerta y activas, con un propósito o un objetivo.

La crítica, consecuentemente, se centra en que la única publicidad formal e institucional que se encuentra de programas de EA se ciñe a los programas de turismo y termalismo (también museos y *universidad de las personas mayores*, que no son objeto del capítulo), lo que conduce o bien a una carencia

de acciones concretas a nivel estatal, o bien a la ausencia de publicidad de las mismas. Si una persona mayor busca información sobre acciones y programas concretos de EA, principalmente encontrará el turismo y termalismo social —y museos y universidad—, pero difícilmente información de acciones o eventos sociales en los que poder participar activamente.

Y se hace dicha crítica, puesto que la problemática y las necesidades de los mayores son conocidas a nivel público e institucional. Estas cuestiones también se abordan, desde distintas perspectivas y con acierto, en el *Marco de actuación para las personas mayores, propuestas y medidas para fortalecer el ejercicio de los derechos de las personas mayores, del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, Imserso de 1 de octubre de 2014.*

En ese documento, se prevé la participación activa de los mayores en asociaciones y voluntariado, en sede del programa *Estrategia Europa 2020*, concretamente establece que: *Con ocasión de la declaración del año 2011 como Año Europeo de las Actividades de Voluntariado que Fomenten una Ciudadanía Activa, la Comisión Europea emitió una Comunicación en la que, entre otras cosas, afirma lo siguiente: «El voluntariado ha sido reconocido como una forma de ofrecer nuevas oportunidades de aprendizaje para los ciudadanos mayores y las personas con discapacidad, dándoles la posibilidad de ayudar a conformar nuestras sociedades. Al mismo tiempo, las actividades voluntarias pueden mejorar el entendimiento entre distintas generaciones, ya que los jóvenes y los mayores trabajan codo con codo, se conocen y apoyan más, y se apoyan unos a otros».*

Se comparten íntegramente estas palabras por representar la idea que intenta proyectar este capítulo.

Y en ese marco de actuación se establecen una serie de medidas institucionales que son:

3.3.7. Como el voluntariado organizado de personas mayores supone una garantía de continuidad en la acción voluntaria, la sociedad debe reconocer más aún el voluntariado de ellas, en especial las actividades de acompañamiento y aquellas otras que intentan combatir la soledad de otras personas mayores, sean o no dependientes, así como las sanitarias, educativas, culturales y las que realizan voluntarios mayores para reforzar el aprendizaje escolar de niños y adolescentes.

3.3.8. Establecer cauces precisos y adecuados para que las personas mayores y las asociaciones en que se agrupan puedan ejercer tareas de voluntariado. Informarles sobre la normativa de voluntariado, derechos, deberes y responsabilidad que asumen en el ejercicio de la acción voluntaria.

3.3.9. *Crear mejores condiciones y promover la participación de los mayores en actividades de voluntariado mediante el desarrollo de sus competencias, capacidades y experiencia, incluyendo actividades intergeneracionales y de cuidados entre mayores. Eliminar los obstáculos jurídicos y administrativos que pudieran existir.*

3.3.10. *Creación de un grupo de trabajo permanente, con participación de personal del IMSERSO y del INJUVE para estudiar los asuntos relacionados con el voluntariado, la solidaridad intergeneracional y, en general, aquellos otros en los que pueden intervenir ambas instituciones.*

3.3.11. *Favorecer la actividad voluntaria de las personas mayores después de su jubilación, en actividades de servicios a la comunidad o a su propio vecindario, en organizaciones educativas, culturales, sociales y similares, con horario reducido y adecuado a sus circunstancias personales y familiares. Dicha actividad ha de complementar y no sustituir el trabajo profesional.*

3.3.12. *Cuantificar el impacto económico del voluntariado de personas mayores, incluyendo sus transferencias financieras a los jóvenes y la conciliación que permiten a sus hijos cuidando a niños y personas mayores.*

3.3.13. *A fin de hacer más visibles las actividades voluntarias de las personas mayores, debería estudiarse la forma en que los poderes públicos y la sociedad civil reconozcan su trabajo voluntario en beneficio de la comunidad.*

3.3.14. *Incorporar los principios de accesibilidad universal y diseño para todas las personas en las acciones de difusión de las actividades de voluntariado.*

3.3.15. *Estimular a los responsables de las distintas AAPP a la creación de nuevos cauces para formar a personas mayores voluntarias en todas las nuevas áreas de voluntariado que se dan o puedan darse en la actualidad⁽⁵⁾.*

Pese a que se comparten íntegramente los conceptos e ideas del marco de actuación de 2014 y las medidas propuestas, en la práctica resulta difícil —o imposible— encontrar qué acciones concretas llevadas a cabo, cuáles son las entidades públicas o privadas que las acometen y con qué financiación se contó para su consecución, más adelante se abordará este particular.

Se evidencia cómo por parte de las AAPP se centra acertadamente la problemática y se despliegan esfuerzos para documentar las medidas y necesidades de los mayores para sus relaciones asociativas y de voluntariado, poniendo en

(5) Vid. Marco de actuación para las personas mayores, de 1 de octubre de 2014, del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad. Instituto de Mayores y Servicios Sociales, págs. 38-40.

valor las capacidades y aptitudes de estos, además de los programas de turismo y termalismo social —únicos programas que se encuentran en el apartado de EA de la web del IMSERSO—, claramente insuficientes para las inquietudes actuales.

Pese a que las cuestiones problemáticas están bien delimitadas por las Administraciones y se han propuesto medidas institucionales, se echa de menos acciones concretas y directas —y, en su caso, ser publicitadas— en beneficio de los mayores. En el apartado *Recomendaciones*, se propondrán medidas, a humilde criterio de este autor, para en la medida de lo posible, colaborar a su corrección.

Casuística judicial del IMSERSO:

Un breve análisis sobre la casuística judicial del IMSERSO lleva a concluir que no es un organismo con conflictividad judicial. En cuanto al desarrollo Jurisprudencial de estas cuestiones, en un estudio de los datos ofrecidos por el propio organismo público, podemos concluir que el IMSERSO es una entidad con baja o muy baja litigiosidad y la mayor parte de los procedimientos judiciales se circunscriben bien a materias de contratación pública (contratos del sector público, personal laboral y funcionariado), bien a materias de reconocimiento de prestaciones de dependencia y pago de otras prestaciones de carácter económico. En el ejercicio de 2018 se cuenta con 21 procedimientos judiciales en el orden jurisdiccional social contra el IMSERSO, dos sentencias recurridas contra la entidad y 11 procedimientos judiciales en el resto de órdenes jurisdiccionales (civil, penal y contencioso-administrativo). No consta que exista procedimiento iniciado en relación a los programas de EA. A continuación, se reproduce el cuadro resumen de los procedimientos judiciales del IMSERSO del último informe publicado en el año 2019, sobre el ejercicio 2018:

11.5. ACTUACIONES EN EL ORDEN JURISDICCIONAL

Se incluyen datos relativos a la actividad del Servicio Jurídico del Imserso, durante el ejercicio 2018.

ESTADÍSTICA DE PROCEDIMIENTOS CONTENCIOSOS

JURISDICCIÓN SOCIAL: PROCEDIMIENTOS INICIADOS		
	CONTRA LA ENTIDAD	POR LA ENTIDAD
Número Procedimientos	21	0
Desistidas	1	0
Sentencias Favorables	3	0
Sentencias Contrarias	2	0
JURISDICCIÓN SOCIAL: SENTENCIAS RECURRIDAS		
	CONTRA LA ENTIDAD	POR LA ENTIDAD
Número Formalización	2	5
Sentencias Favorables	1	1
Sentencias Desfavorables	0	1
Recursos Pendientes	0	2
OTRAS JURISDICCIONES (CIVIL, PENAL, CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS, ETC.)		
	CONTRA LA ENTIDAD	POR LA ENTIDAD
Número Procedimiento	11	0
Sentencias Favorables	1	0
Sentencias Desfavorables	0	0

Cuadro extraído del informe público del ejercicio 2018, pág. 229 del informe.

Fuente: IMSERSO.

Aunque no es estrictamente objeto de este capítulo, para una mayor ilustración jurídica del lector, es Jurisprudencia destacable tomada en consideración por el IMSERSO, la STJUE, sobre los requisitos de residencia para la concesión de ayudas sociales. La STJUE de 15 septiembre de 2015, *Caso C-67/14, Asunto Alimanovic*, planteó el alcance del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad en el acceso a las prestaciones sociales de un Estado Miembro, en relación con otra Sentencia en el asunto *C-299/14 Vestische Arbeit Jobcenter, Kreis Recklinghausen / Jovanna García-Nieto* y otros, en la que el alto Tribunal Europeo, sin generar por ello un examen individual de las circunstancias, confirmó que pueden denegarse a los nacionales de otros EEMM determinadas prestaciones sociales durante los tres primeros meses de su estancia. Esta Sentencia trata sobre prestaciones de subsistencia alemanas, pero fija un criterio que puede ser aplicable a otro tipo de prestaciones de carácter social. Dichas Sentencias, quizás son las más destacables dentro del marco del IMSERSO, más allá de las reclamaciones particulares de prestación por dependencia o pensiones no contributivas, que no son objeto de estudio en este capítulo y desarrollado en otros capítulos de esta obra.

Necesidades actuales de los mayores:

Aunque se hace referencia a nuevas necesidades, en realidad no son tan nuevas, sino que se trata de volver a poner en valor los principios esenciales y fundamentales de las relaciones interpersonales e intergeneracionales, valorar

positivamente las aptitudes, conocimientos y sabiduría de nuestros mayores, es algo no tan nuevo, pero es el punto de partida para entender las necesidades actuales.

No trata este apartado de hacer crítica a la corrección o adecuación de las normas jurídicas sobre turismo y termalismo social, ni de los programas analizados, pues como sus propios resultados arrojan, se trata de programas con gran éxito y tradición y con un porcentaje de satisfacción elevadísimo, sino de cristalizar social y legislativamente las nuevas inquietudes y necesidades de los mayores que son cambiantes debido a la mejora paulatina en las condiciones de vida, no es concebible que como alternativa a la prolongación de la vida laboral se ofrezcan dos programas de ocio social de disfrute pasivo.

Existe una realidad que evidencia el potencial de una importante parte de los mayores y que no deben limitarse al turismo social colectivo o al termalismo pautado en las normas que hemos podido ver, ambos programas o acciones pueden ser perfectamente complementarias a otras de menor coste y mayor retorno personal y social. Por ello, dicha insuficiencia se afirma en cuanto a la posibilidad de regular de forma transversal la cuestión, es decir, prever discretos pero efectivos cambios legislativos e iniciativas públicas y privadas que, de acuerdo con las políticas generales y objetivos internacionales que hemos visto en la primera parte de este capítulo, incorporen e incluyan a las personas mayores como agentes activos de las actividades, materias o sectores que se regulen, pondré algún ejemplo:

— En España, a nivel local, autonómico y estatal, cada semana se llevan a cientos de actividades y eventos de todo tipo organizados o coordinados por o a través de pequeñas asociaciones sin ánimo de lucro y en las que de un modo u otro participa la AP. Dado que un gran número de esas actividades de fomento de la cultura, ocio, tiempo libre, actividad física y salud, asociacionismo y voluntariado son financiadas en su práctica totalidad con cargo a subvenciones públicas, cabría prever la posibilidad de modificar e incorporar en la *Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones* y el *RD 887/2006, de 21 de julio*, por el que se aprueba el Reglamento que la desarrolla, así como en los Planes Estratégicos correspondientes, la obligación de los beneficiarios de las mismas de incluir en los proyectos y programas que presenten a concurrencia —y que luego deben justificar para el cobro—, la asignación de actividades dirigidas a personas mayores dentro de la actividad que presentan —bien como destinatarios finales, bien como colaboradores en la organización, pero en cualquier caso como participantes activos en uno u otro lado— y asimismo que las AAPP que aprobaran sus bases o pliegos de convocatoria de subvenciones en régimen de concurrencia (como sucede con la igualdad de género), incorporaran en sus bases, además de las

ya previstas en la Ley y el Reglamento actualmente, un apartado en el que se tenga en cuenta bien como puntuable, bien como criterio de admisibilidad de propuestas, las medidas, actividades y acciones que tendrán la participación activa y directa de personas mayores.

Esta medida indirecta de coste presupuestario inexistente o muy reducido tendría, a criterio de este autor, un importante impacto en la participación de personas mayores en eventos que semanalmente se organizan en todo el territorio, sin un coste agregado a la organización y con un retorno claro; la aportación de las personas mayores en tareas de organización, su valoración como personas activas y productivas socialmente, la cohesión con otras generaciones, la transmisión de valores y conocimientos y su propio reconocimiento social, sintiéndose útiles y activos, lo que mejoraría su calidad de vida.

— La *Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte*, establece en su art. 4.1 que La Administración del Estado y las entidades educativas y deportivas atenderán muy especialmente la promoción de la práctica del deporte por los jóvenes, con objeto de facilitar las condiciones de su plena integración en el desarrollo social y cultural. Esta previsión, que se comparte en su integridad, podría reproducirse respecto de las personas mayores con capacidades físicas adecuadas a la práctica del deporte y con una previsión de adaptar aquellas actividades en función de las posibles limitaciones, pero en cualquier caso, hacerlas extensivas.

Esta medida podría implementarse a través de clubes y asociaciones deportivas que destinaran parte de su tiempo y recursos no sólo a los jóvenes, como establece su art. 4, sino también a los mayores, bien como practicantes del deporte, bien como colaboradores en la organización de eventos, pero en cualquier caso, como participantes activos.

Esta medida actualmente quizás tiene ya su proyección en asociaciones de voluntarios formadas por mayores que colaboran en la organización de eventos —conecta esta propuesta con la realizada sobre la Ley de Subvenciones—, pero carente todavía de consolidación práctica, el hecho de modificar los textos normativos para hacer visible y exigible la realidad social, ayudaría a su fomento generalizado y su realización y tendría un impacto positivo.

En el art. 5.2 i) de la *Ley 45/2015, de 14 de octubre, de Voluntariado*, se establecen los principios de la acción de voluntariado, entre los que está prevista la no discriminación por razón de nacionalidad, origen racial o étnico, religión, convicciones ideológicas o sindicales, enfermedad, discapacidad, edad, sexo, identidad sexual, orientación sexual o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. También se regula en el apdo. j) de ese precepto, la accesibilidad de las personas con discapacidad, de las personas mayores y de las que están en situación de dependencia, de modo que la posibilidad de integrar

personas mayores en el ámbito del voluntariado está ya legislada positivamente y contemplada para su inmediata aplicación.

Adaptando el tipo de participación de los mayores de acuerdo con sus aptitudes y habilidades y no relegándolos a actividades de tipo asistencial a otras personas (sanitario, residencial), sino a muy diversos ámbitos —tantos como tipologías de eventos se realizan en todos los pueblos y ciudades del país—, se trataría de llegar al mayor número de personas activas en los distintos ámbitos del voluntariado, retrasando la «vejez funcional» para dar paso a personas más activas, sanas, realizadas y felices.

Estas recomendaciones de incorporar requisitos relativos a la participación activa de personas mayores para las entidades y asociaciones sin ánimo de lucro en normativas de ámbitos transversales, se hacen sin olvidar la vigencia actual de normas que regulan otros aspectos en materia de mayores, así la *Orden TAS/1814/2006, de 7 de junio, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones sometidas al régimen general de subvenciones del Instituto de mayores y Servicios Sociales*, prevé ya algunos de los aspectos expuestos en cuanto a la incorporación de medidas y acciones concretas para fomentar la presencia y participación activa de los mayores, si bien son subvenciones previstas para entidades y organizaciones no gubernamentales sin ánimo de lucro, de implantación estatal según su título constitutivo, que se dedican, de acuerdo con sus Estatutos, con carácter habitual, a la realización de actuaciones en favor de las personas mayores, entendiéndose no incluidas en la convocatoria, las entidades de tipo generalista.

Estos últimos requisitos —entidades de implantación estatal y que realicen actuaciones para mayores de forma habitual— son claramente limitados a grandes entidades, factor que reduce el alcance e impacto de las ayudas públicas, porque en España la mayor parte de los eventos organizados son de carácter local y fomentados por entidades de pequeña dimensión y escasa estructura que, no en pocas ocasiones no tienen como objeto habitual la organización de este tipo de acciones. De otro lado, se observa que el control del cumplimiento de los objetivos se hace más difuso y complejo cuanto más se amplía el público crítico al que van dirigidas, es decir, resulta más sencillo el control del cumplimiento y éxito de los objetivos a pequeña escala que a nivel Estatal, por entidades de reducido tamaño que con sus acciones tienen un impacto más directo y enriquecedor sobre las personas mayores que colaboran activamente y sobre la población que participa y disfruta de dichas acciones, en definitiva: pensar global, actuar local.



Miembros de la asociación sin ánimo de lucro Volentaris Val d’Aran en la organización de la prueba deportiva Marxa Beret, con más de ochocientos participantes de todas las edades. Foto cedida por Arannoticies.

Durante el ejercicio 2018, último publicado a la fecha de redacción de este capítulo, el IMSERSO gestionó en el apdo. 3.1. de subvenciones en el área de atención a mayores, para ONG de personas mayores, el importe de 2.348.210 € con el que se subvencionaron 30 entidades y 30 actuaciones, de un total de 40 entidades solicitantes, dichos parámetros evidencian lo que se exponía con anterioridad, que las ayudas alcanzan un pequeño número de entidades de gran tamaño. Si tenemos en cuenta que existen cientos de pequeñas asociaciones sin ánimo de lucro dispersas por el territorio que llevan a cabo miles de actuaciones locales concretas de gran impacto social para los mayores, bien como beneficiarios, bien como colaboradores o participantes activos, no resultaría desafortunado afirmar que aplicar las medidas expuestas, fomentaría mucho la participación y mejora de los mayores en distintos ámbitos sociales del asociacionismo y voluntariado.

DISTRIBUCIÓN DE LAS SUBVENCIONES POR ACTUACIONES

PROGRAMA	CUANTÍA	PORCENTAJE
Mantenimiento, funcionamiento y actividades habituales	2.348.210,00 €	100,00%
TOTAL	2.348.208,01 €	99,99%

Cuadro extraído del informe público del ejercicio 2018, pág. 29 del informe.

Fuente: IMSERSO.

Las asociaciones sin ánimo de lucro y de voluntariado locales conocen de primera mano la realidad y necesidades concretas de los mayores en cada territorio, pueden dirigirse a ellos y comunicarse de forma directa y organizarse de forma eficiente, lo que garantiza una participación óptima de los mayores en sus actividades.

Impacto del envejecimiento en la economía. La economía de los mayores, la economía de todos:

No se puede prescindir tampoco del impacto económico que representaría una población activa de edad avanzada, es evidente que toda acción tiene una reacción y si las personas mayores salen, se relacionan, comparten, disfrutan y, en definitiva, viven plenamente, más allá de los confines de las paredes de su vivienda, como apuntan los principios sociológicos, políticos y jurídicos que hemos tratado, ello tendrá una repercusión positiva indudable en la economía global, cuestión de vital importancia en los momentos que nos toca vivir.

Por lo atinado de su contenido al objeto de este capítulo, se hace referencia aquí al artículo publicado en el diario *El País*, que su autora, Sandra López Letón, publicó el pasado 15 de diciembre de 2019, titulado «*Viejenials; el gran negocio de disfrutar la vejez*», donde se analiza la repercusión económica de la longevidad en la UE y cómo la participación de los mayores en la vida social activa puede contribuir a salvar la economía comunitaria. En el artículo se arrojan datos de importante calado y una profecía aterradora, el fin del estado del bienestar tal como lo conocemos.

A pesar de las malas previsiones económicas basadas en la incesante producción y el consumo de las clases activas, nefastas en algunos modelos o estudios debido al claro y vertiginoso envejecimiento poblacional, hay un sector que se alza en optimismo tomando como base la *grey economy* o economía de plata que se enfoca a un sector creciente para ofrecer bienes y servicios dedicados a mayores. En un sector o segmento poblacional cada vez más amplio donde el ahorro es imposible o innecesario, la oferta de bienes y servicios especializados (igual que lo son el turismo y el termalismo social en el ámbito público) tiene un gran potencial de mercado y extrapolando este potencial al ocio, al tiempo libre y al ámbito cultural, parece evidente que debe promoverse una vida activa de los mayores desde los estamentos públicos y privados para obtener un doble beneficio: de un lado, una mejora sustancial en las condiciones de vida de los mayores durante su envejecimiento y de otro, un crecimiento económico basado en bienes y servicios destinados a esas personas.

Esta nueva —o no tan nueva— economía, es aplicable al ocio y al tiempo libre de forma directa, especialmente en países como España donde la edad media de la población pronto superará los cincuenta años, de modo que dicha economía dedicada por y para personas mayores será la mayoritaria.

Si la consecución de los objetivos para garantizar la mejor calidad de vida de los mayores es una realidad, los efectos económicos vendrán de la mano. Si se consigue hacer participar a los mayores de forma directa, activa y presencial en las actividades

sociales, culturales, de ocio, deportivas y de tiempo libre y se les hace miembros activos de asociaciones, fundaciones y voluntariado adaptando sus cometidos a sus habilidades y aptitudes, el reflejo de su bienestar y su salud comportará necesidades de contenido económico que, de acuerdo con las estadísticas de envejecimiento poblacional, pueden suponer la mayor parte del tejido económico en unos años.

III. CONCLUSIONES

De todo lo anteriormente expuesto se extraen cuatro conclusiones clave:

1. Dadas las mejoras en el calidad de vida y la esperanza de esta, la población a nivel mundial está envejeciendo a un ritmo cada vez más alto, provocando que los estándares sociales, económicos y jurídicos y los estereotipos hasta ahora válidos no sean aplicables de igual forma, debiéndose revisar los conceptos de persona mayor, clase pasiva y tercera edad, como sujetos de derechos y destinatarios de regulación normativa y acciones concretas, a veces, no adaptadas a su realidad vital, sobre EA y ocio.

2. Los programas concretos vigentes en la legislación actual de turismo y termalismo social, si bien tienen un éxito incontestable, no son suficientes para alcanzar las inquietudes de la mayor parte de las personas potencialmente beneficiarias de estos programas, en atención a los propios requisitos establecidos. No se encuentran publicadas las acciones concretas llevadas a cabo en consecución de las medidas públicamente propuestas frente al EA en materia de asociacionismo y voluntariado. No se encuentra la oferta concreta para los mayores y el presupuesto aplicado llega únicamente a grandes entidades para acciones de cuidados de mayores.

3. El fomento y promoción del EA a través del ocio, tiempo libre, asociacionismo y voluntariado tiene un efecto positivo indudable mediante la participación activa de las personas mayores en actividades sociales en dichos ámbitos, sin comportar un coste presupuestario añadido.

4. Pronto la economía destinada a personas de edad avanzada será la economía principal a nivel global, si el ritmo del envejecimiento poblacional crece de acuerdo con las previsiones vigentes, lo que obligará a tomar medidas concretas destinadas al ocio y tiempo libre de los mayores.

IV. RECOMENDACIONES

A criterio de este autor, de todo lo anteriormente analizado podrían realizarse las siguientes recomendaciones:

— Mejora de la página web del IMSERSO y en general la publicidad institucional y formal de fácil acceso sobre las medidas aprobadas frente al EA y creación y acceso a acciones y programas concretos dirigidos a los mayores para el fomento del asociacionismo y voluntariado.

— Revisión y, en su caso, adaptación de Leyes y normativa transversal ya en vigor (deportes, voluntariado, asociaciones, subvenciones, etc...) para la incorporación expresa de las personas mayores como destinatarios y sujetos activos de las medidas previstas en dichas normas, con el propósito de positivizar en las normas la participación directa, presencial y activa en acciones de ocio y tiempo libre de los mayores.

— Revisión de los programas y bases de convocatorias de subvenciones públicas destinadas a entidades sin ánimo de lucro que prevean incorporar o incluir acciones concretas en materia de ocio, deporte, tiempo libre, cultura, etc...para personas mayores como participantes o colaboradores, pero en todo caso como sujetos activos de los eventos financiados total o parcialmente por AAPP y extender a pequeñas entidades locales sin ánimo de lucro estas medidas.

— Descentralización de ayudas e incentivos a entidades locales, tanto públicas (Ayuntamientos, Distritos, Consejos Comarcales, Entidades Menores Descentralizadas, Pedanías, etc...) como privadas (pequeñas asociaciones, clubes o colectivos sin ánimo de lucro), conocedoras directos de la realidad social de sus mayores, facilitando así la adaptación y promoción de sus acciones a las circunstancias sociales y particularidades de cada lugar.

— Acciones de fomento, educación y enseñanza de los valores intrínsecos y no sólo funcionales de las personas mayores, la sensibilización social de la fractura de los estereotipos sobre los mayores, fomentar conocimientos, capacidades y habilidades y procurar la participación directa e intergeneracional en asociaciones, clubes, fundaciones, acciones de voluntariado, etc...

— Evitar la *sobredigitalización* para las relaciones con los mayores, son una potente herramienta, pero no pueden ser la base de la solución de los problemas de los mayores, hay que evitar el aislamiento social y la soledad con el pretexto de la monitorización informática. Debe promoverse la interacción humana personal y presencial. Esta recomendación vale para toda la población, con independencia de su edad.

— Divulgación y educación sobre la importancia y el peso específico de los mayores en la economía, desmitificación de los conceptos de clases pasivas en el tejido económico.

V. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ACTING LIFE LEARNING PROGRAM: <http://www.acting4elderly.eu/es>

ACTIVAGE PROJECT: <https://www.activageproject.eu/>

ALFRED PROJECT, Personal Interactive Assistant for Independent Living and Active Ageing, *Collaboration Report*, 09/2016.

BALBONTÍN LÓPEZ-CERÓN, A., PORRAS MUÑOZ, M. y MATEO ECHANAGORRÍA, A., en CAUSAPIÉ LOPESINO, P. (Dir. y Coord.), *Libro Blanco sobre el envejecimiento activo*, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, Secretaría General de Política Social y Consumo, Instituto de mayores y Servicios Sociales (IMSERSO).

BEARD, J., FERGUSON, L. ET AL., *Informe Mundial sobre el envejecimiento y la salud*, Organización Mundial de la Salud, Estados Unidos, 2015. págs. 4 a 8, 29, y 248.

«Envejecimiento activo en Europa», *Revista 60 y más*, año XVIII – Núm. 310 / 2012, págs. 29 a 36.

eWALL PROJECT: Andrej Grgurić (ENT), Stine Hangaard, Sofoklis Kyriazakos (AAU), Mădălina Berceanu, Alexandru Vulpe (UPB), Nikola Žarić (UOM). «eWALL for Active Long Living, Final public deliverable report D7.10, socio-economic study, eWALL». European Union 31/10/2016.

GASCÓ ALBERICH, F., GÓMEZ SAINZ, M.^a R. y FRAGUAS SANZ, M.^a A., *Guía de prestaciones para personas mayores, personas con discapacidad y personas en situación de dependencia. Recursos estatales y autonómicos*, Ministerio de Sanidad y Política Social, Secretaría General de Política Social y Consumo, Instituto de mayores y Servicios Sociales (IMSERSO), Colección de Manuales y Guías. Serie Servicios Sociales núm. 33012, Catálogo de Publicaciones Oficiales.

LÓPEZ LETÓN, S., «Viejenials; el gran negocio de disfrutar la vejez», *El País*, 15 de diciembre de 2019.

MARIANO MARTÍN, J., « Robert Marchand se sube de nuevo a la bici con casi 107 años». *Diario As digital*, 29 de octubre de 2018.

MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, SECRETARÍA DE ESTADO DE SERVICIOS SOCIALES, INSTITUTO DE MAYORES Y SERVICIOS SOCIALES (IMSERSO), *Informe anual IMSERSO, ejercicio 2018*.

MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD, SECRETARÍA DE ESTADO DE SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD, INSTITUTO DE MAYORES Y SERVICIOS SOCIALES, *Marco de actuación para las personas mayores. Propuestas y medidas para fortalecer el ejercicio de los derechos de las personas mayores*, Madrid, 1 de octubre de 2014.

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, *Declaración Ministerial de León. Una sociedad para todas las edades: retos y oportunidades*, León, España, noviembre de 2007.

MIRACULOUS LIFE: <http://www.miraculous-life.eu/>

NACIONES UNIDAS (UN), *Declaración Política y Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento*, Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, Madrid, España, 8 a 12 de abril de 2002. Naciones Unidas, Nueva York, EE. UU. 2003.

PHYSIODOM-HDIM PROJECT: <https://cordis.europa.eu/project/id/620992/es>

UNCAP: www.uncap.eu

CAPÍTULO 13

LAS SOCIEDADES TONTINAS DE SEGUROS Y LA COBERTURA DE LOS RIESGOS DE LA VEJEZ: UNA LARGA HISTORIA UN TANTO TEMPESTUOSA Y... ¿UN FUTURO PROMETEDOR?

Rafael Illescas Ortiz

*Catedrático de Derecho Mercantil
de la Universidad Carlos III de Madrid
y Presidente de la Sección Española de la Asociación
Internacional de Derecho de Seguros (SEAIDA)*

I. INTRODUCCIÓN

La primera vez que en mi vida oí hablar de las sociedades tontinas —simplemente, las tontinas— era estudiante de quinto curso de Derecho en la Universidad de Sevilla. Hasta en su nombre me parecieron entidades más bien ridículas, incentivadoras del crimen contra la vida humana y muy alejadas del seguro de vida de base científica tal y como se viene practicando globalmente desde hace siglo y medio.

Ha debido de pasar otro medio siglo, y estar jubilado, para volver a toparme con las tontinas y hacerlo dos casi consecutivas veces. Efectivamente, la Comisión Europea alarmada incluso ante el actual fenómeno del notable incremento de la longevidad humana fue quien en primer término promovió hará una decena de años un amplio estudio sobre los diversos medios hábiles para extender en beneficiarios y años la cobertura de los seguros de vida y enfermedad e incluso de accidentes. Entre dichos diversos medios se encontraban las sociedades tontinas de seguros, de éxito y aceptación en Occidente desde el siglo XVII a inicios del XIX, habiendo llegado su uso a extenderse por muchas partes del mundo; en la segunda mitad de ese ahora mencionado siglo, no obstante, las tontinas fueron cayendo en el abandono y el abuso, llegando a desaparecer absolutamente en muchos países, entre ellos España, incluso por ministerio de la ley.

La aludida decisión europea produjo como consecuencia la publicación de un amplio estudio multidisciplinar sobre dichas sociedades tontinas: vio la luz en Alemania a mediados de 2018⁽¹⁾. En tal publicación se encuentra una aportación mía sobre las tontinas en España⁽²⁾. La elaboración de esa aportación me permitió comprender muchas de las claves de las tontinas que para quien estudia leyes de seguro elaboradas en el siglo XX suelen estar ignoradas o pasan desapercibidas. Desde el nombre de estas aseguradoras, tributario del apellido de su inicial formulador —un más que probable arbitrista italiano al servicio sucesivo de diversos soberanos europeos llamado Lorenzo TONTI y que vivió en

(1) HELLWEGE, P. (ed.), *The Past, Present and Future of Tontines. A seventeenth Financial Product and the Development of Life Insurance*, Duncker & Humblot, Berlin, 2018.

(2) ILLESCAS ORTIZ, R., «Tontines in Spain», en el vol. HELLWEGE, P. (Ed.), *The Past, Present and Future of Tontines*, op. cit., I, Cap. 12, págs. 229 y ss.

el siglo XVII—, hasta el desierto empresarial y legislativo asegurador en el que el invento en cuestión nació, se estableció y prosperó. Fue un largo período de tiempo de más de 200 años a lo largo del cual en el Continente europeo la atención en materia asegurativa fue dedicada al seguro marítimo y poco más.

Ahora, tres años después de la exploración euro-germánica en la materia, vuelvo a toparme en mi vida intelectual con las tontinas, en España y en lengua española, a la ocasión. Ello tras haber comprobado que se tratan de entidades respetadas por la UE, practicadas aún con cierta satisfacción en algunos de sus EEMM —Francia sin ir más lejos— así como que la tradición tontina española subsiste todavía, si bien un tanto mortecinamente, en algunos países iberoamericanos⁽³⁾.

Tras una primera aproximación a la materia me parece entender que las tontinas no son verdaderas aseguradoras que ofrecen un seguro de vida en la forma en que se vienen ofertando, demandando y pactando a lo largo del siglo XX y XXI —en realidad desde que existe el Código de Comercio de 1885 en España—: antes bien ocupan un espacio intermedio entre las loterías puramente aleatorias y las fórmulas usadas muy inicialmente para asegurar la vida humana, como se comprobará acto seguido al referirme a la historia del instituto.

II. DATOS HISTÓRICOS

La evolución histórica de las tontinas en nuestro país puede ser organizada en 7 etapas diferenciadas. Son las siguientes:

1. Durante los siglos XVII y XVIII resulta posible encontrar el uso de la palabra tontina para hacer referencia a instrumentos privados de acumulación de capital en orden a la financiación igualmente privada de todo o parte del costo de concretas obras públicas. Tal es el caso de la Tontina del Canal de Murcia, una conducción de agua que se proyectó cruzara parte de los territorios orientales de Castilla hasta alcanzar las proximidades del Mediterráneo extendiendo así hacia el Este los cursos de los grandes ríos Tajo y Duero. No obstante la identidad de *nomen iuris* entre el instrumentos financiador y la institución preventiva, esta iniciativa no puede considerarse precursora de las sociedades tontinas que analizamos. Se trata solo de un instrumento financiero en orden a facilitar infraestructuras de riegos agrícolas sin conexión aparente alguna con la cobertura del riesgo de vida específico de las personas contribuyentes a su financiación⁽⁴⁾. No es tal, por el contrario, el caso de

(3) NASSER, M., «Un Sistema de Pensiones Solidario», en su blog el 24 de enero de 2020 a partir de las 17,30, haciendo referencia principalmente al caso de Chile.

(4) MUSSOY FONTES, D.J., *Historia de los riegos de Lorca, de los ríos Castril y Guardaló del Canal de Murcia y de los ojos de Archivel*, Murcia, 1847, Imprenta de José Carles Palacios, *passim*.

la recientemente descubierta Tontina de Lisboa, tontina pura y confeccionada conforme a las instrucciones de L. TONTI: promovida en Lisboa —en un momento de unidad dinástica de Portugal y España— en 1641 por un tal Nicolas Bourey, alcanzó cierta notoriedad en su momento⁽⁵⁾.

2. Inicialmente, las modernas tontinas aparecen en España durante los años centrales del siglo XIX en el seno de un marco legislativo casi inexistente y basado sobre una amplia anomia respecto del contrato de seguros y los aseguradores. De hecho hasta 1885 con la promulgación del segundo Código de comercio español no aparecen reglas sistemáticas y amplias sobre el contrato de seguro en general y los seguros, en particular, de incendio, vida y marítimo. El previo Código de comercio de 1829 se había limitado a disciplinar el seguro de transporte de cosas —terrestre y marítimo—. Este primer Código, en efecto, se circunscribió a seguir la estela muy acreditada de las Ordenanzas de Bilbao, derecho comercial corporativo y precodificado que ve la luz pública en la primera mitad del siglo XVIII: desde el 2 de diciembre de 1837, el Cap. XXII de las Ordenanzas tipifica, por así decir, y disciplina el seguro de transporte de mercancías por tierra y por mar⁽⁶⁾. Las Ordenanzas constituyeron la norma jurídica dominante sobre actividades mercantiles durante muchas décadas hasta el 30 de mayo de 1829. El primer Código de comercio, de tal fecha de promulgación⁽⁷⁾, disciplina respectivamente a partir de sus arts. 418 y 840 el seguro de transporte de mercancías por tierra y por mar. No más seguro ni más ramos de seguro. Estos preceptos, además de ejercer apreciable influencia en muchas de las por entonces recientes repúblicas independientes centro y sudamericanas, se mantuvieron en plena vigencia hasta la promulgación del segundo Código de comercio de 1885⁽⁸⁾, aun parcialmente vigente. Ambas modalidades de seguro de transporte de mercancías fueron las únicas disciplinadas a lo largo del período de tiempo

-
- (5) LAPA, Albino, *Seguros en Portugal (Estudio Histórico)*, Edição do Autor, Tipografia Silvas, Lisboa, 1939, págs. 103 y ss. Le debo la información a mi colega Pilar Perales Viscasillas, quien se topó con el libro investigando en la Biblioteca de la Universidad de la capital portuguesa. La referencia bibliográfica incluye el texto íntegro de la propuesta de Bourey al Ayuntamiento lisboeta.
- (6) Sobre la evolución del Seguro en España a lo largo de los siglos arriba mencionados, desde una perspectiva económica y legal, resulta obligada la consulta de TORTELLA CASARES, G. (Dir.) *et alri, Historia del seguro en España*, Fundación Mapfre, Madrid, 2014 págs. 53 y ss. y 77 y ss.
- (7) RD de 30 de mayo de 1829.
- (8) RD de 22 de agosto de 1885 (Gaceta de Madrid, núm. 289 de 16 de octubre de 1885). Un año más tarde se publica una ulterior versión del Código para los Territorios de Ultramar —Cuba, Puerto Rico e Islas Filipinas— sin contener notables diferencias con la versión inicial destinada a la España europea. Algunas partes de la versión de 1886 del Código continúan aún en vigor en Cuba y otros territorios,

que comienza en 1829 y finaliza en 1885; opuestamente, el segundo Código resulta mucho más preciso, extenso y detallado que sus textos predecesores —Ordenanzas de Bilbao y primer Código—.

A comienzos del siglo XX, fue promulgada en España como texto separado del Código de comercio vigente la primera ley sobre el Derecho de Seguros; no se trataba de un conjunto de normas destinadas a la disciplina del contrato sino de los aseguradores en el doble aspecto, entre otros, de la disciplina de su estructura societaria y los requisitos financieros exigidos para operar⁽⁹⁾. Es en esta oportunidad cuando la muy predominante situación de anomia que venía presidiendo el nacimiento, la vida y la práctica negocial de los seguros de vida y de sus aseguradores desde la primera mitad del siglo XVIII alcanza su fin. Entre 1885 y 1912, efectivamente, el contrato de seguro sobre la vida humana abandona la anomia que lo había visto nacer y crecer, convirtiéndose en sujeto pasivo de una amplia disciplina: esta vino a abarcar sus dos aspectos, tanto el estrictamente contractual cuanto el concerniente a la intervención pública en la vida de los aseguradores, en sus facetas administrativa y financiera.

3. Fue hacia el último tercio del largo período de anomia del seguro ahora descrito cuando las primeras Tontinas se establecieron en los mercados de Madrid y Barcelona: hacia la mitad del siglo XIX. Entre las diez tontinas españolas que hicieron aparición durante el período indicado se encontraban las que luego llegarían a alcanzar cierta notoriedad: así los casos de «El Porvenir de las Familias» (constituida por Real Orden de 25 de noviembre de 1851), «El Montepío Universal» constituida por Real Orden de 15 de noviembre y 15 de diciembre de 1856) y «La Tutelar» (Real Orden de 10 de junio de 1857)⁽¹⁰⁾, entre otras. La constitución de una tontina en la época y bajo el Código de comercio de 1829 requería de una específica Real Orden: en efecto, las disposiciones reguladoras de la constitución y establecimiento de sociedades y asociaciones mercantiles no resultaban, como es sabido, especialmente permisivas y exigían en todo caso una autorización administrativa previa instrumentada a través de la Real Orden correspondiente. Así operó el sistema de constitución societaria conocido como de carta real, *charter* u *octroi* conforme, en este último caso, al término francés muy aceptado en España durante décadas y hasta mediados del siglo XX.

(9) Ley de Seguros de 14 de mayo de 1908 (Gaceta de Madrid, de 15 de mayo de 1908). Su denominación completa es como sigue: «Ley relativa a la inscripción en el Registro que al efecto se establece de las Compañías, Sociedades, Asociaciones, y en general, todas las entidades que tengan por fin realizar operaciones de seguro». Debe tenerse en cuenta, por demás, que en 1908 no existía aún en España el Registro Mercantil ni nada que se le pareciera.

(10) Detalles y más datos sobre las tontinas arriba mencionadas y otras más en TORTELLA CASARES, G., *op. cit.* Pp. 93 y ss.

4. La vida de esta primera generación de verdaderas tontinas nacidas en España hacia la mitad del siglo XIX fue en la generalidad de los casos tumultuosa y breve, finalizando por lo general envueltas en escándalos, impagos parciales o generales e insolvencias; en especial en el caso de las tontinas de la modalidad denominada chatelusianas las cuales estaban sometidas a la obligación de pagos periódicos a sus asociados, como se expondrá más adelante. En ciertos casos las tontinas transfirieron su domicilio social a algunas de las Repúblicas iberoamericanas recién nacidas y allí se mantuvieron vivas y continuaron operando con desigual fortuna. En todo caso sus denominaciones sociales constituyeron una fuente de inspiración para la de las futuras compañías mercantiles de seguros de vida a constituir en las geografías americanas y europea. A pesar de todos estos contratiempos y avatares, las tontinas constituyeron para los españoles durante décadas el único medio para gozar —casi de modo ilusorio en muchos casos— de algo que se aproximara al actual seguro de vida.

Tras la promulgación de la apreciable y liberalizadora Ley de Sociedades de 1869⁽¹¹⁾, secuela de la pomposamente calificada como Gloriosa revolución liberal de 1868, un mucho más amplio arco de contratos de seguro comenzó a ser ofrecido sobre una denominada base científica en el mercado español por aseguradoras españolas y extranjeras. Las tontinas no obstante nunca fueron legalmente prohibidas en el país, a pesar de carecer de la expresada base científica, durante el siglo XIX ni siquiera tras la vigencia de la Ley de Sociedades de 1869 y del Código de comercio de 1885. Ello no impidió que la situación de anomia que había presidido sobre la creación, crecimiento y posterior semiolvido de dichas asociaciones continuara siendo una realidad legal durante la segunda mitad del mencionado siglo.

De hecho, el Código de comercio de 1885 menciona las tontinas en su art. 124⁽¹²⁾; las conservó vivas desde una perspectiva jurídica y les atribuyó *prima facie* naturaleza civil y no mercantil. Las tontinas alcanzarían naturaleza mercantil en el caso de que se dedicaren a actos de comercio ajenos a su principal actividad contractual —a la vista del art. 416 del propio Código de comercio, el seguro de vida podría usualmente pero no necesariamente

(11) Ley de 19 de octubre de 1869. La ley liberalizó el mercado de las sociedades en cuanto que formas empresariales, consagrando la libertad de constitución de nuevas compañías y dando por finalizado el sistema viejo de previa autorización real o administrativa.

(12) Art. 124 del Código de comercio vigente. Literalmente indica: «Las compañías mutuas de seguros contra incendio, *las combinaciones tontinas sobre la vida para auxilios a la vejez, y de cualquier otra clase ... solo se considerarán mercantiles, y quedarán sujetas a las disposiciones de este Código, cuando se dedicaren a actos de comercio extraños a la mutualidad o se convirtieren en sociedades a prima fija*» (énfasis añadido).

considerarse acto de comercio⁽¹³⁾— o se convirtieren en sociedades a prima fija. Ello era un estándar financiero de las tontinas no en todos los casos existentes de tales entidades. Tras la derogación del precepto y la generalización operativa del sistema de prima fija las tontinas pasan a poseer en términos generales y en la actualidad naturaleza mercantil.

5. Para que se produjera un cambio en la situación legal de las tontinas —su situación comercial ni la de su mercado habían cambiado y se mantenía el sombrío tono de las décadas finales del XIX— hubo de esperarse a 1908. En tal año, como ya se ha dicho, el Parlamento promulgó una Ley de seguros de extenso y un tanto desorientador nombre⁽¹⁴⁾, objeto a su vez de reglamentación posterior por vía del muy exitoso Reglamento de seguros de 1912⁽¹⁵⁾. Ambos textos constituyen el primer conjunto español de reglas dedicado a la determinación de un sistema moderno de normas jurídicas dedicadas al seguro. Amplio y puesto al día, aplicables a todos los contratos de seguro operativos y disponibles. El Reglamento de 1912 estuvo en vigor hasta 1985, año en el que fue sustituido por el Reglamento de seguros de 1 de agosto de 1985⁽¹⁶⁾, de no muy dilatada vigencia. En efecto, el Reglamento de seguros actualmente en vigor fue promulgado por el ROSSEAR⁽¹⁷⁾ el cual es el resultado parcial en España de la gran operación en materia de seguros culminada previamente por la UE y conocida como Solvencia II.

Las normas sancionadas a los comienzos del siglo XX introdujeron en el país por primera vez y entre otras relevantes disposiciones sobre el seguro un no muy extenso conjunto de disposiciones específicamente destinadas a las asociaciones tontinas (Ley de Seguros de 1908, arts. 11 y 12; Reglamento de seguros de 1912, arts. 42 a 47). Paradójicamente, la primera contemplación positiva en España de las tontinas tiene lugar en un momento histórico en el que este tipo de asociaciones mercantiles se encontraba completamente desacreditado y con muy escaso uso comercial y social.

6. En los casi treinta años siguientes a la escasa regulación ahora señalada, las tontinas continuaron siendo casi inexistentes a causa de la ausencia de producción de resultados previsionarios efectivos y la persistencia o mero recuerdo de sus históricos problemas financieros. Esta continuada acumula-

(13) El precepto arriba citado fue derogado en 1980 por vía de la DF de la Ley 80/1980, del Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980 (BOE núm. 250 de 17 de octubre de 1980).

(14) Ley relativa a la inscripción en el Registro que al efecto se establece de las Compañías, Sociedades, Asociaciones, y en general, todas las entidades que tengan por fin realizar operaciones de seguro, *Gaceta de Madrid*, 15 de mayo de 1908.

(15) *Gaceta de Madrid* de 16 de febrero de 1912.

(16) BOE de 3 de agosto de 1985.

(17) BOE de 2 de diciembre de 2015.

ción de circunstancias negativas condujo en España a la prohibición legal de las tontinas. La prohibición en cuestión se produjo mediante el art. 4.6 del RD-L de 9 de abril de 1926⁽¹⁸⁾. La prohibición legal, sin embargo, no fue absoluta: la prohibición lo fue de la constitución de nuevas tontinas en España pero no se extendió a la creación de agencias y oficinas de representación de tontinas extranjeras en el país. Por demás, la norma prohibitiva permitió, no obstante su naturaleza, la continuidad de las tontinas preexistentes exoneradas de disolución o liquidación. La parte permisiva de la regla del RDL carecía, sin embargo, de campo material de aplicación a la vista de la inexistencia efectiva de tontinas a la fecha de su promulgación. En todo caso, las tontinas continuaron integrando en España el impreciso panorama conceptual de los seguros personales y de la previsión de vida así como de sus aseguradores.

La absoluta prohibición de las tontinas españolas se instrumentó a través de la Ley de ordenación e intervención del seguro privado, de 16 de diciembre de 1954⁽¹⁹⁾. En el momento preciso de la entrada en vigor de esta norma, ninguna tontina operaba en España a pesar de la precedente parcialmente permisiva disciplina. La desastrosa evolución financiera del instituto contribuyó de modo decisivo a la completa desaparición de las asociaciones tontinas en el mercado español. El emplazamiento de las tontinas en una suerte de limbo jurídico y comercial a mediados del siglo XX no supuso, sin embargo, su definitiva y completa desaparición. Aunque pudiera parecer tan asombroso como inexplicable, las tontinas salieron de su limbo, de una manera no muy clara ni terminante, el 14 de julio de 2015, a través de la LOSSEAR⁽²⁰⁾ —cuarta norma de supervisión e intervención de seguros promulgada en España a lo largo del siglo XX—: más sorprende aún y de modo específico, el limbo de las tontinas fue desmantelado por el Anexo de la Ley de 2015⁽²¹⁾ y no precisamente por disposición determinada de su cuerpo nor-

(18) Gaceta de Madrid de 16 de abril de 1926.

(19) BOE núm. 353, de 19 de diciembre de 1954. Su art. 14 dispone que «Quedan prohibidas a las compañías de seguros, españolas y extranjeras, las siguientes operaciones: a) Operaciones del sistema tontino y chatelusiano...».

(20) BOE núm. 168, de 15/07/2015.

(21) El hecho de que sea el Anexo de la Ley y no un precepto de la propia Ley la fautora de la resurrección de las tontinas suscita una relativa duda acerca de la efectividad de la resurrección puesto que cabe dudarse del valor normativo de un Anexo legal al igual que acontece con las Exposiciones de motivos de las normas: en efecto, nunca ha sido claro si tales partes de las normas constituyen un mandato del legislador o exclusivamente elementos de clarificación o interpretación del texto articulado que lo anteceden o preceden. No obstante y en mi opinión el Anexo de cualquier norma posee el poder normativo del que se encuentra dotado la norma que hace referencia a dicho Anexo y de la que este deriva, caso de existir la norma de referencia y poseer contenido imperativo. De no darse

mativo. Es obvio que la Ley de 2015 continua plenamente en vigor si bien ya han comenzado los trabajos europeos de revisión de Directivas y Reglamentos UE creadores en su conjunto de la denominada Solvencia II. Estos trabajos no han llevado a destino alguno en el momento en que estas líneas son objeto de redacción.

En el aludido Anexo legal son objeto de mención o descripción diversas clases de seguros, especialmente, de seguros de vida: conforme al apdo. B.a.4 se incluyen las tontinas en el seno de la clase general de seguros de vida como una modalidad de dicho seguro de vida; a su vez son definidas de acuerdo con los siguientes términos:

«Las operaciones tontinas, entendiendo por tales aquellas que lleven consigo la constitución de asociaciones que reúnan partícipes para capitalizar en común sus aportaciones y para repartir el activo así constituido entre los supervivientes o entre sus herederos».

La decisión legislativa de resucitación de las tontinas no fue resultado de una inesperada moda al efecto en el país —moda realmente inexistente, entiendo que incluso al día de hoy— sino tan solo la consecuencia de amplio radio de la obligación de los EEMM de la UE de transposición en sus respectivos ordenamientos de las normas comunitarias. De hecho el legislador español traspuso en la materia las mismas palabras, con algún pequeño matiz diferenciador pero no relevante, que se pueden encontrar en el art. 2.2.a) de la actual Directiva UE 2002/83 (la Directiva 79/267/CEE anteriormente), la cual se halla en el origen de la española LOSSEAR: la muy bien conocida Directiva Solvencia II.

De este renacimiento legal de las tontinas ya se ofrecían indicios, aunque las palabras del texto normativo no resultaban tan claras, en el art. 3.a) de la Ley de 2 de agosto de 1984 —la segunda Ley española de intervención en el seguro privado—⁽²²⁾: de hecho, esta Ley de 1984 solo estableció con vagas palabras la prohibición de operaciones de seguro carentes de fundamentos técnicos actuariales, sin referencia expresa ni a las tontinas ni a cualquier otra modalidad igualmente carente de base actuarial. En la actualidad las palabras de la LOSSEAR resultan claras en punto a la determinación del re-

ambas condiciones probablemente el anexo debe correr la misma fortuna que la EM. En el caso de las tontinas mencionadas en el Anexo de la Ley de 2005 la generalidad ha venido entendiéndose que implica, por así decir, una derogación de la prohibición de la de 1954 y un restablecimiento, por tanto de las tontinas. Ha de considerarse, además, que el texto del art. 124 del Código de comercio nunca ha sido alterado ni derogado. Con todo, mucha mayor claridad hubiere ofrecido el legislador en el caso de haber incluido la resurrección en un precepto de su cuerpo legislativo.

(22) BOE núm. 186 de 4 de agosto de 1984.

nacimiento legal de las tontinas; sin embargo su emplazamiento en el Anexo de la Ley genera cierta confusión o dudas, como ya se ha indicado, acerca de la autenticidad de la voluntad del legislador en punto a su restauración a la vista de encontrarse tipificadas fuera del texto normativo de la LOSSEAR.

En cualquier caso y tras la LOSSEAR, resulta difícil negar la reaparición de las tontinas en el escenario asegurativo legal de España así como rechazar el hecho de que se haya abierto una nueva y contemporánea etapa en la vida e historia de estas no muy afortunadas asociaciones de previsión vital.

III. EL CONCEPTO LEGAL

En general no existen diferencias entre la conceptualización española de la tontina, su condición tributaria de las ideas de Lorenzo Tonti y su noción prevalente así como comúnmente aceptada en el resto del Europa y el mundo. Ello en la actualidad y a lo largo de sus tres siglos de historia. En efecto, este paralelismo evolutivo se aprecia, con mayor o menor coincidencia, a lo largo de todo el tracto vital de las asociaciones en cuestión.

Dos aproximaciones conceptuales a las tontinas pueden ser identificadas en el sistema jurídico español: la primera de ellas puede calificarse como la aproximación asociativa, la segunda es la aproximación individual. También y conforme a la legislación española de los comienzos de siglo XX, puede identificarse una especie de tontina mixta en la que algunos elementos de las asociaciones chatelusianas resultan añadidos a la estructura legal de la tontina⁽²³⁾.

La aproximación asociativa define la tontina como una asociación de personas que aportan mensualmente cuotas en orden a efectuar su inversión durante un término preestablecido (usualmente 10 años); al finalizar dicho plazo el capital y los intereses devengados acumulados son distribuidos entre las supervivientes de los fundadores —o sus herederos, de acuerdo al concepto actual de tontina establecido en el Anexo de la Ley española de 2015, lo que ciertamente no se incluye en la noción originaria de tontina en la que la exclusión de los herederos es indisputable—. De este modo las tontinas mutaron desde la modalidad de *annuity* a asociaciones de capitalización. En este sentido y como ya se indicó previamente, las tontinas en España poseen naturaleza civil y no comercial; tal naturaleza, no obstante, puede cambiar en caso de operaciones asociativas pasando la propia asociación tontina a disfrutar naturaleza mercan-

(23) De modo general debe apuntarse que en España las asociaciones chatelusianas o las asociaciones mixtas —en parte tontinas y en parte chatelusianas— alcanzaron una cierta difusión a lo largo del siglo XIX. Una descripción de la situación puede encontrarse en BENITEZ DE LUGO Y RAIMUNDO, L., *Tratado de Seguros*, vol. 3º, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1955, págs. 468 y ss.

til —por lo tanto, pasando a ser una sociedad mercantil de índole privada y no cotizada—.

El anclaje, por otra parte, de la aproximación individual al concepto de tontina se ha encontrado en el art. 42.1 del Reglamento de seguros de 1912, que como ya se ha indicado, desarrolla los arts. 11 y 12 de la Ley de seguros de 1908. Vale la pena reproducir íntegramente esa disposición reglamentaria por cuanto que la misma no solo consagra la conceptualización individual de tontina sino también los 3 tipos de tontinas a los que se ha hecho alguna referencia previa (tontina, chatelusiana y mixta respectivamente).

Disponía el Reglamento en los siguientes términos:

«Las asociaciones a que se refieren los arts. 11 y 12 de la Ley de 14 de mayo de 1908, son las formadas para practicar el ahorro sobre la base de mutualidad y la condición de perder sus asociados en caso de fallecimiento o baja voluntaria o forzosa conforme a Estatutos, todo derecho a participar en el capital o renta que llegue a reunirse con el ahorro de todos».

«Cuando las cuotas o aportaciones de los asociados se acumulen con sus intereses, para ser distribuidas en fecha fija a los sobrevivientes, pertenecen a la clase de Asociaciones Tontinas. Cuando el capital se conserva y se acrece indefinidamente con las aportaciones nuevas, y solo se distribuye la renta a los que cumplen determinadas condiciones, se llaman chatelusianas, y cuando durante cierto tiempo se reparte solo la renta, y después, en determinada época o en determinadas circunstancias se reparte el capital, se llaman mixtas».

«Las sociedades tontinas, chatelusianas y mixtas, además de cumplir lo que se prescribe con carácter general en los arts. 33 y siguientes de este Reglamento, deberán consignar en toda su documentación, prospectos y anuncios la clase a que pertenezcan de entre las tres que establece el párrafo precedente».

El precepto reglamentario es claro y terminante: fija las características de las 3 clases de tontinas sin mayor indeterminación que la de su propia naturaleza civil o mercantil y conviene apreciar que lo hace bajo el imperio del ya conocido art. 124 del Código de comercio de 1885, aún vigente. Conforme a sus disposiciones, la tontina pura es una asociación con fines de ahorro, basada en principios mutuales y en la que los asociados pierden cualquier derecho a participar en el reparto del capital y beneficios obrantes en el momento de dicho reparto si con anterioridad han fallecido o han sido baja voluntaria o forzosa conforme a los estatutos de la tontina; tal reparto completo se hace en beneficio exclusivo de los supervivientes.

En el caso de las tontinas mixtas, los asociados perciben en una primera etapa los beneficios que tienen por origen la renta mutual producida por la suma de las diferentes aportaciones de los diversos miembros de la tontina; en una

segunda etapa los miembros supervivientes percibían los resultados restantes y la totalidad del restante capital o contribuciones. La tontina mixta es objeto de descripción, como se ha podido comprobar, en el art. 42.2 del Reglamento de 1912 junto a la tontina clásica o simple.

La chatelusiana, como igualmente se infiere del precepto reglamentario ahora mencionado, es la que a lo largo de su existencia tan solo reparte las rentas obtenidas por el capital. Al final de su existencia el capital se destina al reparto entre los socios supervivientes.

IV. PRINCIPALES (CASI CONTEMPORÁNEAS) REGLAS

La disciplina de la tontina se ha basado sobre ciertos caracteres relevantes de las asociaciones. Muchos de ellos son la consecuencia de la larga y desafortunada experiencia financiera de las tontinas y el subsecuente esfuerzo legislativo para eliminar o disminuir el riesgo de repetición de la perturbación económica generada por el mal funcionamiento de la tontina a lo largo del siglo XIX. Tales caracteres se encuentran reconocidos en los diferentes preceptos del Reglamento de seguros de 1912 que se inician en el art. 42, ello sin perjuicio de las referencias cruzadas que se encuentran a lo largo del Reglamento.

Resulta interesante la experiencia legislativo-reglamentaria al inicio del siglo pasado, en especial habida cuenta de que los diversos caracteres anunciados componen en España la primera y única regulación legal completa. Con anterioridad al texto reglamentario de 1912, las diversas Leyes y Reales Órdenes españolas de autorización se limitaban a contemplar cada tontina de modo individualizado, constituyendo verdaderos casos de legislación particular y careciendo de cualquier pronunciamiento sistemático sobre el efectivo e integral régimen legal de las asociaciones previsionales. Las piezas legislativas del siglo XIX no cubren en una dimensión más o menos amplia los puntos jurídicos relevantes requeridos para establecer y hacer funcionar apropiadamente la tontina en cuestión. Más aun, tras el Reglamento de 1912 ninguna pieza posterior de legislación española llegó a incluir en sus disposiciones normas disciplinadoras en dicha apropiada forma para las tontinas y su funcionamiento. Lo que significa que las tontinas en España han sido disciplinadas en la mayor parte de su historia más como contratos plurilaterales que como entidades específicas sometidas a reglas generales de índole legal o reglamentaria.

De manera concordante, especial atención debe ser prestada en estas páginas a los caracteres legales atribuidos a las tontinas por el Reglamento de 1912: de hecho los mismos constituyen el régimen integral, legal y único, de dichas entidades en España. Por tanto, en esos caracteres legalmente consagrados pueden encontrarse los rasgos tipológicos más conceptualmente interesantes —e influyentes en la posteridad— de las tontinas; algunos de ellos continúan inspirando la legislación contemporánea de algunas de las modalidades asegurativas

de la sub-clase de seguros de vida conforme al derecho español de seguros aunque no puedan considerarse tontinas con exactitud. Los caracteres pertinentes a considerar son los siguientes:

1) Inscripción obligatoria de las tontinas en el Registro público de aseguradores, establecido en 1908 para todas las entidades que operaban en el mercado español de seguros no obstante la naturaleza civil de algunas de ellas y su carencia de vínculo alguno con una condición mercantil. Tal es el alcance del mandato establecido por el art. 46 *in fine* del Reglamento de 1912⁽²⁴⁾. La inscripción registral debía ser solicitada y obtenida por las tontinas, como cualquier otro asegurador, con anterioridad al inicio de sus operaciones. Esta inscripción registral obligatoria aproxima las tontinas a las sociedades mercantiles, distanciándolas a su vez de las meras asociaciones civiles.

2) El Reglamento de 1912 estableció una obligación general de depósito en el Registro de Aseguradores de una suma de dinero en garantía de futuros compromisos de la asociación. El depósito debía de efectuarse en el momento de la presentación de la solicitud de registro por cada una de las tontinas a ser inscritas en el mencionado Registro. El importe legal de la suma a depositar se dividía entre una tasa fija y otra variable: la tasa fija ascendía a 50.000 pesetas⁽²⁵⁾ y la variable lo era de 25.000 pesetas por «cada nueva agrupación (de asegurados) formada dentro de la Asociación general»⁽²⁶⁾. El Reglamento definió «cada nueva agrupación» como «los grupos o secciones administrados bajo una misma dirección, cuyos fondos deban liquidarse en fechas distintas, y cuyas cuotas por lo mismo deban ser objeto de cuenta diferente»⁽²⁷⁾.

3) El Reglamento estableció una tercera obligación a ser observada por las tontinas que pretendían inscribirse en el Registro: la presentación, con anterioridad al momento de inicio de sus operaciones, de «los Estatutos y, formando parte integrante de ellos, las condiciones de las pólizas y, muy particularmente, las bases relativas a distribución de capitales o rentas»⁽²⁸⁾.

(24) El art. 46 *in fine* del Reglamento de 1912 dispone que «Las Asociaciones tontinas, chatelusianas y mixtas ... necesitarán obtener la inscripción en el Registros, sin cuyo requisito no podrán funcionar en España».

(25) Equivalente a 300 € actuales.

(26) Art. 44.7 del Reglamento de seguros de 1912.

(27) Art. 44.8 del Reglamento de 1912. Con todo la dicción no está exenta de cierta confusión que alcanza a la estructura de las tontinas más allá de la cuestión del importe a depositar en el Registro con ocasión de su solicitud de inscripción. Y ello porque a estos «grupos o secciones» las califica previamente de «Asociaciones nuevas o distintas» con ello resulta algo impreciso la existencia y efectividad de secciones diferenciadas de asegurados en cada tontina o, por el contrario, de tontinas diferenciadas entre sí.

(28) Art. 44.1; los subsiguientes párrafos de este precepto deben ser consultados igualmente en punto a la efectiva calificación de la tontina como simple, chatelusiana o mixta conforme al criterio del reparto de capital y beneficios.

4) Determinación legal de los límites de la libertad de los administradores en orden a la inversión de los activos de la tontina. En efecto, la elección por los administradores de la inversión a realizar estaba limitada por las normas, en este caso no las reglamentarias sino directamente por la Ley de seguros de 1908. Al respecto, solo dos únicas posibilidades eran ofrecidas a la administración de la tontina: o el depósito en el BdE o las adquisiciones de «fondos públicos»⁽²⁹⁾. La obligación general de depósito en el BdE del importe total de las aportaciones de los asociados aparenta ser una opción subsidiaria que aparece en ausencia de inversión en títulos. De hecho, el dinero depositado se mantiene a disposición de los administradores de la tontina en orden a su inversión total o parcial en los mencionados «fondos públicos». La obligación del depósito en el BdE solo opera como obligatoria en ausencia de la expresada inversión bursátil⁽³⁰⁾.

5) A modo de adición a la Ley de 1908 ya reiterada, un amplio número de disposiciones referentes al régimen interno, corporativo y financiero, de las tontinas fue también incluido en el Reglamento de 1912: así, la relación entre administradores y los asociados constituye el principal objeto de las reglas administrativas. En un apreciable modo, tales reglas componen la base del gobierno corporativo y del derecho y pago de indemnizaciones desde comienzos del siglo XX.

Los más relevantes mandatos referidos al gobierno societario son los siguientes:

A) Para el caso de las tontinas puras,

a. La remuneración de los asociados viene determinada por el muy significativo hecho de la supervivencia del asociado en el momento a tal efecto convenido en los Estatutos; en este sentido, conforme al art. 42.1 del Reglamento de 1912, el miembro superviviente en el momento estatutario debe en ese mismo momento conservar la condición de miembro efectivo de la tontina no habiéndola previamente perdido por vía voluntaria o imperativa conforme a los estatutos de la tontina. Solo en la satisfacción de ambos requisitos —supervivencia y no baja efectiva previa— el capital de la tontina y sus rentas, o una parte proporcional de ellos si los supervivientes son dos o más asociados, será atribuido al miembro o

(29) La expresión «fondos públicos» no es muy exacta pero, a deducir por la intervención de agente de cambio y bolsa requerida para efectuar la inversión en dichos fondos, debería entenderse que se refiere a títulos negociados en bolsa —*cf.* art. 12.1 de la Ley de Seguros de 1908—.

(30) Así parece inferirse del art. 11.1 de la Ley de Seguros de 1908.

miembros supérstites. Como ya es bien conocido los herederos de los asociados fallecidos no ostentan ningún derecho sobre capital y rentas asociativas, ni siquiera sobre lo que su causante hubiera en su día aportado a la tontina.

b. Las tontinas no pueden comprometerse a pagar periódicamente a sus asociados cantidades fijas o rentas a pesar de que dichos miembros se hubieren comprometido a aportar regularmente cantidades fijas a la tontina⁽³¹⁾.

c. La determinación estatutaria de la fecha relevante para desencadenar el derecho de los asociados supervivientes forma parte de la libertad contractual, pero el Reglamento de 1912 establecía ciertos límites temporales en la materia: la norma distinguía entre el plazo mínimo de acumulación de capital y rentas y el plazo máximo de duración de tal período de acumulación —10 y 20 años respectivamente contados desde el momento de la constitución de la tontina—. Dichos plazos constituyen los periodos mínimo y máximo de tiempo disponible para producir acumulación de recursos y proceder a su pago y distribución. En la observancia de ambos límites cronológicos, el contrato de tontina podía establecer las fechas más convenientes para acumular recursos y proceder a su distribución total⁽³²⁾. Consecuentemente un cierto grado de libertad contractual se atribuía a los fundadores de las tontinas en orden a la determinación estatutaria no solo de la fecha en que habría de constatarse la supervivencia de los asociados sino también del mínimo y máximo de duración del período de acumulación de recursos, en el respeto siempre de los 10 y 20 años como límites mínimo de acumulación y máximo de reparto respectivamente.

B) Para el caso de las chatelusianas y tontinas mixtas,

a. Ante todo, hay que indicar que la reglamentación de 1912 no resultaba tan constringente como en el caso de las tontinas puras: la distribución de capital y ganancias debía determinarse principal pero no exclusivamente, en proporción al valor neto de la prima satisfecha por cada miembro. De hecho, cláusulas contractuales separadas basadas en criterios diferenciados y referentes a dicha distribución entre los asociados resultaban admisibles, siempre que hubieran sido incluidas

(31) Art. 45.1 del Reglamento de 1912.

(32) Art. 45.3 del Reglamento de 2012. Tales límites de tiempo resultaban también aplicables a las chatelusianas como consecuencia de lo dispuesto en el subsiguiente pfo. del mismo art. del Reglamento.

en los Estatutos, fueran objeto de supervisión por el Registro de Seguros y estuvieran bajo el control de la Inspección pública del Seguros⁽³³⁾. Estos criterios diferentes podían legalmente diferenciarse por simples hechos como la condición del asociado acreedor superviviente, siempre que ello tenga soporte estatutario como acaba de ser indicado.

b. En lo que concierne al régimen de gestión de las tontinas en el caso de que el mismo fuera encomendado a una distinta empresa mercantil, algunas previsiones específicas fueron incluidas en el Reglamento administrativo de 1912. Especialmente el amplio poder de la asamblea general de la tontina en punto a la aprobación o rechazo de las cuentas anuales de la tontina incluyendo cada uno de sus ingresos y pagos sin excepción⁽³⁴⁾: todo excedente o déficit habría, además de ser imputado a la cuenta general de la tontina y no a la de los gestores externos⁽³⁵⁾.

c. Más aún, aunque la entidad colectiva de todos los asociados estuviere sujeta a la responsabilidad civil subsidiaria derivada de las faltas cometidas por sus representantes, en primer término la junta directiva o el Consejo de Administración, no podía imputarse a la primera (la entidad), responsabilidad alguna de otro orden diferente⁽³⁶⁾. En suma la norma lo que consagró fue una limitación legal de responsabilidad no tanto cuantitativa sino por razón de su origen y causación.

Más reglas, si bien menos relevantes, fueron establecidas por el Reglamento de 1912 y la lectura de dicho texto normativo resulta muy ilustrativo al respecto. En efecto, se trata de un texto relativamente moderno y que trata combatir toda la lamentable experiencia española en materia de tontinas generada a lo largo de la segunda mitad del siglo XIX. La mayoría de tales normas tiene como objetivo evitar la reproducción de dicha muy insatisfactoria experiencia. No obstante, el inicio del siglo XX era ya un momento excesivamente tardío para alcanzar dicho objetivo: en tal momento las tontinas habían prácticamente desaparecido del *imaginarium* financiero y asegurativo de la gran mayoría de españoles.

Ya conocida, y someramente valorada, la larga y olvidada experiencia histórica de las tontinas en España, conviene formular algunas consideraciones de índole general sobre este arcaico medio de previsión contra los riesgos de la vejez y la supervivencia. Este es el objetivo del último apartado del presente trabajo.

(33) Art. 45.2 del Reglamento de 2012 resulta minucioso en este punto e invoca la inclusión de los criterios en los Estatutos de la tontina.

(34) Art. 44.6 del Reglamento de 1912.

(35) *Ibid.*

(36) Art. 47 *in fine* del Reglamento de 1912.

V. ALGUNAS CONCLUSIONES... O INTERROGANTES

1. Desde la asociación del pasado a la «operación» de hoy día: ¿Un cambio de naturaleza o una reestructuración? El cambio en la naturaleza de la estructuración legal de las tontinas se deja ver con cierta claridad: la mención actual de las tontinas en el Anexo de la Ley Solvencia II —así como en la Directiva que la Ley dicha de 14 de julio de 2015 traspone— pone de manifiesto la total superación contemporánea del concepto original de tontina: ya no es una asociación de personas que buscan una forma de previsión para su vejez sino que se trata de una específica y un tanto exótica subclase del ramo de seguro de vida, legalmente conceptuada como operación contractual, si bien carente de toda relevancia corporativa, esto es, sin personalidad jurídica desde al menos la perspectiva del legislador de intervención y del regulador de seguros. También desde la perspectiva de la entidad aseguradora promotora o gestora de la tontina en cuestión.

2. Desde el relativo estrellato de mediados del siglo XIX a su absoluta desaparición, cuanto menos en España. ¿Se trata de una penúltima etapa o el final simplemente de la tontina? Probablemente es el final de la tontina lo que se ha vivido en las recientes décadas. Las tontinas disfrutaron de éxito como idea y subsiguiente instrumento de financiación de obra pública y ello fue durante un largo momento histórico a lo largo del cual no estuvieron expuestas a la competencia presentada por otros instrumentos previsionales de origen legal o contractual. Cuando las innovaciones contractuales destinadas a cubrir los riesgos de vida hicieron su aparición, ganaron amplios mercados debido principalmente a sus amplios grados de solvencia y responsabilidad. Por contra, las limitaciones conceptuales y operativas resultaron determinantes de la decadencia de las tontinas, junto con una obvia mala administración. De hecho la notable similitud existente entre las tontinas y los esquemas actualmente denominados de «bola de nieve» han de considerarse causante de la paulatina disminución de la aceptación social de aquellas. La natural superioridad de la indemnización segura y predeterminada, con independencia del *fatum* vital del asegurado y de los *fata* del resto de los integrantes de la tontina, constituyó un insuperable obstáculo para la propia tontina y el fundamento de su derrota a manos del seguro de vida técnico basado en reservas matemáticas y tablas de mortalidad —o supervivencia—. En realidad no era fácil en absoluto sostener la superioridad de un método de previsión vital en el que solo el superviviente final de entre los integrantes del grupo inicial de asegurados percibe una indemnización con cargo a las aportaciones de todos premuertos. La evolución española del instituto, con la aparición de las chatelusianas y mixtas tontinas, trató exactamente de reducir el impacto de lo que puede denominarse *la concentración personal de la indemnización* producida por la tontina simple y clásica, concentración determinante del detrimento de las expectativas indemnizatorias de todos los restantes asociados y de sus herederos.

3. De la anomia a la disciplina específica y la mera nominación legislativa actual: ¿Una consecuencia actual de la creciente irrelevancia comercial? En efecto, la evolución del régimen jurídico de las tontinas constituye una historia del siglo XX y de sus años predecesores, no más. Y puede afirmarse con cierto aplomo que ningún contrato o institución comercial, de las tantísimas aparecidas durante el pasado siglo, han conservado la existencia sin haberse dotado de un régimen legal o regulatorio tras el padecimiento de su primera crisis financiera: la desaparición ha sido durante muchas décadas el destino de contratos o relaciones atípicas. En efecto, la anomia ha sido durante muchos siglos una situación aceptable para muchas instituciones con o sin éxito y difusión. Ello, sin embargo, no ha sido posible ni durante el pasado siglo ni el tiempo transcurrido del Milenio: el legislador ha venido siempre en auxilio de los institutos mercedores de la supervivencia a causa de su éxito social.

4. Desde una posición de monopolio en una cierta y aleatoria cobertura del riesgo vital a una competencia fiera en dicho campo... y, tras un breve período de éxito ¿La disfuncionalidad, los grandes escándalos y la irrelevancia? Por el momento, sí.

VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA

BENITEZ DE LUGO y RAIMUNDO, L., *Tratado de Seguros, Vol. 3º*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1955, págs. 468 y ss.

HELLWEGE, P. (ed.), *The Past, Present and Future of Tontines. A seventeenth Financial Product and the Development of Life Insurance*, Duncker & Humblot, Berlin, 2018.

ILLESCAS ORTIZ, R., «Tontines in Spain», en el vol. HELLWEGE, P. (Ed.), *The Past, Present and Future of Tontines, op. cit.*, I, Cap. 12, págs. 229 y ss.

LAPA, Albino, *Seguros en Portugal (Estudio Histórico)*, Edição do Autor, Tipografia Silvas, Lisboa, 1939, págs. 103 y ss. Le debo la información a mi colega Pilar Perales Viscasillas, quien se topó con el libro investigando en la Biblioteca de la Universidad de la capital portuguesa. La referencia bibliográfica incluye el texto íntegro de la propuesta de Bourey al Ayuntamiento lisboeta.

MUSSO Y FONTES, D.J., *Historia de los riegos de Lorca, de los ríos Castril y Guardaló del Canal de Murcia y de los ojos de Archivel*, Murcia, 1847, Imprenta de José Carles Palacios, *passim*.

NASSER, M., «Un Sistema de Pensiones Solidario», en su blog el 24 de enero de 2020 a partir de las 17,30, haciendo referencia principalmente al caso de Chile.

TORTELLA CASARES, G. (Dir.) *et alri, Historia del seguro en España*, Fundación Mapfre, Madrid, 2014 págs. 53 y ss. y 77 y ss.

TORTELLA CASARES, G., *op. cit.*, pp. 93 y ss.

CAPÍTULO 14

ASISTENCIA SANITARIA. EL ENFERMO CRÓNICO. ENFERMEDADES EN LA VEJEZ

Asier Urruela Mora

*Profesor Titular (Catedrático acreditado.)
de Derecho Penal, Universidad de Zaragoza*

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

Las cuestiones relacionadas con la asistencia sanitaria constituyen, con gran probabilidad, algunas de las que inciden en mayor medida en la calidad de vida de la ciudadanía, en particular, en los tramos superiores de edad en los que, como efecto consustancial al normal proceso de envejecimiento, aumenta estadísticamente de forma significativa la incidencia de patologías (en numerosos casos crónicas), lo que multiplica la frecuencia de uso del propio sistema sanitario.

Debemos partir del hecho de que el derecho a la protección de la salud objeto de reconocimiento constitucional (art. 43 CE) ostenta una proyección universal para el conjunto de la población con independencia de factores ligados a la edad, por lo que a nivel de su plasmación legislativa no cabe establecer tratamiento diferencial alguno en la configuración de dicho derecho para los colectivos de personas de mayor edad. No obstante, la desigual incidencia (estadística) de la enfermedad en las diferentes fases de la vida, y en particular, el impacto que aspectos tales como las patologías crónicas ostentan en los colectivos de ancianos permiten concretar ciertas cuestiones específicas que serán las abordadas a lo largo del presente trabajo.

Por citar algunos datos estadísticos relevantes⁽¹⁾, conviene poner de manifiesto que, de acuerdo con las proyecciones formuladas por el INE, el porcentaje de personas mayores de 64 años pasará del 20% de la población en 2020 a superar el 30% en el año 2050, incrementándose la población mayor de 80 años desde el 6,6% en el año 2035 al 11,2% del total poblacional en 2050. Por otro lado, las enfermedades crónicas —que no sufren exclusivamente los tramos de edad superiores, pero cuya incidencia aumenta exponencialmente con la edad— constituyen la primera causa de demanda asistencial en los centros sanitarios, suponiendo el 80% de consultas en APS y el 60% de los ingresos hospitalarios. Aproximadamente el 40% de las consultas son realizadas por las personas de mayor edad, estando ocupadas la mitad de las camas de la red hospitalaria por

(1) SANITARIA 2000, *Documento base para una atención integral sociosanitaria*, mayo de 2015, pág. 2. Disponible en: [http://bases.cortesaragon.es/bases/ndocumenVIII.nsf/e86600a24e054a61c12576d2002e551c/5fc54ca599b34a2ac1257f0800404baf/\\$FILE/DOCUMENTO%20DE%20BASE%20CON%20INCORP.CCAA.pdf](http://bases.cortesaragon.es/bases/ndocumenVIII.nsf/e86600a24e054a61c12576d2002e551c/5fc54ca599b34a2ac1257f0800404baf/$FILE/DOCUMENTO%20DE%20BASE%20CON%20INCORP.CCAA.pdf) [Última consulta: 20 de marzo de 2021].

mayores de 65 años y suponiendo dicho colectivo casi el 50% del consumo farmacéutico.

España goza de un sistema de salud de gran nivel, circunstancia reconocida de forma unánime tanto nacional como internacionalmente, máxime si tenemos en cuenta su carácter universal. En este sentido, los datos suministrados por el *Barómetro Sanitario 2018*⁽²⁾ confirman dicha percepción con una satisfacción global con el funcionamiento del sistema sanitario público de 6,57 en escala 10 (habiéndose movido en márgenes similares a lo largo de toda la década pasada). Datos comparativos del año 2016 sitúan la percepción acerca del sistema sanitario español por parte de la ciudadanía en valores superiores a los de países como Francia, Alemania, Reino Unido, Suecia, Holanda, Canadá o EE. UU., entre otros.

En todo caso, resulta importante poner de manifiesto una reflexión previa, que considero plenamente procedente al hilo de un trabajo que aborda la cuestión de la asistencia sanitaria en relación con el colectivo de mayores. Estos constituyen un grupo poblacional necesariamente heterogéneo en todas las variables que les afectan, y la dimensión salud no constituye una excepción. No obstante, y como pone de manifiesto CÁRCAR BENITO, acudir a la referencia grupal (las personas mayores) puede resultar relevante a la hora de proyectarse hacia bienes colectivos (entre otros, la defensa sanitaria o el acceso a residencias), cuyo uso y disfrute implica el reconocimiento de la mencionada entidad grupal. Ello no supone en modo alguno prescindir de la dimensión individual para suplantarla por la colectiva cuando nos referimos a las personas mayores, sino aceptar que la referencia a la dimensión supraindividual puede ostentar importancia en el marco de la promoción y defensa de los citados bienes colectivos (que, por naturaleza, no pueden ser objeto de protección exclusiva desde una perspectiva meramente individual)⁽³⁾. Es a partir de la premisa anterior que procederemos a llevar a cabo el presente análisis acerca de las peculiaridades de la asistencia sanitaria en el grupo de personas mayores, abordando, igualmente, la problemática de las enfermedades crónicas (orientándola esencialmente a nuestro colectivo de referencia) y la cuestión de las enfermedades en la vejez⁽⁴⁾.

(2) Vid. CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOLOGICAS, *Barómetro Sanitario 2018*, Ministerio de Sanidad-Ministerio de Consumo-Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, marzo de 2019. Disponible en: https://www.mschs.gob.es/estadEstudios/estadisticas/BarometroSanitario/home_BS.htm [Última consulta: 20 de marzo de 2021].

(3) Vid. CÁRCAR BENITO, J. E., «El problema de los nuevos derechos de las personas mayores en el Espacio Sociosanitario» en MARCOS DEL CANO, A. M^a. (Dir.), *El derecho a una asistencia sanitaria para todos: una visión integral*, Dykinson, Madrid, 2017, pág. 393. Como pone de manifiesto dicho autor, no coexiste un «estado civil» de la persona mayor.

(4) Coincido con CORUJO RODRÍGUEZ y GUZMÁN PÉREZ en que en la vejez inciden todas las enfermedades que concurren en el adulto, por lo que no procede hablar de enfermedades propias

II. ASISTENCIA SANITARIA. ESPECIFICIDADES EN EL ÁMBITO DE LAS PERSONAS MAYORES

2.1. Previsiones normativas

La asistencia sanitaria garantizada al conjunto de la población tiene un FJ establecido en la propia CE objeto de ulterior desarrollo normativo en distintas normas de rango legal y reglamentario. En este sentido, debemos partir del art. 43 CE en virtud del que se reconoce el derecho a la protección de la salud, estableciendo que compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. Por otro lado, el art. 41 CE establece que los poderes públicos mantendrán un régimen público de S. S. para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. Dichos preceptos se ubican en el T. I «De los derechos y deberes fundamentales», Cap. III «De los principios rectores de la política social y económica» de la CE, dato fundamental a la hora de desarrollar la interpretación de los mismos^{(5) (6)}.

Las previsiones constitucionales anteriores fueron objeto de desarrollo a través de la LGS, que estableció los principios y criterios sustantivos que han permitido configurar el SNS: el carácter público y la universalidad y gratuidad del sistema; la definición de los derechos y deberes de ciudadanos y poderes públicos en este ámbito; la descentralización política de la sanidad; la integración de las diferentes estructuras y servicios públicos al servicio de la salud en el SNS y su organización en áreas de salud, y el desarrollo de un nuevo modelo de APS que ponía el énfasis en la integración en este nivel de las actividades asistenciales y de prevención, promoción y rehabilitación básica⁽⁷⁾.

Es en este marco que se establece el catálogo de prestaciones del SNS (art. 7 LCCSNS), cuyo objeto es garantizar las condiciones básicas y comunes para una atención integral, continuada y en el nivel adecuado de atención. Se consideran prestaciones de atención sanitaria del SNS los servicios o conjunto de servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores y de promoción y

de la vejez, sino de enfermedades en la vejez. *Vid.* CORUJO RODRÍGUEZ, E. y DE GUZMÁN PÉREZ HERNÁNDEZ, D., «Capítulo 3. Cambios más relevantes y peculiaridades de las enfermedades en el anciano», *Tratado de geriatría para residentes*, SEGG, Madrid, 2006, pág. 55.

(5) Como pone de manifiesto FAYO GARDÓ, los derechos relativos a la salud son básicos para garantizar el bienestar de los ciudadanos. *Vid.* FAYO GARDÓ, A., *Curso de introducción al Derecho Sanitario*, 7.ª Ed., 2019, Dykinson, Madrid, pág. 69.

(6) Por otro lado, el art. 42.1.a) de la LGSS establece que la acción protectora del sistema de la S. S. comprenderá la asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidente, sean o no de trabajo.

(7) EM LCCSNS.

mantenimiento de la salud dirigidos a los ciudadanos. El catálogo comprende las prestaciones correspondientes a salud pública, APS, atención especializada, atención sociosanitaria, atención de urgencias, la prestación farmacéutica, la ortoprotésica, de productos dietéticos y de transporte sanitario. Las prestaciones incluidas en el catálogo se hacen efectivas a través de un conjunto de técnicas, tecnologías y procedimientos que integran la cartera de servicios. La cartera de servicios comunes del SNS se aprobó en virtud del RD 1030/2006.

A nivel general, las prestaciones establecidas en el contexto del catálogo definido en el art. 7 LCCSNS no quedan definidas por referencia a grupos poblacionales concretos, sino que se configuran de manera general para el conjunto de la ciudadanía. No obstante, con respecto a ciertas prestaciones (en particular, en el nivel de APS) sí se establecen previsiones específicas para grupos o colectivos concretos. De esta forma, en el marco de la prestación de APS consagrada en el art. 12 LCCSNS se incluyen, entre otras actividades asistenciales, las atenciones y servicios específicos relativos a la tercera edad, los grupos de riesgo y los enfermos crónicos.

En desarrollo de dicha legislación, el Anexo II RD 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, configura la cartera de servicios comunes de APS. Su epígrafe 6.º prevé una serie de catálogos de actuaciones y servicios específicos para la atención al adulto, grupos de riesgo y enfermos crónicos (6.4.) y de atención a las personas mayores (6.5.), actividades de gran relevancia para el colectivo de la tercera edad bien por encontrarse específicamente diseñadas para dicho grupo poblacional, bien porque la prevalencia de las patologías crónicas entre los mayores aumenta de manera exponencial.

En primer lugar, la atención al adulto, grupos de riesgo y enfermos crónicos en el marco de la cartera de servicios comunes de APS del SNS (Anexo II —epígrafe 6.4.—, RD 1030/2006) comprende la valoración del estado de salud y de factores de riesgo, los consejos sobre estilos de vida saludables, la detección de los problemas de salud y valoración de su estadio clínico, la captación del paciente para el seguimiento clínico adecuado a su situación, la atención y seguimiento de personas polimedicadas y con pluripatología y la información y consejo sanitario sobre su enfermedad y los cuidados precisos al paciente y cuidador/a, en su caso. En este punto, se incluye, entre otras, la atención sanitaria protocolizada de pacientes con problemas de salud crónicos y prevalentes:

- *Diabetes mellitus*, incluyendo el suministro al paciente diabético del material necesario para el control de su enfermedad.
- Enfermedad pulmonar obstructiva crónica y asma bronquial.

- Hipercolesterolemia.
- Hipertensión arterial.
- Insuficiencia cardiaca crónica.
- Cardiopatía isquémica.
- Obesidad.
- Problemas osteoarticulares crónicos o dolor crónico musculoesquelético.

Por otro lado, la cartera de servicios comunes de APS del SNS prevé una serie de actuaciones específicamente orientadas a la atención a las personas mayores (Anexo II —epígrafe 6.5.—, RD 1030/2006), agrupadas en cuatro niveles:

- Actividades de promoción y prevención en relación a:
 - Alimentación saludable y ejercicio físico;
 - Identificación de conductas de riesgo;
 - Prevención de caídas y otros accidentes;
 - Detección precoz del deterioro cognitivo y funcional;
 - Detección precoz del deterioro físico, con especial énfasis en el cribado de hipoacusia, déficit visual e incontinencia urinaria;
 - Consejo y seguimiento del paciente polimedcado y con pluripatología.
- Detección y seguimiento del anciano de riesgo, según sus características de edad, salud y situación sociofamiliar.
 - Atención al anciano de riesgo: valoración clínica, sociofamiliar y del grado de dependencia para las actividades de la vida diaria. Esta valoración conlleva la elaboración de un plan integrado de cuidados sanitarios y la coordinación con atención especializada y los servicios sociales, con la finalidad de prevenir y atender la discapacidad y la comorbilidad asociada.
 - Atención domiciliaria a personas mayores inmovilizadas, incluyendo información, consejo sanitario, asesoramiento y apoyo a las personas vinculadas al paciente, especialmente al cuidador/a principal.

En definitiva, particularmente en el nivel de APS, se establecen normativamente previsiones relativas a las actuaciones a implementar en el marco del SNS, específicamente en relación con las personas de mayor edad y con el enfermo crónico (situación cuya prevalencia entre la tercera edad resulta relativamente alta).

2.2. Excurso: la asistencia sanitaria a personas mayores en el contexto de la pandemia COVID-19

Desde diciembre del año 2019 asistimos a la aparición de una emergencia a nivel global vinculada a la pandemia COVID-19. En este sentido, y por trazar el devenir histórico de los acontecimientos, procede poner de manifiesto que dicha pandemia se desarrolla a partir de un agrupamiento de casos de neumonía de etiología desconocida en Wuhan (provincia de Hubei, China) con inicio de síntomas el día 8 de diciembre, con una exposición común a un mercado mayorista de marisco, pescado y animales vivos en dicha ciudad. El 7 de enero de 2020 las autoridades chinas identificaron como agente causante del brote un nuevo tipo de virus de la familia *Coronaviridae*, que ha sido denominado COVID-19, siendo la secuencia genética compartida por las autoridades chinas a partir del 12 de enero⁽⁸⁾.

Partiendo de dicho brote inicial, la pandemia COVID-19 se ha extendido por el conjunto de los países a nivel mundial, dando lugar a una emergencia global en la esfera de la salud pública que ha incidido directamente en todos los sistemas de salud. Las peculiares características de la COVID-19 han puesto en situación de máximo estrés a las estructuras sanitarias del conjunto de los Estados, evidenciándose en el caso español durante la primera ola de la pandemia la escasez de camas UCI para hacer frente a las necesidades de la totalidad de los pacientes afectados, escasez particularmente acuciante en relación con la necesidad de respiradores (ventilación mecánica). En la medida en que la incidencia de la referida pandemia ha resultado desigual en los distintos grupos de edad, aumentando exponencialmente la mortalidad, en especial, en el colectivo de pacientes mayores, procede analizar el impacto que la COVID-19 ha ostentado en la asistencia sanitaria suministrada a los ancianos.

La primera cuestión de calado que se plantea es la de las implicaciones que ostentan los procesos de triaje imprescindibles en este contexto. Es decir, en el marco de una pandemia como la COVID-19 y, constatada la insuficiencia de medios materiales y humanos para atender a la totalidad de los pacientes en situación crítica (en este caso, fundamentalmente por ausencia de los mencionados respiradores en número suficiente para hacer frente a las necesidades concurrentes), se impone una priorización a definir a partir del mencionado proceso de triaje. En todo caso, resulta fundamental poner de manifiesto que la exclusión de determinadas personas del acceso a tratamientos vitales que precisan únicamente cabrá cuando se hayan agotado todas las posibilidades exis-

(8) Vid. MINISTERIO DE SANIDAD, *Enfermedad por nuevo coronavirus, COVID-19*, marzo de 2020. Disponible en: https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/Informacion_inicial_alerta.pdf [Última consulta: 20 de marzo de 2021].

tentes para disponer de los recursos asistenciales necesarios y para optimizar el uso de los disponibles⁽⁹⁾.

Una de las cuestiones que ha generado mayor controversia a nivel social es la previsión, recogida en determinados medios de comunicación y planteada en ciertos foros científicos, relativa a discriminar a los mayores de 80 años en el acceso a los medios asistenciales escasos (destacadamente respiradores y, consecuentemente, camas UCI) en el caso de insuficiencia de los mismos para atender a la totalidad de pacientes que requiriesen de su uso. Contra dicha posibilidad se han pronunciado de manera rotunda diferentes documentos tanto en la esfera de la bioética⁽¹⁰⁾ como institucionales, posición que suscribo plenamente. Particular valor ostenta el *Informe del Ministerio de Sanidad sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia: el SARS-CoV-2* por su indudable carácter informador de los protocolos que, a distintos niveles asistenciales, se puedan desarrollar en dicho sentido⁽¹¹⁾.

-
- (9) Así lo establece el *Informe del Ministerio de Sanidad sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia: el SARS-CoV-2*. Vid. ROMEO CASABONA, C. M. / URRUELA MORA, A. (Reds.) et. al., *Informe del Ministerio de Sanidad sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia: el SARS-CoV-2*, Ministerio de Sanidad, Madrid, 2020, pág. 4 y pág. 8. Disponible en: https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/AspectosEticos_en_situaciones_de_pandemia.pdf [Última consulta: 20 de marzo de 2021].
- (10) Vid. COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos bioéticos de la priorización de recursos sanitarios en el contexto de la crisis del coronavirus*, Madrid, marzo de 2020, pág. 7 y ss. Disponible en: <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20CBE-%20Priorizacion%20de%20recursos%20sanitarios-coronavirus%20CBE.pdf> [Última consulta: 20 de marzo de 2021]. Dicho informe se muestra particularmente crítico con el empleo de una mentalidad utilitarista en este ámbito, «o, peor aún, de prejuicios contrarios hacia las personas mayores o con discapacidad.».
- (11) En este punto, dicho informe dispone que «resulta procedente poner de manifiesto la absoluta proscripción de empleo de criterios fundados en la discriminación por cualquier motivo con la finalidad de priorizar pacientes en dichos contextos. En este sentido, excluir a pacientes del acceso a determinados recursos asistenciales o a determinados tratamientos (p. ej., aplicar dicha limitación a toda persona de edad superior a 80 años) resulta contrario, por discriminatorio, a los fundamentos mismos de nuestro estado de derecho (art. 14 CE). En este sentido, los pacientes de mayor edad en caso de escasez extrema de recursos asistenciales deberán ser tratados en las mismas condiciones que el resto de la población, es decir, atendiendo a criterios clínicos de cada caso en particular. Ello implica que, eventualmente y en la medida en que la escasez de medios básicos impida la cobertura de las necesidades de toda la población, se les aplicarán los criterios de admisión de pacientes con síntomas graves en unidades de cuidados intensivos y aplicación de ventilación mecánica asistida recogidos *supra* exactamente en las mismas condiciones que a cualquier otro ciudadano. Lo que no resulta en modo alguno aceptable es descartar *ante* el acceso a dichos medios a toda persona que supere una edad.» Vid. ROMEO CASA-

En definitiva, cabe la posibilidad de que, en un contexto de pandemia como el que supone la *COVID-19*, y de no resultar suficientes los recursos disponibles para atender a la totalidad de la demanda generada por la población, llegue a producirse, como consecuencia de operaciones de triaje, la denegación de acceso a determinados recursos asistenciales vitales a determinadas personas mayores (al igual que a miembros de cualquier otro grupo poblacional). En todo caso, ello deberá encontrarse fundado en criterios clínicos exclusivamente (tal como se aplica al resto de sectores poblacionales) y previa optimización de los recursos asistenciales referidos con la finalidad de garantizar que ningún paciente es excluido del acceso a los mismos mientras existan recursos de dicha naturaleza disponibles en otros centros de salud a nivel local, autonómico o nacional.

III. EL ENFERMO CRÓNICO. ESTRATEGIAS DE ABORDAJE DE LA CRONICIDAD

3.1. Consideraciones generales sobre el enfermo crónico. Particular referencia a las personas mayores

En España, el 34% de la población presenta al menos un problema crónico, porcentaje que se eleva al 77,6% entre las personas mayores de 65 años. En coherencia con el dato anterior, el grupo de edad con mayor tasa de polimedicados y grandes polimedicados es el de 65 o más años (10,85 y 0,63%, respectivamente)⁽¹²⁾. De acuerdo con los datos del Ministerio de Sanidad, se calcula que las enfermedades crónicas son la causa del 80% de las consultas de APS⁽¹³⁾. Por lo tanto, si bien la cronicidad no constituye una característica exclusiva de las personas de mayor edad, sí cabe afirmar que su prevalencia se incrementa exponencialmente con la edad.

Resulta fundamental a la hora de plantear acciones de mejora en relación con los distintos colectivos de pacientes tomar en consideración la percepción que de la asistencia que reciben tienen los propios enfermos afectados. En relación con el grupo de pacientes crónicos, un instrumento de primer nivel con la

BONA, C. M. / URRUELA MORA, A. (Reds.) et. al., *Informe del Ministerio de Sanidad sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia: el SARS-CoV-2*, op. cit., pág. 9.

(12) MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, «Estrategia para el Abordaje de la Cronicidad en el Sistema Nacional de Salud. Informe de evaluación y líneas prioritarias de actuación», *Informe de evaluación Estrategia Cronicidad*, julio de 2019, pág. 12 y pág. 39. Disponible en: https://www.msbs.gob.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/Evaluacion_E_Cronicidad_Final.pdf [Última consulta: 20 de marzo de 2021].

(13) MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, «Estrategia para el Abordaje de la Cronicidad en el Sistema Nacional de Salud. Informe de evaluación y líneas prioritarias de actuación», op. cit., pág. 21.

finalidad de evaluar dicho dato viene integrado por el *Barómetro EsCrónicos*⁽¹⁴⁾, instrumento demoscópico auspiciado por las organizaciones que integran la Plataforma de Organizaciones de Pacientes (26 organizaciones que agrupan a más de 1500 asociaciones que reúnen unos 500.000 asociados y representan a unos diez millones de personas que padecen una enfermedad crónica o síntomas cronificados). Dichas enfermedades afectan en España a más de 19 millones de personas. Las principales conclusiones de dicho estudio para el año 2017 (IV Barómetro) son las siguientes:

— La principal barrera para acceder a los tratamientos viene constituida por las diferentes políticas que desarrollan las CCAA.

— Los pacientes crónicos califican con un 6,4 la calidad de la atención sanitaria recibida en los últimos doce meses, pero 8 de cada 10 afirman que el SNS necesita cambios. En todo caso, los pacientes crónicos son más críticos que la población general con la calidad del sistema de salud.

Entre las recomendaciones al Ministerio y a las Consejerías de las CCAA formuladas por las asociaciones de pacientes integradas en la plataforma EsCRÓNICOS se encontrarían la eliminación de las diferencias asistenciales entre CCAA, el favorecimiento de la continuidad asistencial, la mejora de la atención en urgencias y el potenciamiento del trabajo de y con las organizaciones de pacientes.

En definitiva, el diseño de estrategias asistenciales adecuadas que hagan frente a los problemas específicos que plantean las enfermedades crónicas constituye una exigencia de primer nivel impuesta por la ética clínica, pero, además, se erige en un planteamiento absolutamente necesario si se quiere garantizar la sostenibilidad del sistema a medio y largo plazo⁽¹⁵⁾.

El abordaje de la cronicidad desde la perspectiva asistencial constituye una cuestión de enorme complejidad que requiere de un enfoque multidisciplinar a partir del análisis de los problemas identificados en este ámbito. Siguiendo a

(14) Vid. ESCRÓNICOS, «Encuesta sobre la calidad de la asistencia sanitaria a los pacientes crónicos en España», *IV Barómetro EsCrónicos*, 2017. Disponible en: <http://www.esronicos.com/images/barometro/barometro-2017.pdf> [Última consulta: 20 de marzo de 2021].

(15) En este sentido, FERNÁNDEZ GARCÍA, M. R., «El médico de familia y la coordinación socio-sanitaria. ¿Entelequia o realidad?», *Actas de Coordinación Sociosanitaria*, núm. 17, julio 2016, pág. 32. Dicha autora evidencia que las personas con múltiples enfermedades crónicas representan más del 50% de la población con enfermedades crónicas, llegando los costes de los pacientes con más de una enfermedad crónica a multiplicarse por 6 respecto a los que no tienen ninguna o solo tienen una. Para ilustrar lo anterior se aporta el dato de que, en la actualidad, dos tercios del gasto sanitario de algunas organizaciones se encuentra motivado por los pacientes con cinco o más enfermedades crónicas multiplicando estos pacientes por 17 el gasto sanitario y por 25 el gasto hospitalario.

BAILÓN MUÑOZ y OROZCO BELTRÁN *et. al.*⁽¹⁶⁾, cabría concretar las siguientes cuestiones problemáticas en la esfera de la cronicidad:

- Dificultad de acceso a la información clínica.
- Falta de trabajo en equipo.
- Falta de comunicación entre APS y atención hospitalaria.
- Falta de coordinación intraequipo.
- Falta de coordinación sociosanitaria.
- Modelo actual más dirigido a lo agudo que a lo crónico.
- Accesibilidad frente a continuidad.
- Falta de evaluación de las estrategias previas.
- Creación de estructuras de sustitución de las funciones de APS (enfermeras gestoras, *call centers*).
- Pacientes mayores no incluidos en estudios de investigación.

Queda de manifiesto la importancia fundamental que la creación de un verdadero espacio sociosanitario, a partir de la potenciación de una adecuada coordinación entre equipos asistenciales, ostenta en la gestión de la problemática vinculada con la cronicidad. A nivel de implementación de estrategias, cabe destacar que el abordaje del paciente crónico y la mejora de la calidad clínica frente a dicho colectivo ha impulsado iniciativas como la del *Chronic Care Model* (Modelo de Atención a crónicos), que constituye un marco organizativo bien diseñado para la gestión de la atención a los pacientes crónicos y la mejora de la práctica clínica incidiendo fundamentalmente en torno a seis áreas⁽¹⁷⁾.

(16) Vid. BAILÓN MUÑOZ, E. / OROZCO BELTRÁN, D. (Coords.) *et. al.*, *Problemas de salud crónicos: nuevas orientaciones, nuevas estrategias*, Documentos semFYC, núm. 32, semFYC Eds., Barcelona, 2013, pág. 8.

(17) Vid. GARVÁS, J. y PÉREZ FERNÁNDEZ, M., «Modelo de atención a crónicos (*Chronic Care Model*) y otras iniciativas de mejora de la calidad en la atención a los pacientes crónicos», *AMF*, núm. 6, vol. 5, junio 2009, págs. 356-364. De acuerdo con dichos autores, las seis áreas en las que se estructura el *Chronic Care Model* son:

- autoayuda para el paciente crónico,
- soporte a la decisión profesional,
- mejoras en la atención clínica,
- sistemas de información electrónica,
- cambios en la organización,
- participación comunitaria (para movilizar recursos no sanitarios).

Acerca del *Chronic Care Model* y su implementación en la práctica clínica, *vid.* COLEMAN, K. / AUSTIN, B. T. / BRACH, C. / WAGNER, E. H., «Evidence on the Chronic Care Model in the new millennium», *Health Affairs (Millwood)*, vol. 28, núm. 1, January-February 2009,

3.2. La coordinación sociosanitaria como clave para asegurar la continuidad asistencial

Uno de los grandes problemas que se plantea a la hora de lograr un adecuado tratamiento del paciente crónico es la falta de coordinación entre los servicios sanitarios y los servicios sociales⁽¹⁸⁾. Las tradicionales disparidades entre el sistema sanitario —caracterizado por un importante desarrollo de sus prestaciones y por la extensión universal de las mismas— y la estructura de servicios sociales⁽¹⁹⁾ —cuyo grado de cobertura es mucho menor y cuyas prestaciones resultan heterogéneas en las distintas CCAA— han dificultado durante mucho tiempo el proceso de coordinación⁽²⁰⁾. Ello tiene consecuencias muy negativas para el propio paciente, pues la referida descoordinación genera carencias en el seguimiento de dichos enfermos que acaba redundando, entre otras, en hospitalizaciones innecesarias y en un significativo deterioro de su calidad de vida.

Si bien en numerosas ocasiones la importancia de la intervención social en relación con determinados colectivos (así, los pacientes crónicos) no se enfatiza de manera suficiente, resulta necesario subrayar la relevancia de la misma. En

págs. 75-85; FIANDT, K., «The Chronic Care Model: Description and application for practice», *Topics in Advanced Practice Nursing*, vol. 4, núm. 4, December 2006.

- (18) En este sentido, EGUREN ADRIAN, N. / SAAVEDRA RIELO, M. C. / MENÉNDEZ SÁNCHEZ, L. / MOLEJÓN IGLESIAS, A., «La coordinación sociosanitaria en el Principado de Asturias: caminando hacia el cuidado integrado», *International Journal of Integrated Care*, vol. 19, núm. 4, August 2019, pág. 143. Los referidos autores ponen de manifiesto que los sistemas sanitarios y servicios sociales se han desarrollado históricamente en paralelo, pero que el envejecimiento progresivo de la población y la sostenibilidad obligan a la coordinación de la atención prestada en ambos ámbitos en un esfuerzo por prestar cuidados integrados a las personas.
- (19) La organización funcional de los servicios sociales se diseña en dos niveles de atención; por un lado, servicios sociales de APS y, por otro lado, los servicios sociales especializados, sectoriales o específicos —dentro de los cuales se encuadran los servicios sociales destinados a personas mayores— para situaciones o necesidades que precisan una atención especializada y/o dirigidos a colectivos concretos en situación de vulnerabilidad social. En ambos casos, su regulación, planificación y gestión es competencia de las CCAA con la colaboración en cada ámbito de las Corporaciones Locales. *Vid.* MINISTERIO DE SANIDAD, POLÍTICA SOCIAL E IGUALDAD-INSTITUTO DE MAYORES Y SERVICIOS SOCIALES (IMSERSO), *Libro blanco del envejecimiento activo*, Madrid, 2011, pág. 408 y pág. 415. Disponible en: https://www.imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/8088_8089libroblancoenv.pdf [Última consulta: 20 de marzo de 2021].
- (20) *Vid.* CÁRCAR BENITO, J. E., «El problema de los nuevos derechos de las personas mayores en el Espacio Sociosanitario», *op. cit.*, pág. 388. En cuanto a la heterogeneidad de los servicios sociales a nivel de las distintas CCAA, cabe tomar como referencia el «Índice DEC 2018 (Índice de desarrollo de los Servicios Sociales 2018)». Disponible en: <https://www.directoressociales.com/documentos/indices-dec.html> [Última consulta: 20 de marzo de 2021].

este sentido, procede destacar que los profesionales de Trabajo Social sanitario son responsables de las funciones de diagnóstico y tratamiento de la problemática social y de facilitar el acceso a otros recursos sociosanitarios⁽²¹⁾.

Con base en las consideraciones anteriores, se ha procedido a la estructuración de un nuevo concepto, el de espacio sociosanitario, al hilo de las modernas formas de intervención sobre las patologías crónicas, incluyendo los hospitales de día, la hospitalización a domicilio, etc. Siguiendo a CÁRCAR BENITO⁽²²⁾, se configura de este modo un ámbito de atención novedoso, situado en la intersección entre los servicios sociales, la atención sanitaria comunitaria y la atención hospitalaria, que pasa a definirse como atención sociosanitaria.

A la hora de contextualizar la coordinación sociosanitaria desde el punto de vista normativo, procede citar lo dispuesto en el art. 14 LCCSNS, precepto en virtud del cual la atención sociosanitaria comprende el conjunto de cuidados destinados a aquellos enfermos, generalmente crónicos, que, por sus especiales características, pueden beneficiarse de la actuación simultánea y sinérgica de los servicios sanitarios y sociales para aumentar su autonomía, paliar sus limitaciones o sufrimientos y facilitar su reinserción social.

La propia definición incluida en el referido art. 14 LCCSNS vincula la atención sociosanitaria con el paciente crónico como receptor paradigmático (que no exclusivo) de dichas prestaciones. Asimismo, se subraya que, en el ámbito sanitario, la atención sociosanitaria se llevará a cabo en los niveles de atención que cada CCAA determine, y en cualquier caso comprenderá:

- Los cuidados sanitarios de larga duración.
- La atención sanitaria a la convalecencia.
- La rehabilitación en pacientes con déficit funcional recuperable. La continuidad del servicio queda garantizada por los servicios sanitarios y sociales a través de la adecuada coordinación entre las AAPP correspondientes.

La consecución de una atención sociosanitaria de calidad resulta fundamental, particularmente en relación con el colectivo de personas de mayor edad, pues en dicho grupo poblacional la incidencia de patologías (en numerosas ocasiones crónicas) es estadísticamente muy alta. No obstante, resulta criticable que la previsión del art. 14 LCCSNS, a la hora de configurar la prestación sociosanitaria, no haya sido objeto de desarrollo reglamentario, particularmen-

(21) Vid. MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, «Estrategia para el Abordaje de la Cronicidad en el Sistema Nacional de Salud. Informe de evaluación y líneas prioritarias de actuación», *op. cit.*, pág. 14 y ss.

(22) Vid. CÁRCAR BENITO, J. E., *op. cit.*, pág. 387.

te en virtud del RD 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, norma que hubiera resultado el marco natural para proceder al referido desarrollo. En lugar de ello, la DD única del referido RD 1030/2006 se limita a establecer que, mientras se desarrolla el contenido de la cartera de servicios de atención sociosanitaria, se mantiene en vigor la DA cuarta del RD 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud. En definitiva, más de 17 años después de la aprobación de la LCCSNS no ha existido desarrollo reglamentario de la atención sociosanitaria.

Como pone de manifiesto CÁRCAR BENITO⁽²³⁾, la aprobación y desarrollo de la LAPAD ha implicado un cambio fundamental, estableciendo un nuevo derecho universal de ciudadanía que, al garantizar la protección antes las situaciones de dependencia, conllevará la reducción de la asimetría históricamente concurrente entre los servicios sociales y el sistema sanitario, pues la situación de dependencia se afronta mediante la atención sociosanitaria. Ello explicaría que, precisamente, la aprobación de la LAPAD haya constituido el argumento para no proceder al desarrollo reglamentario de la prestación de atención sociosanitaria en el marco de la cartera de servicios comunes del SNS^{(24) (25)}.

A) *Documentos de referencia en la integración sociosanitaria*

La creación de un verdadero espacio sociosanitario ha constituido un objetivo central por parte de las distintas AAPP implicadas, lo cual ha tenido reflejo en diversos documentos de consenso producidos tanto en el ámbito de trabajo de

(23) Vid. CÁRCAR BENITO, J. E., «El problema de los nuevos derechos de las personas mayores en el Espacio Sociosanitario», *op. cit.*, pág. 388 y ss.

(24) No obstante, la propia existencia y el modelo impuesto en virtud de la LAPAD en materia de atención a la dependencia en nada obsta para un desarrollo reglamentario específico de la atención sociosanitaria en el marco de la cartera de servicios comunes del SNS, opción que considero la más adecuada de cara a lograr una verdadera integración de la esfera sanitaria y del nivel de prestaciones sociales. En sentido análogo, Vid. CÁRCAR BENITO, J. E., *op. cit.*, pág. 389.

(25) Sin embargo, como pone de manifiesto COBO GÁLVEZ existen algunas diferencias entre las prestaciones del sistema de salud —prescritas por los profesionales sanitarios sin otros requisitos que la necesidad libremente apreciada por el responsable de su prescripción y que son gratuitas, sin participación económica de los beneficiarios en los costes— y las del sistema de autonomía y atención a la dependencia, que exigen la valoración de la persona como dependiente y cofinanciación del beneficiario de acuerdo con su capacidad económica y el tipo de servicio que se le reconoce. Vid. COBO GÁLVEZ, P., «La ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia y su impacto sobre la asistencia sanitaria pública», *Derecho y Salud*, Núm. Extraordinario 1 XV Congreso, vol. 15, 2007, pág. 73.

diferentes sociedades científicas como en estrategias e informes institucionales elaborados a iniciativa del Ministerio de Sanidad. En ocasiones, el diseño de la atención sociosanitaria se realiza al hilo de iniciativas orientadas al abordaje de la cronicidad en el SNS, mientras que otros trabajos se orientan directamente a la configuración de dicho espacio como estrategia idónea para la mejora de la calidad de la atención a diferentes capas poblacionales. Procederemos, en consecuencia, a recoger los criterios fundamentales mantenidos en dichos documentos con la finalidad de trazar el panorama de la coordinación sociosanitaria en nuestro país.

a) Declaración de Sevilla. Conferencia nacional para la atención al paciente con enfermedades crónicas (2011)

La Declaración de Sevilla se aprobó en el marco de la Conferencia Nacional de Atención al Paciente con Enfermedades crónicas celebrada en Sevilla en enero de 2011 y recogió el consenso final alcanzado por las 17 Consejerías de Sanidad o Salud y las Sociedades Científicas Generalistas Españolas tanto de Medicina de Familia como de Medicina Interna, Enfermería, Trabajadores Sociales, Salud Pública, etc., definiendo el marco estratégico general para la atención de los pacientes con enfermedades crónicas. El objetivo de la declaración es promover el desarrollo de iniciativas que se puedan ver reflejadas en un Plan Integral autonómico de atención a los pacientes con afecciones crónicas en cada CCAA dentro de una estrategia nacional integrada, debiendo recoger dichos planes una serie de propuestas de intervención agrupadas en 3 áreas:

- Paciente y comunidad;
- Organización de la atención sanitaria y la información clínica y
- Toma de decisiones⁽²⁶⁾.

Entre las propuestas formuladas en la Declaración de Sevilla aquellas que ostentan particular impacto en relación con el avance en la coordinación sociosanitaria serían las siguientes⁽²⁷⁾:

- Área de paciente y comunidad:
 - Impulsar la participación de la comunidad en la mejora de la salud y en los cuidados en la enfermedad: instituciones públicas y privadas,

(26) Así se pone de manifiesto en OLLERO BATURONE, M. / OROZCO BELTRÁN, D. *et. al.*, «Declaración de Sevilla» conferencia nacional para la atención al paciente con enfermedades crónicas», *Revista Clínica española*, núm. 11, vol. 211, diciembre de 2011, págs. 604-606.

(27) Las propuestas de intervención recogidas *infra* son aquellas que ostentan mayor incidencia desde la perspectiva de la coordinación sociosanitaria de entre las incluidas en el trabajo de OLLERO BATURONE, M. / OROZCO BELTRÁN, D. *et. al.*, «Declaración de Sevilla» conferencia nacional para la atención al paciente con enfermedades crónicas», *op. cit.*

sistema sanitario, red sociosanitaria, sociedades científicas, asociaciones de pacientes crónicos, voluntariado, bancos del tiempo, farmacias comunitarias cooperando en red y estableciendo convenios de colaboración y de complementariedad de servicios.

- Prestar ayuda para facilitar el autocuidado y adoptar medidas de apoyo a la familia y a los cuidadores.

— Área de organización de la atención:

- La APS ha de ejercer un papel de eje coordinador de los servicios sanitarios y sociales relacionados a través del cual la población tenga un acceso ordenado a los cuidados sanitarios y sociales.

- Reforzar el papel del médico y de la enfermera de familia como agentes principales del paciente y puerta de entrada al sistema, mejorando su capacidad clínica y sus herramientas para la gestión integrada del paciente.

- La reorganización del proceso asistencial debe centrarse en las necesidades del paciente, potenciando la coordinación intersectorial y la integralidad para facilitar la creación de un marco de atención compartida entre los diferentes ámbitos asistenciales.

- Es necesario reforzar el papel de los profesionales con capacidad integradora tanto en APS como en el hospital. La alianza de los médicos y enfermeras de familia con los médicos internistas y enfermeras hospitalarias se está expresando como una alternativa innovadora, que potencia la continuidad asistencial y la personalización de la asistencia sanitaria.

- Es necesario adecuar los perfiles competenciales de los profesionales a las necesidades del paciente crónico, reforzando el protagonismo de farmacéuticos, trabajadores sociales y otros profesionales.

— Área de información clínica y de toma de decisiones:

- La HC Electrónica virtualmente única ha de permitir no solo el registro de la información clínica, sino que ha de facilitar la comunicación entre los profesionales en un entorno seguro.

- La HC Electrónica ha de ser diseñada de forma consensuada con los profesionales sanitarios y las sociedades científicas para que responda tanto a las necesidades de información de los gestores como de los clínicos. Debe registrar también las actividades preventivas y los determinantes sociales y ambientales de la enfermedad crónica.

No obstante, y a la vista de que transcurridos 8 años desde la Declaración de Sevilla siguen existiendo cuestiones no adecuadamente abordadas en la atención a los pacientes crónicos, la Sociedad Española de Medicina Interna (SEMI) y la

Sociedad Española de Medicina Familiar y Comunitaria (semFYC) procedieron a adoptar una Declaración de posición común en el marco de la reunión de Mérida, de 8 de marzo de 2019. Entre las conclusiones allí establecidas, se destacan por su relevancia en la esfera de la coordinación sociosanitaria las siguientes⁽²⁸⁾:

— Necesidad de un abordaje centrado en la persona, desde una perspectiva holística, basada en la atención integral y coordinada evitando la fragmentación de la asistencia por múltiples especialistas.

— Necesidad de trabajo interdisciplinar y de continuidad asistencial, siendo los profesionales de APS los principales responsables de la atención de los enfermos crónicos, mientras que los especialistas de Medicina Interna deben coordinar la atención a dichos enfermos a nivel hospitalario.

— Transición hacia un modelo centrado en el paciente, en el que cada persona disponga de un plan individualizado de gestión de sus enfermedades, en el que se tengan en cuenta sus preferencias personales, grado de conocimiento de la enfermedad, sus necesidades sanitarias y sociales, estrategias diagnósticas y objetivos terapéuticos, límites de la asistencia y quienes son los profesionales sanitarios de referencia.

— Papel clave de la asistencia domiciliaria para la atención a los pacientes crónicos en situación de fragilidad, dependencia y situaciones de final de vida.

— Impulso a las unidades de diagnóstico rápido, consultas de alta resolución, interconsultas virtuales, hospitales de día, unidades de continuidad asistencial y hospitalización a domicilio, como unidades de soporte a la APS. Estos dispositivos deben complementarse con una red de servicios sociales, centros sociosanitarios y residencias, que garanticen una asistencia ajustada a las necesidades de los pacientes y sus cuidadores.

b) Estrategia para el abordaje de la cronicidad en el Sistema Nacional de Salud (2012) e Informe de evaluación de la estrategia para el abordaje de la cronicidad (2019)

A la hora de determinar el grado de integración de la atención sociosanitaria en las políticas públicas, resulta fundamental tomar en consideración el documento *Estrategia para el abordaje de la cronicidad en el Sistema Nacional de Salud*⁽²⁹⁾ (2012) y el *Informe de evaluación de la estrategia para el abordaje de*

(28) Conclusiones extraídas del trabajo EDITORIAL SEMFYC, «Mejoras en la atención a personas con enfermedades crónicas en España. Declaración de posición común de la Sociedad Española de Medicina Interna y la Sociedad Española de Medicina Familiar y Comunitaria», *Revista Clínica Española*, núm. 1, vol. 220, enero de 2020, pág. 29 y ss.

(29) MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD, *Estrategia para el Abordaje de la Cronicidad en el Sistema Nacional de Salud*, 2012. Disponible en: <https://www.msbs.gob.es/>

la cronicidad⁽³⁰⁾ (2019). A partir de los documentos institucionales anteriores se podrá concretar de manera fidedigna el grado de inserción de la atención socio-sanitaria en el abordaje de la cronicidad en nuestro país, así como las medidas a desarrollar en un futuro próximo.

La *Estrategia para el abordaje de la cronicidad en el Sistema Nacional de Salud* (2012) asume la necesidad de un cambio de enfoque en el sistema de salud que pase de estar centrado en la enfermedad a orientarse hacia la persona. Se destaca, asimismo, que la falta de coordinación entre los niveles de atención sanitaria (APS-Atención Especializada) y entre el sistema sanitario y el social constituye uno de los principales condicionantes de la ineficiencia en la provisión, desarrollo y gestión de los recursos disponibles, por lo que se aboga —en el marco del abordaje de la cronicidad— por fomentar el trabajo en equipos interdisciplinarios formados por los diferentes profesionales de los servicios sanitarios y sociales implicados en la atención a dichos pacientes, que garanticen la continuidad en los cuidados con la máxima participación del paciente y de su entorno⁽³¹⁾. Los principios rectores de la estrategia para el abordaje de la cronicidad (2012) son los siguientes⁽³²⁾:

— Las personas, tanto en su esfera individual como social, son el centro del SNS.

— El abordaje de la cronicidad ha de tener un enfoque de salud poblacional.

— Consideración de la perspectiva del ciclo de vida y de los determinantes sociales de la salud.

— Consideración de todas las condiciones de salud y limitaciones en la actividad de carácter crónico.

— La APS es el eje de la atención al paciente con condiciones de salud y limitaciones en la actividad de carácter crónico.

— Continuidad asistencial⁽³³⁾.

organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/ESTRATEGIA_ABORDAJE_CRONICIDAD.pdf [Última consulta: 20 de marzo de 2021].

(30) MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, «Estrategia para el Abordaje de la Cronicidad en el Sistema Nacional de Salud. Informe de evaluación y líneas prioritarias de actuación», *op. cit.*

(31) *Vid.* MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, *op. cit.*, pág. 12.

(32) *Ibid.*, pág. 37 y ss.

(33) Procede diferenciar la coordinación asistencial y la continuidad asistencial. La primera podría definirse como la concertación de todos los servicios relacionados con la atención a la salud, con independencia del lugar donde se reciban, de manera que se sincronicen y se alcance un objetivo común sin que se produzcan conflictos. Cuando la coordinación

— Los profesionales del SNS han de compartir con toda la ciudadanía la responsabilidad en los cuidados de salud y en la utilización adecuada de los servicios sanitarios y sociales.

Entre las líneas de actuación a reforzar o implementar en el *Informe de evaluación de la estrategia para el abordaje de la cronicidad* (2019), se plantean las siguientes⁽³⁴⁾:

— HC Electrónica compartida: se considera imprescindible reforzar medidas que garanticen que todos los profesionales de los equipos de APS, atención ambulatoria, ámbito hospitalario y de los dispositivos de urgencias que atienden a las personas con enfermedades crónicas puedan compartir la información del paciente de forma ágil y sencilla. En este ámbito se destaca la importancia de fomentar el acceso, desde cualquier nivel asistencial, a la información completa de la medicación activa, primordialmente desde un entorno único y compartido, siendo igualmente importante las conexiones con recursos sociosanitarios.

— Atención coordinada social y sanitaria: a este nivel se establece la importancia de intensificar los esfuerzos para mejorar la vinculación o comunicación mutua entre el sistema sanitario y el ámbito social, ligada a la HC del paciente, según el perfil y las necesidades de cada profesional. Por otro lado, también se destaca la relevancia del acceso a recursos asistenciales para la hospitalización de media y larga estancia.

— Fomentar el trabajo en equipo y la corresponsabilidad de los profesionales de los distintos ámbitos asistenciales como garantía de la continuidad asistencial. El informe de evaluación de la estrategia para el abordaje de la cronicidad (2019) insiste en la necesidad de profundizar en la cultura de trabajo en equipo multidisciplinar entre todos los profesionales de la salud que atienden a un paciente crónico, debiendo, no obstante, pivotar dicha atención en los equipos de APS, incluyendo a los trabajadores sociales sanitarios, los profesionales de psicología clínica encargados de las valoraciones neuropsicológicas de la persona y del apoyo psicológico al paciente y a su familia e incorporando al referente hospitalario (generalista, internista o geriatra). Resulta igualmente relevante la concreción de una persona que

alcanza su grado máximo, la atención se considera integrada. Por otro lado, la continuidad asistencial es el resultado de la coordinación desde la perspectiva del paciente. *Vid.* MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, «Estrategia para el Abordaje de la Cronicidad en el Sistema Nacional de Salud. Informe de evaluación y líneas prioritarias de actuación», *op. cit.*, pág. 47.

(34) Líneas de actuación extraídas de la «Estrategia para el Abordaje de la Cronicidad en el Sistema Nacional de Salud. Informe de evaluación y líneas prioritarias de actuación», *op. cit.*, pág. 43 y ss.

asuma la función de punto de contacto con el paciente y la familia y el punto de encuentro con el resto de los profesionales del equipo.

— Impulsar la visita domiciliaria en las personas en situación compleja, clínica o social como uno de los objetivos a conseguir por cada equipo de APS.

— Mejorar la capacidad resolutive y la gestión clínica de la demanda de APS. Ello engloba acciones como ajustar los ratios de personas asignadas a profesionales, favorecer el acceso a pruebas diagnósticas, fomentar el papel de los profesionales de enfermería de APS en la valoración integral de personas con enfermedades crónicas, favorecer el acceso al servicio de fisioterapia o incentivar la visita y otras comunicaciones no presenciales.

— Participación y empoderamiento del paciente en su proceso asistencial.

— Uso seguro y efectivo de medicamentos en pacientes con enfermedades crónicas polimedicaados.

— Continuar el proyecto de mejora del abordaje del dolor crónico en el SNS.

c) Documento base para una atención integral sociosanitaria (2015)

El *Documento base para una atención integral sociosanitaria* (2015) procede a identificar como ejes fundamentales de la atención sociosanitaria los siguientes⁽³⁵⁾:

— Concreción del perfil de la persona con necesidades de atención sociosanitaria fundada en la suma de dos factores: la cronicidad de la enfermedad o limitación funcional del paciente y su situación de dependencia.

— Necesidad de definir el marco del contenido de la cartera de servicios sociosanitarios y las modalidades de atención. En este punto, resulta fundamental subrayar que la atención debe prestarse siempre favoreciendo el mantenimiento de la persona en su entorno frente a la institucionalización.

— Autorización de centros y servicios sociosanitarios con criterios homogéneos.

— Importancia de los instrumentos de gestión del proceso de coordinación sociosanitaria.

— Los instrumentos de información son una herramienta fundamental (entre otros, la creación de un código de identificación sociosanitario único, de una historia sociosanitaria integrada y de un conjunto mínimo de datos sociosanitarios).

d) Documento Lo sociosanitario: de los casos reales al modelo (Fundación Economía y Salud)

(35) Datos extraídos de SANITARIA 2000, *op. cit.*, págs. 5 y ss.

El trabajo *Lo sociosanitario: de los casos reales al modelo* (FUNDACIÓN ECONOMÍA Y SALUD) pone de manifiesto que, con la finalidad de implantar un modelo de atención sociosanitaria integral, coordinado y eficiente para todos los españoles, deberán cumplirse los siguientes requisitos⁽³⁶⁾:

- Definir las características de la persona con necesidades sociosanitarias.
 - Las prestaciones y servicios comunes que integren la correspondiente cartera.
 - Los requisitos básicos y comunes que deberán cumplir los dispositivos de atención.
 - Definir los instrumentos de coordinación.
 - Definir las formas de gestionar los casos.
 - Los sistemas de información compartida para el registro y seguimiento.
- e) Reflexiones finales en torno a la configuración del espacio sociosanitario

Tal como pone de manifiesto CONTEL SEGURA⁽³⁷⁾, la configuración de un verdadero espacio de atención compartida, bajo el modelo del *shared care* anglosajón o el *transmural care* (Holanda), implica un nuevo modelo asistencial caracterizado por el diseño de servicios sanitarios con componente social, adaptados a las necesidades del paciente y de la familia sobre la base de una responsabilidad compartida entre las organizaciones existentes en el sistema sanitario y social.

En todo caso, resulta evidente que la configuración de un verdadero espacio sociosanitario, uno de cuyos objetivos fundamentales es la atención adecuada de la cronicidad, implicará no sólo la necesidad de políticas institucionales de coordinación de los espacios social y sanitario, sino, asimismo, una exigencia de formación continuada de los profesionales de ambos ámbitos⁽³⁸⁾.

(36) Vid. FUNDACIÓN ECONOMÍA Y SALUD, *Lo sociosanitario: de los casos reales al modelo*, 2018, pág. 23. Disponible en: http://www.fundacioneconomyasalud.org/wp-content/uploads/Lo-sociosanitario_De-los-casos-reales-al-modelo.pdf [Última consulta: 20 de marzo de 2021]. Asimismo, el referido documento destaca que la optimización de los recursos destinados a la atención de las personas conseguirá una asistencia más eficaz al ofrecer una respuesta «integral», más allá de aspectos meramente clínicos, en la que sanidad y servicios sociales estén coordinados en un Espacio Sociosanitario Común. Finalmente, se pone de manifiesto que una puerta de entrada única a los servicios sociales y de salud mejorará la calidad de la atención, reducirá de forma significativa las recaídas y los ingresos y ayudará a la continuidad de los cuidados maximizando la eficiencia.

(37) CONTEL SEGURA, J. C., «La coordinación sociosanitaria en un escenario de atención compartida», *Atención Primaria*, núm. 8, vol. 29, mayo de 2002, pág. 503.

(38) FUNDACIÓN ECONOMÍA Y SALUD, *op. cit.*, pág. 32.

A pesar de los avances producidos en la última década, fundamentalmente, tanto en la esfera sanitaria como en el ámbito de los servicios sociales al objeto de constituir un verdadero espacio sociosanitario, resulta procedente poner de manifiesto la existencia de barreras, particularmente en el plano del diseño legislativo y de la distribución competencial (en el marco de un modelo descentralizado como el español) que dificultan sobremanera la consecución del objetivo de atención integrada perseguido. Ello se debe, en parte, a la distribución competencial existente en España y derivada de la CE que, como subraya CÁRCAR BENITO⁽³⁹⁾, no favorece la coordinación sociosanitaria al dar lugar a la existencia de una diversidad de instituciones competentes en la esfera de los servicios sociales⁽⁴⁰⁾ (particularmente autonómicas, diputaciones y entidades locales) sin que las competencias en el área social se conecten con las de la esfera sanitaria (cuya estructura es mucho más homogénea). En el diseño, implementación y evaluación de la coordinación sociosanitaria existe, asimismo, una gran disparidad de situaciones en el panorama autonómico español y, si bien se detectan avances muy significativos en los últimos años de manera general, el panorama sigue estando presidido por la heterogeneidad de respuestas en las distintas CCAA⁽⁴¹⁾.

Como dato positivo, cabe evidenciar la existencia de numerosas realidades en el conjunto del territorio español, que ponen de manifiesto avances muy significativos en el proceso de coordinación entre los servicios sociales y la esfera sanitaria⁽⁴²⁾. De hecho, entre la doctrina científica se ha pasado de hacer

(39) Vid. CÁRCAR BENITO, J. E., «El problema de los nuevos derechos de las personas mayores en el Espacio Sociosanitario», *op. cit.*, pág. 392.

(40) De acuerdo con el art. 148.1.20.^a CE, las CCAA podrán asumir competencias en asistencia social, circunstancia que se ha producido a través de la aprobación de los distintos Estatutos de Autonomía. Con base en dicha disposición, todas las CCAA han asumido como competencia exclusiva la asistencia social y han aprobado leyes generales sobre servicios sociales, creando sus propios sistemas de servicios sociales. Vid. ARIAS MARTÍNEZ, M^a. A., «Las competencias locales en materia de servicios sociales tras la aprobación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la administración local», *Revista de Administración Pública*, núm. 194, mayo-agosto de 2014, pág. 375.

(41) Así lo exponen MANSO GÓMEZ, C. y HUETE GARCÍA, A., «Panorámica de la atención socio-sanitaria en España», *Actas de Coordinación Sociosanitaria*, núm. 22, julio de 2018, pág. 11 y ss. Dichos autores evidencian que el desarrollo de la atención integrada en el ámbito sociosanitario está en marcha en la mayoría de las CCAA (que cuentan con algún plan o programa centrado específicamente en la coordinación sociosanitaria, bien dirigido a un colectivo específico o que se aborda de manera genérica e, incluso, disponiendo muchas de ellas de estructuras administrativas destinadas a materializar los servicios sociosanitarios); no obstante, la evaluación resulta, a juicio de los anteriores, la asignatura pendiente en los programas de coordinación sociosanitaria.

(42) Vid. BOTIJA, P. / BOTIJA, M. / NAVARRO, J., «Implementación de estrategias y herramientas de coordinación sociosanitaria en un departamento de salud», *Gaceta Sanitaria*, núm.

referencia al concepto de coordinación sociosanitaria a expresar una aspiración de alcanzar una verdadera integración sociosanitaria, lo cual, sin duda, refleja la voluntad de lograr un grado ulterior de simbiosis entre ambos niveles⁽⁴³⁾. No obstante, siendo lo anterior el objetivo deseable, procede colegir que nos encontramos aún lejos de alcanzar la consecución del referido objetivo de integración.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

El presente trabajo trata de analizar una serie de cuestiones ligadas con la prestación de la asistencia sanitaria a las personas mayores, destacando las peculiaridades de la misma en el referido tramo de edad. En este sentido, la reciente emergencia de la pandemia *COVID-19* y su particular impacto en el colectivo de personas mayores plantea cuestiones —particularmente bioéticas— novedosas (tales como los criterios para el desarrollo del proceso de triaje en caso de medios asistenciales escasos para hacer frente a la totalidad de la población afectada, especialmente, en relación con el ingreso en las UCI y el acceso a los respiradores), que requieren de una reflexión específica.

Dado que en España la asistencia sanitaria ostenta carácter universal, las especificidades para el colectivo de personas mayores se encuentran, fundamentalmente, vinculadas al (superior) impacto que las distintas patologías ostentan en los tramos de mayor edad (en particular, enfermedades en la vejez o la incidencia de las patologías crónicas). En este sentido, la necesidad de abordar desde una perspectiva integral los desafíos que plantea el envejecimiento o las enfermedades crónicas ha puesto en el centro del interés académico y profesional el concepto de espacio sociosanitario, en un intento de lograr el mayor grado de integración posible entre la esfera de los servicios sociales y el ámbito

4, vol. 32, julio-agosto de 2018, págs. 386-389; CAMPAYO PÉREZ, J. M., «Coordinación sociosanitaria. Dos estructuras con un objetivo común: la persona», *International Journal of Integrated Care*, vol. 19, núm. 4, August 2019, pág. 533, presenta un modelo que propone la coordinación sociosanitaria en la CAV como un trabajo conjunto entre las diversas instituciones (ayuntamientos, diputaciones forales, farmacias, centros residenciales, red de salud mental, unidades de APS y distintos servicios del hospital de referencia). Asimismo, *vid.* EGUREN ADRIAN, N. / SAAVEDRA RIELO, M. C. / MENÉNDEZ SÁNCHEZ, L. / MOLEJÓN IGLESIAS, A., «La coordinación sociosanitaria en el Principado de Asturias: caminando hacia el cuidado integrado», *op. cit.*, donde se presenta la situación en Asturias, donde las Consejerías de Sanidad y de Servicios y Derechos Sociales han impulsado el Decreto 70/2016, de 23 de noviembre, que establece los órganos de planificación y apoyo para mejorar la atención y coordinación sociosanitaria y por el que se crea la estructura de coordinación sociosanitaria del Principado de Asturias, objeto de desarrollo en el Plan de Coordinación Sociosanitaria (2018-2021).

(43) *Vid.* MANSO GÓMEZ, C. y HUETE GARCÍA, A., «Panorámica de la atención sociosanitaria en España», *op. cit.*, pág. 9.

sanitario con la finalidad de mejorar la calidad de vida de los pacientes y evitar las disfunciones que genera una separación estricta entre ambas esferas. Dicho proceso, que ya cuenta con una importante base normativa y con numerosos avances en su implementación práctica en nuestro país (fundamentalmente, a partir de los modelos vigentes en determinadas CCAA), requiere de ulteriores desarrollos aplicativos con la finalidad de avanzar definitivamente en la integración entre los dos ámbitos mencionados.

V. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARIAS MARTÍNEZ, M.^a. A., «Las competencias locales en materia de servicios sociales tras la aprobación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la administración local», *Revista de Administración Pública*, núm. 194, mayo-agosto de 2014.
- BAILÓN MUÑOZ, E. / OROZCO BELTRÁN, D. (Coords.) et. al., *Problemas de salud crónicos: nuevas orientaciones, nuevas estrategias*, Documentos semFYC, núm. 32, semFYC Eds., Barcelona, 2013.
- BOTIJA, P. / BOTIJA, M. / NAVARRO, J., «Implementación de estrategias y herramientas de coordinación sociosanitaria en un departamento de salud», *Gaceta Sanitaria*, núm. 4, vol. 32, julio-agosto de 2018.
- CAMPAYO PÉREZ, J. M., «Coordinación sociosanitaria. Dos estructuras con un objetivo común: la persona», *International Journal of Integrated Care*, vol. 19, núm. 4, August 2019.
- CÁRCAR BENITO, J. E., «El problema de los nuevos derechos de las personas mayores en el Espacio Sociosanitario» en MARCOS DEL CANO, A. M.^a. (Dir.), *El derecho a una asistencia sanitaria para todos: una visión integral*, Dykinson, Madrid, 2017.
- COBO GÁLVEZ, P., «La ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia y su impacto sobre la asistencia sanitaria pública», *Derecho y Salud*, Núm. Extraordinario 1 XV Congreso, vol. 15, 2007.
- COLEMAN, K. / AUSTIN, B. T. / BRACH, C. / WAGNER, E. H., «Evidence on the Chronic Care Model in the new millennium», *Health Affairs (Millwood)*, vol. 28, núm. 1, January-February 2009.
- COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos bioéticos de la priorización de recursos sanitarios en el contexto de la crisis del coronavirus*, Madrid, marzo de 2020. Disponible en: <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20CBE-%20Priorizacion%20de%20recursos%20sanitarios-coronavirus%20CBE.pdf> [Última consulta: 20 de marzo de 2021].

- CONTEL SEGURA, J. C., «La coordinación sociosanitaria en un escenario de atención compartida», *Atención Primaria*, núm. 8, vol. 29, mayo de 2002.
- CORUJO RODRÍGUEZ, E. y DE GUZMÁN PÉREZ HERNÁNDEZ, D., «Capítulo 3. Cambios más relevantes y peculiaridades de las enfermedades en el anciano», *Tratado de geriatría para residentes*, SEGG, Madrid, 2006.
- EDITORIAL SEMFYC, «Mejoras en la atención a personas con enfermedades crónicas en España. Declaración de posición común de la Sociedad Española de Medicina Interna y la Sociedad Española de Medicina Familiar y Comunitaria», *Revista Clínica Española*, núm. 1, vol. 220, enero de 2020.
- EGUREN ADRIAN, N. / SAAVEDRA RIELO, M. C. / MENÉNDEZ SÁNCHEZ, L. / MOLEJÓN IGLESIAS, A., «La coordinación sociosanitaria en el Principado de Asturias: caminando hacia el cuidado integrado», *International Journal of Integrated Care*, vol. 19, núm. 4, August 2019.
- ESCRÓNICOS, «Encuesta sobre la calidad de la asistencia sanitaria a los pacientes crónicos en España», *IV Barómetro Escrónicos*, 2017. Disponible en: <http://www.esronicos.com/images/barometro/barometro-2017.pdf> [Última consulta: 20 de marzo de 2021].
- FAYO GARDÓ, A., *Curso de introducción al Derecho Sanitario*, 7.^a Ed., 2019, Dykinson, Madrid.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, M. R., «El médico de familia y la coordinación sociosanitaria. ¿Entelequia o realidad?», *Actas de Coordinación Sociosanitaria*, núm. 17, julio 2016.
- FIANDT, K., «The Chronic Care Model: Description and application for practice», *Topics in Advanced Practice Nursing*, vol. 4, núm. 4, December 2006.
- FUNDACIÓN ECONOMÍA Y SALUD, *Lo sociosanitario: de los casos reales al modelo*, 2018. Disponible en: http://www.fundacioneconomieysalud.org/wp-content/uploads/Lo-sociosanitario_De-los-casos-reales-al-modelo.pdf [Última consulta: 20 de marzo de 2021].
- GARVÁS, J. y PÉREZ FERNÁNDEZ, M., «Modelo de atención a crónicos (*Chronic Care Model*) y otras iniciativas de mejora de la calidad en la atención a los pacientes crónicos», *AMF*, núm. 6, vol. 5, junio 2009.
- MANSO GÓMEZ, C. y HUETE GARCÍA, A., «Panorámica de la atención sociosanitaria en España», *Actas de Coordinación Sociosanitaria*, núm. 22, julio de 2018.
- MINISTERIO DE SANIDAD, *Enfermedad por nuevo coronavirus, COVID-19*, marzo de 2020. Disponible en: https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/Informacion_inicial_alerta.pdf [Última consulta: 20 de marzo de 2021].

MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, «Estrategia para el Abordaje de la Cronicidad en el Sistema Nacional de Salud. Informe de evaluación y líneas prioritarias de actuación», *Informe de evaluación Estrategia Cronicidad*, julio de 2019. Disponible en: https://www.msrebs.gov.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/Evaluacion_E._Cronicidad_Final.pdf [Última consulta: 20 de marzo de 2021].

MINISTERIO DE SANIDAD, POLÍTICA SOCIAL E IGUALDAD-INSTITUTO DE MAYORES Y SERVICIOS SOCIALES (IMSERSO), *Libro blanco del envejecimiento activo*, Madrid, 2011. Disponible en: https://www.imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/8088_8089libroblancoenv.pdf [Última consulta: 20 de marzo de 2021].

MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD, *Estrategia para el Abordaje de la Cronicidad en el Sistema Nacional de Salud*, 2012. Disponible en: https://www.msrebs.gov.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/ESTRATEGIA_ABORDAJE_CRONICIDAD.pdf [Última consulta: 20 de marzo de 2021].

OLLERO BATURONE, M. / OROZCO BELTRÁN, D. et. al., «Declaración de Sevilla» conferencia nacional para la atención al paciente con enfermedades crónicas», *Revista Clínica española*, núm. 11, vol. 211, diciembre de 2011.

ROMEO CASABONA, C. M.^a / URRUELA MORA, A. (Reds.) et. al., *Informe del Ministerio de Sanidad sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia: el SARS-CoV-2*, Ministerio de Sanidad, Madrid, 2020. Disponible en: https://www.msrebs.gov.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/AspectosEticos_en_situaciones_de_pandemia.pdf [Última consulta: 20 de marzo de 2021].

SANITARIA 2000, *Documento base para una atención integral sociosanitaria*, mayo de 2015. Disponible en: [http://bases.cortesaragon.es/bases/ndocumento-VIII.nsf/e86600a24e054a61c12576d2002e551c/5fc54ca599b34a2ac1257f0800404baf/\\$FILE/DOCUMENTO%20DE%20BASE%20CON%20INCORP.CCAA.pdf](http://bases.cortesaragon.es/bases/ndocumento-VIII.nsf/e86600a24e054a61c12576d2002e551c/5fc54ca599b34a2ac1257f0800404baf/$FILE/DOCUMENTO%20DE%20BASE%20CON%20INCORP.CCAA.pdf) [Última consulta: 20 de marzo de 2021].

Páginas electrónicas

CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOLÓGICAS, *Barómetro Sanitario 2018*, Ministerio de Sanidad-Ministerio de Consumo-Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, marzo de 2019. Disponible en: https://www.msrebs.gov.es/estadEstudios/estadisticas/BarometroSanitario/home_BS.htm [Última consulta: 20 de marzo de 2021].

GARCÍA, G. / BARRIGA, L. / RAMÍREZ, J. M. / ZUBIRÍA, A. / VELASCO, L. / ÁLVAREZ, A. / ARANDA, A., «Índice DEC 2018 (Índice de desarrollo de los Servicios Sociales 2018)», *Asociación Estatal de Directores y Gerentes en Servicios Sociales*, 2018. Disponible en: <https://www.directoressociales.com/documentos/indices-dec.html> [Última consulta: 20 de marzo de 2021].

CAPÍTULO 15

TRATAMIENTO DEL ANCIANO CON ENFERMEDAD TERMINAL. LOS CUIDADOS PALIATIVOS

Esteban Sola Reche

Catedrático de Derecho Penal, Universidad de La Laguna

I. LA PERSONA PACIENTE DE ENFERMEDAD TERMINAL

El concepto de enfermedad y su calificación como terminal inevitablemente tiene que fijarse conforme a criterios médicos. Pero en cuanto debe ser la referencia de importantes valoraciones jurídicas respecto a las personas que la padezcan, algunas de las cuales aquí vamos a considerar⁽¹⁾, tendría que ser lo suficientemente inequívoco como para que estas resultasen razonablemente predecibles. Está en juego la seguridad jurídica de la que tanto necesitan quienes se encuentran en esa difícil situación, que suele afectar a familiares y allegados, y que también precisan para su actuación los profesionales (sanitarios y jurídicos) que resultan implicados. Con el objetivo de que se puedan hacer valer en ese singular contexto las correspondientes decisiones personales del paciente y, en todo caso, obtenga la adecuada tutela de sus intereses: entre otros, los que conciernen a su propio tratamiento sanitario y a sus relaciones personales.

— Como referencia normativa para establecer un concepto de enfermedad terminal no era (ni es) precisamente ejemplar la acomodadiza mención de la situación de quien padezca «(...) una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar (...)», del apdo. 4 del art. 143 CP⁽²⁾. Si es que por el legislador de 1995 se quiso adoptar, sin mencionarlo, como posible presupuesto fáctico de la atenuación de la cooperación a la muerte de otro, el padecimiento de una enfermedad terminal⁽³⁾.

(1) *Vid. infra* 3.

(2) Art. 143.4 CP: «El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo.».

(3) También elude la calificación como «terminal» de la enfermedad a considerar, incluso en su EM, la Proposición de LO 122/20, de regulación de la eutanasia, tramitada en el Congreso de los Diputados el 31 de enero de 2020. En su texto, se hace referencia a enfermedades graves, incurables, crónicas, invalidantes; a padecimientos de un sufrimiento insoportable o intolerable: «4. No será punible la conducta del médico o médica que con actos necesarios y directos causare o cooperare a la muerte de una persona, cuando esta

— Tampoco la Recomendación 1418/1999 adoptada por la ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA en su 24.^a sesión, de 25 de junio, dedicada expresamente a los enfermos terminales, instando a los EEMM a incorporar en su Derecho interno la protección legal y social necesaria «de los enfermos terminales o moribundos», se detiene en la delimitación del concepto⁽⁴⁾.

sufra una enfermedad grave e incurable o enfermedad grave, crónica e invalidante, en los términos establecidos en la normativa sanitaria.». Disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-46-1.PDF [Última consulta: 20 de marzo de 2021].

(4) Sin embargo, es prolija en concretar los aspectos a considerar para respetar y proteger la dignidad de los enfermos terminales o moribundos:

— Afirmando y protegiendo el derecho de los enfermos terminales o moribundos a los cuidados paliativos integrales, de modo que se adopten las medidas necesarias para:

- Asegurar que los cuidados paliativos son un derecho legal e individual en todos los EEMM.
- Proporcionar un acceso equitativo a los cuidados paliativos a todas las personas moribundas o en fase terminal.
- Garantizar que los familiares y amigos son animados a acompañar al enfermo terminal o moribundo y reciben un apoyo profesional en tal empeño. Si la familia y/o las asociaciones de cualquier tipo resultan ser insuficientes o limitadas, se deben facilitar métodos alternativos o complementarios de asistencia médica.
- Contar con organizaciones y equipos de asistencia ambulatoria, que aseguren la asistencia paliativa a domicilio en los casos en que esté indicada.
- Asegurar la cooperación entre todas las personas y profesionales implicados en la asistencia del moribundo o la persona en fase terminal.
- Garantizar el desarrollo y mejora de los estándares de calidad en los cuidados del enfermo terminal o moribundo.
- Asegurar que la persona en fase terminal o moribunda recibirá un adecuado tratamiento del dolor (a menos que el interesado se niegue) y cuidados paliativos, incluso si tal tratamiento tiene como efecto secundario el acortamiento de la vida.
- Garantizar que los profesionales sanitarios reciben formación para proporcionar una asistencia médica, de enfermería y psicológica a cualquier enfermo terminal o moribundo, en el seno de un equipo coordinado y según los estándares más altos posibles.
- Crear e impulsar centros de investigación, enseñanza y capacitación en los campos de la medicina y los cuidados paliativos, así como en tanatología interdisciplinar.
- Garantizar que al menos los grandes hospitales cuentan con unidades especializadas en cuidados paliativos y hospicios, en los que la medicina paliativa pueda desarrollarse como parte integral del tratamiento médico.
- Asegurar que la Medicina y los cuidados paliativos se asientan en la conciencia pública como un objetivo importante de la Medicina.

— Protegiendo el derecho de las personas en fase terminal o moribundas a la autodeterminación, al tiempo que se adoptan las medidas necesarias para:

- Dar eficacia al derecho de la persona en fase terminal o moribunda a una información veraz y completa, pero proporcionada con compasión sobre su estado de salud, respetando, en su caso, el deseo del paciente a no ser informado.

— La Ley 16/2003 de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, ya en nuestro ordenamiento interno en esa línea de la Recomendación, vincula las ideas de enfermedad terminal con la de cuidados paliativos. Pero viene a ser el posterior Real Decreto 1030/2006, de 15 septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, en su Anexo II apdo. 7, cuando describe la atención paliativa a enfermos terminales, el que descriptivamente se

-
- Hacer posible que el enfermo terminal o la persona moribunda pueda consultar a otro médico distinto del que le atiende habitualmente.
 - Garantizar que ningún enfermo terminal o persona moribunda sea tratada contra su voluntad y que en esta materia no actúa bajo la influencia o presión de un tercero. Además, se debe garantizar que su voluntad no se configura bajo presiones económicas.
 - Asegurar que se respetará el rechazo a un tratamiento específico recogido en las directivas avanzadas o testamento vital de un enfermo terminal o persona moribunda serán respetadas. Por otra parte, se deben definir criterios de validez sobre la coherencia de tales directivas avanzadas, así como sobre la delegación en personas próximas y el alcance de su autoridad para decidir en lugar del enfermo. También se debe garantizar que las decisiones de las personas próximas que se subrogan en la voluntad del paciente —que habrán de estar basadas en los deseos expresados con anterioridad por el paciente o en presunciones sobre su voluntad—, se adoptan sólo si el paciente implicado en esa situación no ha formulado deseos expresamente o si no hay una voluntad reconocible. En este contexto, siempre debe haber una conexión clara con los deseos expresados por la persona en cuestión en un periodo de tiempo cercano al momento en que se adopte la decisión —deseos referidos específicamente al morir—, y en condiciones adecuadas, es decir, en ausencia de presiones o incapacidad mental. Se debe, asimismo, garantizar que no serán admisibles las decisiones subrogadas que se basen en los juicios de valor generales imperantes en la sociedad, y que, en caso de duda, la decisión se inclinará siempre por la vida y su prolongación.
 - Garantizar que —no obstante la responsabilidad última del médico en materia terapéutica— se tienen en cuenta los deseos expresados por un enfermo terminal o persona moribunda en relación con formas particulares de tratamiento, siempre que no atenten contra la dignidad humana.
- Respaldo la prohibición de poner fin a la vida intencionadamente de los enfermos terminales o las personas moribundas, al tiempo que se adoptan las medidas necesarias para:
- Reconocer que el derecho a la vida, especialmente en relación con los enfermos terminales o las personas moribundas, es garantizado por los EEMM, de acuerdo con el art. 2 CEDH, según el cual «(...) Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente (...)». Disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf [Última consulta: 20 de marzo de 2021].
 - Reconocer que el deseo de morir no genera el derecho a morir a manos de un tercero.
 - Reconocer que el deseo de morir de un enfermo terminal o una persona moribunda no puede, por sí mismo, constituir una justificación legal para acciones dirigidas a poner fin a su vida.

refiere a éstos como «(...) personas con enfermedad en situación avanzada, no susceptible de recibir tratamientos con finalidad curativa y con una esperanza de vida limitada (en general, inferior a 6 meses) (...)»⁽⁵⁾.

En mi opinión, esa definición contiene una premisa que ha de ser revisada: que el paciente de enfermedad terminal no es susceptible de recibir tratamientos con finalidad curativa. La repetida vinculación entre enfermedad terminal y cuidados paliativos parece forzar esa perspectiva que no es acorde, incluso contradictoria, con el que considero correcto contexto de implicaciones jurídicas de la asistencia sanitaria al enfermo terminal⁽⁶⁾.

Para su revisión consideremos, primero, un concepto de mínimos de enfermedad terminal, basado en el objetivo de que cumpla con las deseables exigencias de claridad y precisión, y que con una formulación lo más simplificada posible, sería el de:

- Alteración grave de la salud (enfermedad); y
- De evolución irreversible condicionante de un pronóstico de muerte en corto espacio de tiempo (terminal)⁽⁷⁾.

(5) Al respecto, las CCAA, en el ejercicio de sus competencias, vienen cubriendo las necesidades de regulación a las que insta la Recomendación del CONSEJO DE EUROPA. Entre otras, la Ley 2/2010, de 8 de abril, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de muerte, de Andalucía, que en su art. 5 o) contiene la siguiente definición de «situación terminal»: «Presencia de una enfermedad avanzada, incurable y progresiva, sin posibilidades razonables de respuesta al tratamiento específico, con un pronóstico de vida limitado y en la que pueden concurrir síntomas intensos y cambiantes que requieran una asistencia paliativa específica.». Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2010/BOE-A-2010-8326-consolidado.pdf> [Última consulta: 20 de marzo de 2021]. En términos muy parecidos, el art. 5 q) de la Ley 10/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte, de Aragón. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2011/05/14/pdfs/BOE-A-2011-8403.pdf> [Última consulta: 20 de marzo de 2021]. El art. 5 ñ) de la Ley Foral 8/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte, de Navarra. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2011/BOE-A-2011-7408-consolidado.pdf> [Última consulta: 20 de marzo de 2021]. El art. 5.10 a) de la Ley 4/2017, de 9 de marzo, de Derechos y Garantías de las Personas en el Proceso de Morir, de Madrid, por el que «Se entiende por situación terminal aquella en la que el paciente presenta una enfermedad avanzada, incurable y progresiva, sin posibilidades razonables de respuesta al tratamiento específico, con un pronóstico de vida limitado a semanas o meses y en la que puedan concurrir síntomas que requieren una asistencia paliativa específica.». Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2017/06/23/pdfs/BOE-A-2017-7178.pdf> [Última consulta: 20 de marzo de 2021].

(6) Con más detalle, *vid. infra* III.1. Sin embargo, *vid. supra* n. 5.

(7) *Vid.* Díez RIPOLLÉS, J. L., «Art. 143», en Díez RIPOLLÉS, J. L. / GRACIA MARTÍN, L. (Coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial I, Títulos I a VI y faltas correspondientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 231; GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL (GEPC), *Una alternativa al tratamiento jurídico de la disponibilidad de la propia vida*, GEPC, Madrid,

Prescindimos pues, por el momento, desde el punto de vista semántico de una distorsionadora vinculación entre enfermedad terminal y cuidados paliativos. Para dar mayor precisión al factor temporal, a título orientativo podríamos tomar la referencia del RD 1030/2006 a una esperanza de vida limitada en general, inferior a 6 meses. Entonces, a nuestros efectos, el diagnóstico como terminal de la enfermedad no depende solo de que no tenga perspectivas de curación y que, además, conlleve un pronóstico de muerte; se caracteriza también con que ese pronóstico haya de sobrevenir en un corto espacio de tiempo, conforme a un juicio de previsibilidad objetiva⁽⁸⁾. Sin que con ello se dejen de asumir los inevitables grados de indeterminación científica de sus característi-

1993, pág. 20; ROMEO CASABONA, C. M.^a, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, pág. 420. Cfr., de la publicación del MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO, *Plan Nacional de Cuidados Paliativos. Bases para su desarrollo*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 2001, pág. 11, el concepto de «Situación de Enfermedad terminal»: «Aquella en la que existe una enfermedad avanzada, incurable, progresiva, sin posibilidades razonables de respuesta al tratamiento específico, que provoca problemas como la presencia de síntomas multifactoriales, intensos y cambiantes con la existencia de un gran impacto emocional en enfermos, familiares y equipos, con un pronóstico de vida generalmente inferior a los seis meses, que genera una gran demanda de atención, y en la que el objetivo fundamental consiste en la promoción del confort y la calidad de vida del enfermo y de la familia, basada en el control de síntomas, el soporte emocional y la comunicación.». Disponible en: https://www.msbs.gob.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/excelencia/cuidadospaliativos-diabetes/CUIDADOS_PALIATIVOS/opsc_est7.pdf.pdf [Última consulta: 20 de marzo de 2021]. Y en la misma publicación, CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (CGPJ) / MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO, *Documento de Consenso sobre Situaciones al final de la vida*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, mayo de 1999, pág. 64, en el que define «Enfermedad terminal» como situación clínica frecuente a considerar: «Enfermedad avanzada en fase evolutiva e irreversible, que afecta a la autonomía y calidad de vida (debido a síntomas, impacto emocional, pérdida de autonomía), con muy escasa o nula capacidad de respuesta al tratamiento específico y con un pronóstico de vida limitado a meses, en un contexto de fragilidad progresiva.». Disponible en: https://www.msbs.gob.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/excelencia/cuidadospaliativos-diabetes/CUIDADOS_PALIATIVOS/opsc_est7.pdf.pdf [Última consulta: 20 de marzo de 2021]. El concepto simplificado que se propone en el texto evita discusiones ineficientes a las que podrían dar lugar éstas últimas definiciones. P. ej., por el requisito de que la enfermedad esté avanzada (puede estar poco avanzada pero con pronóstico de rápida evolución hacia la muerte); o porque, si bien la enfermedad puede afectar en muy diferentes grados a la autonomía y calidad de vida, y depender, o no, de los síntomas o del impacto emocional o de la pérdida de autonomía, con todo, podrá ser o no terminal, dependiendo del pronóstico de próximo fallecimiento.

- (8) Cfr. ROMEO CASABONA, C. M.^a, «El homicidio y sus formas», en ROMEO CASABONA, C. M.^a / SOLA RECHE, E. / BOLDOVA PASAMAR, M. A. (Coords.), *Derecho Penal. Parte Especial*, Comares, Granada, 2016, pág. 48, respecto a la referencia a mi juicio pleonástica a «enfermos terminales crónicos». A mi juicio, es reconocible la categoría «enfermedad crónica terminal» (y por consiguiente, la de enfermedad crónica no terminal), pero no la de «enfermedad terminal no-crónica».

cas: de la gravedad de la enfermedad, de su irreversibilidad, del pronóstico de muerte y del tiempo previsible de supervivencia. Por el momento, sin necesidad de vincular, como intentaremos demostrar que es más correcto, el carácter terminal de la enfermedad a la aplicación de cuidados necesariamente paliativos⁽⁹⁾.

Por las implicaciones que seguidamente analizaremos, se hace oportuno delimitar entonces qué no es una enfermedad terminal. Un buen número de enfermedades cancerígenas que antes indiscutiblemente lo eran, vienen dejando de ser terminales: por ser susceptibles de curación, o aún incurables, porque ya no tienen un pronóstico de muerte para un corto espacio de tiempo, gracias a los avances de la Medicina⁽¹⁰⁾. Lo mismo ha pasado con la infección por VIH que debuta en SIDA, cuando en la actualidad un gran número de casos se vienen diagnosticando clínicamente como enfermedad crónica no terminal. No debería considerarse enfermedad terminal la *COVID-19*, que pudiendo complicarse como enfermedad muy grave, más aún en pacientes especialmente vulnerables debido a patologías concurrentes o a su avanzada edad, mientras no sea objetivamente descartable su curación. En general, una muy grave enfermedad que pueda considerarse que su evolución no necesariamente es irreversible, aun teniendo un muy mal pronóstico de próximo *exitus letalis*, no debe ser considerada como enfermedad terminal. Tampoco en los conocidos casos de Ramón SAMPEDRO (con tetraplejía durante 30 años) y de Noa POTHOVEN (que provocó su propia muerte a los 17 años padeciendo estrés postraumático, anorexia y depresión como consecuencia de los abusos sexuales y violación que sufrió cuando era niña), sin que sus graves padecimientos llegaran a convertirse en enfermedad terminal; como tampoco parece que alcanzase la fase terminal el estado vegetativo de Eluana ENGLARO (padecido durante diecisiete años hasta que falleció al ser desconectada del tratamiento de soporte vital). Ni el más reciente caso del envenenamiento asistido de la pareja de quien padecía esclerosis múltiple degenerativa con secuelas, sometida a cuidados estrictamente paliativos⁽¹¹⁾. «Una enfermedad no puede calificarse como terminal por el tiempo que haya transcurrido desde el diagnóstico, sino por la situación real y concreta del paciente»⁽¹²⁾, siendo, pues, lo determinante el previsible tiempo de esperanza de vida⁽¹³⁾.

(9) Vid. *infra* III.

(10) Sobre la delimitación de las lesiones irreversibles e incurables, vid. STSJ Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 845/2019 (LA LEY 83717/2019).

(11) Que describe el AAP de Madrid, Sec. 27.^a, 998/2017 (LA LEY 93044/2019), al resolver sobre la competencia para su instrucción penal en favor del Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

(12) Así lo recoge la SJP núm. 2 de Burgos 105/2019, de 7 de mayo (LA LEY 48225/2019), FD III, pág. 12, de uno de los informes periciales de las actuaciones, a la que en el texto me referiré.

(13) Lo que también repercute de forma no poco relevante para distinguir los supuestos a abarcar en un concepto amplio de eutanasia directa: habría que diferenciar entre la precipitación de la muerte a un enfermo terminal y a un enfermo no terminal.

De lo que el art. 143.4 CP sí es un significativo indicador es de la relevancia jurídica que se ha otorgado al padecimiento de una enfermedad grave que conduciría necesariamente a la muerte o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, aunque no se encuentre en su fase terminal. En esas condiciones, la suspensión de la asistencia que mantiene con vida al paciente y la precipitación de su muerte con un tratamiento que alivie tales padecimientos se consideran conductas penalmente atípicas⁽¹⁴⁾. Por lo demás, la localización del precepto en el texto legal junto a los delitos de participación el suicidio de otro, aunque sea formal al solo efecto de simplificar una referencia penológica para la atenuación de la autoría o cooperación activa del homicidio a petición de la víctima, es sin duda desafortunada⁽¹⁵⁾. Y, definitivamente, no son equiparables los supuestos de enfermedad terminal con los de enfermedad mortal ni de enfermedad grave que conduciría necesariamente a la muerte o que produzca graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, en cuanto pueden no contar con un pronóstico de muerte en un corto espacio de tiempo, que en el ámbito sanitario se ha querido consensuar su concreción en un plazo de unos seis meses.

Depurado, así, el concepto de enfermedad terminal, intentaremos llevar a cabo una revisión congruente de las implicaciones jurídicas, si debiera haberlas, de factores como la edad avanzada del paciente y el carácter paliativo de la asistencia sanitaria del enfermo que la padece.

II. EL FACTOR EDAD AVANZADA EN EL PACIENTE DE ENFERMEDAD TERMINAL

Al concepto simplificado de enfermedad terminal del que partimos (alteración grave de la salud de evolución irreversible condicionante de un pronóstico de muerte en corto espacio de tiempo), en principio le es ajena la circunstancia de la edad del paciente. A cualquier edad se puede padecer una enfermedad terminal; y no por tratarse de una persona anciana, cualquier enfermedad grave que padezca, incluso de pronóstico mortal, ha de ser diagnosticada como terminal. En cualquier caso, no existen definitivas razones para la fijación de un punto en una escala de edad a partir del que considerar a una persona de edad avanzada o anciana. Esto, de ser útil, acaso con un interés estadístico y para la

(14) Sobre la despenalización de la eutanasia pasiva y de la eutanasia indirecta, *vid.* Díez RIPO-LLÉS, J. L., «Art. 143», *op. cit.*, págs. 226 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, E., «El problema jurídico de la muerte y del dolor», *El Mundo*, abril de 2005, págs. 1 y ss.; MENDES DE CARVALHO, G., *Suicidio, eutanasia y Derecho penal. Estudio del art. 143 del Código penal español y propuesta de lege ferenda*, Comares, Granada, 2009, págs. 279 y ss.; ROMEO CASABONA, C. M.^a, «El homicidio y sus formas», *op. cit.*, págs. 46 y ss.

(15) *Vid. infra* III.

planificación de necesidades de recursos considerando la edad de la población, no puede ser sino convencional y relativo. En nuestro país se viene situando en los 65 años⁽¹⁶⁾, como el inicio de la vejez, la «tercera edad», seguramente por haber sido la edad ordinaria de jubilación. Pero desde el punto de vista sanitario supone, cada vez menos, un cambio de paradigma de excepcionalidad.

No puede admitirse como regla que la vejez convierte una enfermedad, por grave que sea, en incurable, y, por tanto, tampoco en terminal. Pero es innegable que el envejecimiento es un factor de riesgo de muchas graves enfermedades; el más importante de procesos cancerígenos, que frecuentemente se desarrollan en enfermedad grave y mortal. La avanzada edad hace más vulnerable a la persona desde el punto de vista biológico, y esto suele repercutir en los entornos familiar y social.

La, por muchos buenos motivos (entre otros, las dificultades satisfactoriamente resueltas de la calificación de los hechos enjuiciados), extraordinaria SJP núm. 2 de Burgos 105/2019, de 7 de mayo (LA LEY 48225/2019), en su FD IV⁽¹⁷⁾, recoge esa línea de obvias implicaciones que «[n]o se puede entender que por el hecho de que un paciente tenga edad avanzada o muy avanzada, y una constitución que haga que se considere (...) un “anciano frágil” (...) se prescinda de todo tratamiento, cuando padece una *patología curable*, y se decida instaurar un tratamiento que le conduzca al fallecimiento.» (la cursiva ha sido añadida). Resuelve, así, condenar como delito de lesiones cometidas por imprudencia grave del art. 152.3 CP uno de los dos casos enjuiciados, consistente en la conducta voluntaria del profesional sanitario responsable de «aplicar la sedación paliativa sin que concurrieran los requisitos que permitían adoptar esa decisión, y una vez instaurada no llevar a cabo ninguna actuación de seguimiento o control del tratamiento y del paciente (...) sin que el mismo presentara síntoma refractario alguno, ni dolor o sufrimiento insoportable, y el mismo tampoco padecía una enfermedad grave que lo hubiera situado ya en estado de terminalidad». El paciente había ingresado en el hospital por una neumonía susceptible de curación, sufriendo, además, un precedente proceso tumoral avanzado que, sin embargo, en las circunstancias dadas, no debía considerarse terminal. Así comprobado con la reversión por otro facultativo de la sedación «cuyo efecto secundario probable era el fallecimiento», que permitió recuperar al paciente

(16) Vid. PÉREZ DÍAZ, J. / ABELLÁN GARCÍA, A. / ACEITUNO NIETO, P. / RAMIRO FARIÑAS, D., «Un perfil de las personas mayores en España, 2020. Indicadores estadísticos básicos», *Informes Envejecimiento en red*, núm. 25, marzo 2020, pág. 4 y ss. Disponible en: <http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/enred-indicadoresbasicos2020.pdf> [Última consulta: 20 de marzo de 2021].

(17) Vid., concretamente, su pág. 14.

dándole de alta, aunque falleciese aproximadamente seis semanas después por infarto de miocardio.

En el contexto de especial vulnerabilidad, se hace especialmente necesaria la cobertura jurídica de los derechos sanitarios del anciano enfermo, aun sin haber alcanzado un proceso terminal. La desgraciada comprobación de esa especial necesidad se habría producido recientemente con la gestión de la gravísima crisis sanitaria oficializada en nuestro país a mitad de marzo de 2020. En la opinión pública, y ya veremos si también con recorrido judicial, se ha denunciado, incluso por algún muy cualificado cargo del Poder Judicial⁽¹⁸⁾, hechos consistentes en la privación de legítimos derechos sanitarios a personas ancianas, se dice que mayores de 80 años, a quienes por la sola razón de su edad «se negó la hospitalización, el tratamiento y las pruebas diagnósticas, sin discernir situaciones concretas.». Siendo que la edad no convierte necesariamente una enfermedad grave e irreversible en terminal, y tanto menos cuando ni siquiera es irreversible como ocurre con la COVID-19.

El propio MINISTERIO DE SANIDAD, tardíamente⁽¹⁹⁾, publicó un Informe sobre los aspectos éticos en la situación de pandemia del SARS-CoV-2, con conclusiones y recomendaciones «que ayuden a la toma de decisiones en la aplicación de medidas terapéuticas y de cuidados a pacientes por COVID-19, en situación de pandemia marcada por la limitación de recursos»⁽²⁰⁾.

(18) Consuelo MADRIGAL, Fiscal de Sala del TS y ex Fiscal General del Estado. MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C., «La sociedad cautiva», *El Mundo*, mayo de 2020, pág. 1. Disponible en: <https://www.elmundo.es/opinion/2020/05/03/5eae984efc6c83b0498b45e7.html> [Última consulta: 20 de marzo de 2021].

(19) El 3 de abril de 2020.

(20) Expresamente, como Recomendación 10.^a, recoge: «Debe subrayarse la absoluta proscripción de empleo de criterios fundados en la discriminación por cualquier motivo con la finalidad de priorizar pacientes en dichos contextos. En este sentido, excluir a pacientes del acceso a determinados recursos asistenciales o a determinados tratamientos, por ejemplo, por razón únicamente de una edad avanzada, resulta contrario, por discriminatorio, a los fundamentos mismos de nuestro Estado de Derecho (art. 14 de la Constitución española). En este sentido, los pacientes de mayor edad en caso de escasez extrema de recursos asistenciales deberán ser tratados en las mismas condiciones que el resto de la población, es decir, atendiendo a criterios clínicos de cada caso en particular. Aceptar tal discriminación comportaría una minusvaloración de determinadas vidas humanas por la etapa vital en la que se encuentran esas personas, lo que contradice los fundamentos de nuestro Estado de Derecho, en particular el reconocimiento de la igual dignidad intrínseca de todo ser humano por el hecho de serlo.». ROMEO CASABONA, C. M. / URRUELA MORA, A. (Reds.) et al., *Informe del Ministerio de Sanidad sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia: el SARS-CoV-2*, Ministerio de Sanidad, Madrid, 2020, pág. 4. Disponible en: https://www.msrebs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/200403-INFORME_PANDEMIA-FINAL-MAQUETADO.pdf [Última consulta: 20 de marzo de 2021].

III. ENFERMEDAD TERMINAL Y CUIDADOS PALIATIVOS

3.1. Precisiones sobre el concepto cuidados paliativos

Los avances de la Medicina han traído mejores capacidades de detección e identificación precoz de las enfermedades, aun cuando su sintomatología y etiología pueden ser tan variadas como complicado su diagnóstico. En el caso de las enfermedades terminales, son dificultades añadidas ponderar los factores gravedad, irreversibilidad y pronóstico de próxima muerte. Además de las correctamente diagnosticadas, se pueden padecer enfermedades terminales asintomáticas (silenciosas) no diagnosticadas, sintomáticas pero no diagnosticadas, o sintomáticas y mal diagnosticadas acaso como otra enfermedad. Aunque la enfermedad terminal se suele asociar a padecimientos crecientemente insopportables (como dolor, disnea o gran debilidad), esto no tiene necesariamente que ser así.

En todo caso, las mejores posibilidades de temprana detección, de diagnóstico diferencial, y de contar con un más certero pronóstico de evolución de una grave enfermedad irreversible suelen proporcionar al paciente y a sus allegados información sobre el previsible desarrollo en condiciones (todavía) no incapacitantes; de modo que el paciente pueda ejercer libremente su legítima autonomía respecto a las decisiones que afecten a su proceso. Incluso mucho antes de que se acerque a la fase terminal, pero más urgentemente en esa fase.

En el ámbito sanitario, la LAP en su art. 2 expresamente asume como principio básico el reconocimiento a la dignidad de la persona humana y a la autonomía de su voluntad⁽²¹⁾. Se trata de dos derechos que inspiran la totalidad de nuestro ordenamiento jurídico⁽²²⁾, y no puede ser menos respecto al enfermo terminal, que así diagnosticado puede con conciencia de ello ver muy condicionado el resto de su vida, con irrupción en su entorno afectivo, familiar y social. Desde el punto de vista jurídico son de la mayor importancia las decisiones al final de la vida, especialmente en el ámbito sanitario, en el que el respeto a la autonomía de la voluntad y a la dignidad de la persona interaccionan con la implicación de sanitarios y familiares.

(21) *Vid.* también expresamente ya la LGS en su art. 10.1.

(22) El art. 10 CE es el frontispicio del Título I «De los Derechos y Deberes Fundamentales»: «1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.».

Por lo pronto, podrían producirse importantes cambios en el enfoque terapéutico general de la asistencia sanitaria con el diagnóstico de una enfermedad terminal, en cuanto se asume que sufre un proceso irreversible y de pronóstico de próxima muerte. Frecuentemente se interpreta que, objetivamente, cambia el enfoque terapéutico, de curativo a paliativo: ya no se trataría de sanar al enfermo. De ahí el frecuente vínculo entre enfermedad terminal y cuidados paliativos⁽²³⁾. Pero, como adelantamos, esto no ha de ser exactamente así.

Del mismo modo que se ha procedido con la fijación del concepto de enfermedad terminal en el correspondiente apdo. anterior⁽²⁴⁾, se hace necesario aquí lo propio con el concepto de cuidados paliativos para establecer correctamente su relación con la enfermedad terminal.

Una vez asumido que la enfermedad es incurable, perdería sentido aplicar los recursos sanitarios a hacer desaparecer la enfermedad (cuidados estrictamente curativos, podríamos decir). Pero el carácter paliativo de la asistencia sanitaria solo supone la transformación de tener la principal finalidad curativa (los cuidados paliativos no se aplican a sanar la enfermedad irreversible) a cambiar la prioridad por la de mejorar las condiciones de vida del paciente terminal durante el tiempo de supervivencia, en atención a sus condiciones, que, a pesar de todo, pueden ser muy cambiantes⁽²⁵⁾.

(23) *Vid., infra* n. 24, algunos ejemplos en las Leyes de las CCAA.

(24) *Vid. supra* I.

(25) *Cfr.*, con mayor detalle, de la publicación del MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO, *op. cit.*, pág. 11, el concepto de «cuidados paliativos»: «asistencia total, activa y continuada de los pacientes y sus familias por un equipo multiprofesional cuando la expectativa médica no es la curación. La meta fundamental es dar calidad de vida al paciente y su familia sin intentar alargar la supervivencia. Debe cubrir las necesidades físicas, psicológicas, espirituales y sociales del paciente y sus familiares. Si es necesario el apoyo debe incluir el proceso de duelo (5 mayo 1991. Subcomité Europeo de Cuidados Paliativos de la CEE).». Como se ha indicado en la n. 5, las CCAA han acometido en el ámbito de sus competencias el desarrollo normativo en el que se incluye esta cuestión. La Ley 2/2010 de Andalucía, en su art. 5 c) contiene la siguiente definición de «cuidados paliativos»: «Conjunto coordinado de intervenciones sanitarias dirigidas, desde un enfoque integral, a la mejora de la calidad de vida de los pacientes y de sus familias, afrontando los problemas asociados con una enfermedad terminal mediante la prevención y el alivio del sufrimiento, así como la identificación, valoración y tratamiento del dolor y otros síntomas físicos y/o psíquicos.». En muy parecidos términos la definición de «cuidados paliativos» contenida en el art. 5 c) de la Ley 8/2011 de Navarra. La Ley 4/2017, de Madrid, en la definición de cuidados paliativos de su art. 5.3, apunta la contraposición entre éstos y el tratamiento curativo. La Ley 10/2011 de Aragón, en su art. 5 c) contiene la siguiente definición de «cuidados paliativos», en este caso sustancialmente distinta a las anteriores (no establece la vinculación entre enfermedad terminal y cuidados paliativos, a mi juicio correctamente): Enfoque que mejora la calidad de vida de pacientes y familiares que se enfrentan a los problemas relacionados con enfermedades amenazantes para la vida, a través de la pre-

Que la terapia sea paliativa tiene que ver más con el carácter irreversible de la enfermedad, lo cual, como vimos, no es exclusivo de la enfermedad terminal. Puede aplicarse a una enfermedad incurable o crónica, pero sin un pronóstico de muerte próxima en el tiempo, cuyo tratamiento paliativo sin tener el objetivo de curar propiamente la enfermedad sería el de aliviar el dolor u otros incómodos síntomas, e incluso el de ralentizar el avance de la enfermedad incurable. Por eso conviene despejar la ocasional confusión de que los cuidados paliativos suelen comportar la limitación de la esperanza de vida; pueden tener, y frecuentemente tienen, la finalidad y razonable expectativa contraria⁽²⁶⁾: aumentar la esperanza de vida, aunque con ellos no se pretenda curar la enfermedad (incurable). Tras esa confusión, no menos entorpecedora es la errada idea de que el tratamiento paliativo carece de toda finalidad curativa: aunque no tenga como fin hacer desaparecer la enfermedad irreversible, no dejan de ser finalidades curativas el tratamiento tendente a aliviar o hacer desaparecer indeseables síntomas, como el dolor, o el de desacelerar el avance de la enfermedad. Curar no es sólo hacer desaparecer la enfermedad irreversible.

Si las condiciones del paciente pueden ser muy cambiantes desde el diagnóstico de su enfermedad como terminal hasta el momento del fallecimiento, tanto más pueden serlo para enfermedades irreversibles sin un pronóstico de muerte próxima. De modo que los cuidados paliativos no sean en ningún momento curativos de esa clase de enfermedades, y, sin embargo, estén correctamente prescritos en todo el proceso, terminal o no. En cambio, tratamientos con indicación curativa aplicados inútilmente al paciente de una enfermedad incurable pueden tener un efecto contraproducente para el objetivo paliativo. P. ej.: la aplicación de quimioterapia a un proceso cancerígeno objetivamente irreversible y en fase terminal, y que aumente los padecimientos del paciente, sin poder justificarse suficientemente por el propósito de ralentizar el avance de la enfermedad aumentando el tiempo de esperanza de vida. Supuesto que se identifica como ensañamiento terapéutico, en todo caso ajeno al concepto de cuidado paliativo.

3.2. Sobre las complicaciones jurídicas de los cuidados paliativos

Que el tratamiento sanitario no tenga una finalidad estrictamente curativa, como parecería que le es propio, pone en tela de juicio la valoración jurídica de los cuidados paliativos por no estar orientado a conseguir sanar al paciente

vención y alivio del sufrimiento, por medio de la identificación temprana y la impecable evaluación y tratamiento del dolor y otros problemas físicos, psicosociales y espirituales.
(26) *Vid.*, p. ej., la STS, Sala 3.^a, de 29 de mayo de 2012 (LA LEY 72678/2012) contempla la aplicación de cuidados paliativos a paciente no terminal «para evitar agravaciones de sus lesiones.».

de su enfermedad irreversible⁽²⁷⁾. Con todo, ya hemos podido ver que no es descartable también la finalidad curativa de algunos cuidados paliativos respecto a ciertos padecimientos, en cuanto que, sin poder curar la enfermedad, sí están indicados para curar alguno de sus síntomas o patologías secundarias concurrentes, e incluso para alargar la esperanza de vida procurando mejorar su inexorable proceso.

— El *propósito curativo* descarta, en general, la tipicidad dolosa del tratamiento sanitario aun cuando comporte la necesidad de realizar el tipo objetivo del delito de lesiones. Y descartaría incluso la tipicidad de la contingente muerte del paciente en cuanto no haya mediado imprudencia en su causación. P. ej., la curativa apendicectomía requiere de una consciente y voluntaria incisión en el abdomen del paciente, que no puede ser considerada como la realización del tipo doloso de lesiones, como si del navajazo de un robo con violencia se tratase. Tradicionalmente, las indicadas lesiones quirúrgicas imprescindibles para la intervención sanitaria curativa y los efectos secundarios lesivos de un tratamiento curativo se han valorado como comportamientos típicos (del sanitario), pero lícitos, finalmente, al amparo de la causa de justificación de obrar en el legítimo ejercicio de la profesión sanitaria, del art. 20.7 CP (o de la de estado de necesidad del art. 20.5).

Este enfoque es totalmente equivocado. En realidad, a diferencia de la conducta penalmente típica, la intervención pretende mejorar y no perjudicar la salud⁽²⁸⁾; sobre esto existe un creciente consenso: la conducta con finalidad curativa y ajustada a la *lex artis*, en la que se ven necesariamente comprometidos otros aspectos de la salud del paciente, causando el menoscabo propio del tipo objetivo del delito de lesiones, no es solo que no sea antijurídica; es que ni siquiera sería típica. A veces, esta misma conclusión se quiere obtener de la negación de la imputación objetiva del resultado adverso por haberse mantenido el comportamiento en el entorno del riesgo permitido, cuando, a mi juicio, surge del más decisivo análisis del tipo subjetivo: aunque el resultado fuese objetivamente imputable a la conducta de su autor, es obvio que con ésta no se pretende lesionar o matar al paciente; no hay dolo. Y, por otra parte, siempre sería posible reconocer con idénticos elementos objetivos la tipicidad por imprudencia cuando dicha conducta no se ajustase al cuidado objetivamente

(27) Cfr. STS 533/2019 (LA LEY 158438/2019).

(28) HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U., «El obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. El consentimiento», en ROMEO CASABONA, C.M.^a / SOLA RECHE, E. / BOLDOVA PASAMAR, M. A. (Coords.), *Derecho Penal. Parte General. Introducción. Teoría jurídica del delito*, Comares, Granada, 2016, pág. 252; ya ROMEO CASABONA, C. M.^a, *El Médico y el Derecho Penal I. La actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)*, Bosch, Barcelona, 1981, págs. 96 y ss.

debido, sin que para ello hubiera que hacer reaparecer la imputación objetiva del resultado, que se habría hecho desaparecer para negar el tipo doloso.

Todo ello, es obvio, que sin podernos desprender de las dosis de incertidumbre tanto de la capacidad curativa como de los riesgos del tratamiento sanitario, cuya finalidad curativa no persigue, sin embargo, sanar la enfermedad irreversible. El límite de la precaución aquí exigible se situaría en la regla de no aplicar una terapia sobre la que no se tiene certeza de su capacidad curativa, y sí de sus muy negativos efectos secundarios y riesgos.

Queda añadir, entonces, que el padecimiento de una enfermedad irreversible, incluso terminal, no condiciona que el tratamiento aplicable deje de ser considerado curativo por no tener la finalidad de curarla, cuando puede tener otros beneficiosos objetivos.

— El *propósito paliativo* del tratamiento sanitario, en cuanto no tiene la finalidad de hacer desaparecer la enfermedad irreversible, puede ser también curativo en los casos en que se aplica para curar otras enfermedades o síntomas concurrentes. Claramente si la enfermedad irreversible ha entrado en su fase terminal y no hay coste alguno para la previsible esperanza de vida, tratando de aliviar el dolor sintomático del paciente, acaso alargando incluso su resistencia física al proceso de muerte. Para este grupo de situaciones es, con mayor motivo, descartable la tipicidad de la conducta de los sanitarios que así tratan la enfermedad del paciente. P. ej., la a veces cuestionada sedación paliativa, en cuanto que no acelere ese proceso de muerte.

Por consiguiente, ahora hay que añadir que el padecimiento de una enfermedad irreversible, incluso terminal, no condiciona que todo tratamiento aplicable deba ser considerado exclusivamente paliativo, carente de toda finalidad curativa. Gráficamente, podríamos representar la relación entre los conceptos de asistencia curativa y paliativa como dos circunferencias secantes, quedando comprendidos en su intersección los cuidados paliativos-curativos.

Sí sería exclusivamente paliativo (no curativo) el tratamiento que, reduciendo el sufrimiento del paciente, tiene como consecuencia necesaria la precipitación del fallecimiento (sería absurdo asumir que se cura matando)⁽²⁹⁾. Como serían los casos de sedación terminal, que acelera el proceso de muerte⁽³⁰⁾; o la retirada

(29) Vid. como ejemplo de tratamiento paliativo de enfermedad no terminal (deterioro cognitivo moderado-severo por enfermedad de Alzheimer y dependencia funcional severa de carácter permanente e irreversible en el tiempo no existiendo terapéutica medicamentosa para su curación) el caso de la STS, Sala 1.^a, 596/2017 (LA LEY 158992/2017).

(30) Como el primero de los casos enjuiciado por la SJP núm. 2 de Burgos 105/2019 (LA LEY 48225/2019), del que se considera que la sedación instaurada «conducía de manera necesaria al fallecimiento del paciente, iniciando una disminución de conciencia cada

del soporte vital del enfermo terminal. Matar sin más, aún a petición del paciente, no se convierte en un cuidado paliativo. Pasaríamos de la atipicidad del acto sanitario a la posibilidad de su justificación basada en el propósito de evitar más sufrimientos al enfermo terminal. Con el ejemplo de la sedación paliativa: cuando no acelera el proceso de muerte del paciente (incluso lo puede desacelerar), además de paliativa (no trata de curar la enfermedad irreversible), sería curativa (trata de evitar los sufrimientos); mientras que no puede ser curativa cuando precipita la muerte, aunque con ello se eviten paliativamente padecimientos al paciente.

Para acabar de ilustrar la relación entre las finalidades curativa y paliativa del tratamiento sanitario, podemos valernos del segundo de los casos enjuiciado en la citada meritoria SJP núm. 2 de Burgos 105/2019 (LA LEY 48225/2019), por la que se condena como delito de homicidio imprudente al médico que aplica una sedación no indicada, sin el consentimiento de la paciente (que en su estado inicial de ingreso hospitalario pudo prestarlo), y sin que las enfermedades que padecía estuvieran en fase terminal. La sedación aplicada carecía de toda finalidad curativa, y cabe decir que también de justificación paliativa⁽³¹⁾. Se acredita que el fallecimiento fue causado por la sedación practicada⁽³²⁾, convirtiendo en terminal un cuadro clínico que, en la situación concreta de partida, antes de la sedación, no lo era.

— Cuestión distinta es la aplicación de recursos sanitarios para prolongar un proceso terminal manteniendo la vida biológica del paciente sin posibilidad alguna de mejora, incluso con el precio de mayores padecimientos e indignidad de las condiciones de supervivencia humana ya difícilmente soportables. Tales cuidados no serían ya ni curativos ni paliativos. Se trataría, entonces, de un ensañamiento asistencial, que, seguramente, queriendo orillar cualquier riesgo de incurrir en responsabilidad por homicidio de quien lo aplica, podría ser constitutivo del delito de lesiones⁽³³⁾.

La más compleja problemática jurídica se suscita cuando los cuidados paliativos se aplican para mejorar la calidad de vida del paciente, pero al previsible o necesario precio de disminuir el tiempo de esperanza de vida como efecto secundario, como se suele hacer más evidente en la fase terminal de su enfer-

vez más profunda hasta anularla totalmente, produciendo el fallecimiento», que, sin embargo, pudo evitarse en la situación concreta al interrumpir ese tratamiento otro facultativo. *Vid. supra* I.

(31) Por eso, la no condena por el delito doloso de homicidio se deduce que resulta de una muy benévola aplicación del principio de *in dubio pro reo*.

(32) *Vid.* FD IV y V.

(33) *Vid.* GIMBERNAT ORDEIG, E., «El problema jurídico de la muerte y del dolor», *op. cit.*, págs. 1 y ss.

medad irreversible. Y en una situación en la que se ven implicados, además del propio paciente, sus allegados y los profesionales que participan en su asistencia sanitaria. Frecuentemente, entran en tensión el debido respeto al derecho a la vida, al derecho a la salud y a la dignidad personal.

Entre las circunstancias a considerar para determinar la relevancia jurídica de la actuación sanitaria en este grupo de casos, es principal la de la *voluntad del paciente* sobre las condiciones de su tratamiento sanitario, y en particular cuando al que vaya a ser sometido tenga carácter paliativo⁽³⁴⁾. No hay que olvidar que la vida humana y la salud e integridad de la persona son bienes jurídicos disponibles solo para su titular: el suicidio y la tentativa de suicidio, las autolesiones y su tentativa no son delito. Pero en cuanto que nuestra legislación penal sanciona cualquier implicación en el suicidio de otro, con esa referencia del carácter delictivo de cualquier participación, parece consecuente mantener la tipicidad de matar a otro aunque fuese por motivos humanitarios, incluso por petición consciente y libre del paciente, sin perjuicio de su licitud, al amparo de la concurrencia de una causa de justificación⁽³⁵⁾. Pero, en todo caso tomando muy en consideración, de haber podido contar con ella, la voluntad al respecto del paciente.

A) *Asistencia sanitaria rechazada por el paciente*

El rechazo de asistencia sanitaria (vital, curativa o paliativa), libremente manifestado por el paciente, es obligado asumirlo como ejercicio de su derecho fundamental a la libertad de decidir sobre sí mismo, y, en particular, sobre su salud y su vida, que se sustenta en su dignidad personal, y reconocen y amparan los arts. 1, 10, 15 y 17 CE⁽³⁶⁾. Frente a la vulneración de ese derecho, el art. 172 CP protege la libertad de decidir sobre sí mismo tipificando como delito de coacciones impedir a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o compeler a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto⁽³⁷⁾. En el ámbito sanitario, como adelantamos⁽³⁸⁾, la LAP en su art. 2.1 asume como principio básico de su regulación la dignidad de la persona humana y el respeto a la autonomía de su

(34) Vid. *id.*; ROMEO CASABONA, C. M.^a, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, *op. cit.*, pág. 431.

(35) Cfr. BARQUÍN SANZ, J., «La eutanasia como forma de intervención en la muerte de otro», en ROXIN, C. / MANTOVANI, F. / BARQUÍN, J. / OLMEDO, M., *Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, Comares, Granada, 2001, págs. 172 y ss.

(36) Como confirma la STC 37/2011 (LA LEY 14199).

(37) ROMEO CASABONA, C. M.^a, *El Médico y el Derecho Penal I. La actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)*, *op. cit.*, pág. 357; SOLA RECHE, E., «Delitos contra la libertad», en ROMEO CASABONA, C. M.^a / SOLA RECHE, E. / BOLDOVA PASAMAR, M. A. (Coords.), *Derecho Penal. Parte Especial*, *op. cit.*, págs. 154 y s.

(38) Vid. *supra* III.1.

voluntad. Muy excepcionalmente cabe limitar estos derechos de la persona; p. ej., cuando en conflicto con razones de salud pública se hace necesario imponer coactivamente un tratamiento⁽³⁹⁾.

La aplicación forzosa de tratamientos por parte del sanitario o de los allegados que están al cargo del paciente, o la autorización de los mismos por las autoridades sanitaria o judicial, podrían ser constitutivos del delito de coacciones. La objetiva beneficencia (p. ej., para salvarle la vida o evitarle graves padecimientos), en cuanto supone contrariar el rechazo conocido del paciente, según las circunstancias, podría atenuar o eximir de la responsabilidad penal de quien se responsabilice del tratamiento sanitario (personal sanitario, autoridad sanitaria o judicial, o allegados y familiares). Pero en tanto que esto ocurra no respetando su libertad de decisión vinculada a su dignidad como persona humana, considero que dicha posibilidad tendría que resolverse en el ámbito de la reprochabilidad. En esas circunstancias no debería otorgarse patente de legalidad, con disminución o anulación de lo injusto de la conducta típica, por vía de las causas de justificación (incompletas o completas).

B) *Asistencia sanitaria no rechazada por el paciente*

En mi opinión el enfoque cambia totalmente cuando no consta el rechazo del paciente. De ahí que haya anticipado el carácter principal de la cuestión del dato del sentido de su voluntad conocida, preferentemente a otros datos también que considerar. Probablemente se trate ésta de la situación más frecuente en el caso de pacientes ancianos, en general, y terminales, en particular. Bien porque ya enfermos confíen en que su entorno sanitario y familiar resolverán lo mejor para él; o porque adopte una actitud refractaria de acometer la gravedad de su proceso; o porque la situación crítica sobrevenga en malas condiciones para anticipar cuál es y será su voluntad⁽⁴⁰⁾.

Si la asistencia sanitaria al paciente terminal está técnicamente indicada y no consta su rechazo (tanto más cuando es expresamente consentida o solicitada), su prestación no solo no habría de plantear problema legal alguno, sino que incluso se convierte en un *acto debido*. No por ser anciano o padecer una enfermedad terminal ve mermados sus derechos, y la denegación de asistencia sanitaria por el profesional puede ser constitutiva del delito previsto en el art.

(39) Vid. el art. segundo LOMESP.

(40) No extraña que en los casos de la SJP de Burgos 105/2019 (LA LEY 48225/2019) y de la STS, Sala 3.ª, 1452/2012 (LA LEY 23797/2012), se recabara de los familiares el consentimiento informado para el tratamiento paliativo, pretendiendo con ello la cobertura jurídica para una sedación paliativa (necesariamente conducente a la muerte) de enfermos más que cuestionablemente terminales.

196 CP⁽⁴¹⁾; incluso si se trata de no profesionales (p. ej., allegados de los que depende) que no le proporcionan dicha asistencia, podrían ser responsables de los delitos de omisión del deber de socorro del art. 195, o de los homicidio o lesiones en sus respectivas modalidades dolosa o imprudente⁽⁴²⁾. Toda asistencia sanitaria no rechazada, en tanto que se preste con finalidad curativa, paliativa o no, es atípica. Y en condiciones de que el paciente la necesite y pueda prestársele, comporta un deber asistencial.

Los motivos de conciencia para desatender al enfermo terminal en esas condiciones, de sus allegados o del profesional, no interfiriendo en el que consideren proceso natural o divino, no pueden eximir de los delitos tipificados como infracción de los correspondientes deberes de asistencia no rechazada por el paciente.

Si la asistencia sanitaria es de naturaleza exclusivamente paliativa, pero supone la asunción de riesgos para el estado de salud o para la vida del paciente (p. ej., de grave infección por intubación para darle el soporte vital de ventilación mecánica, o del acortamiento de su vida como consecuencia de sedación farmacológica de demanda creciente para paliar sus padecimientos), la materialización de los riesgos en un resultado lesivo (agravamiento de su estado de salud o su muerte) suele desencadenar el cuestionamiento de su licitud.

— En estos casos, procede, en primer lugar, descartar que con el propósito paliativo (es obvio que el tratamiento no pretende curar la enfermedad terminal) concurre el propósito curativo respecto a otros procesos concomitantes. Ya sea para evitar la muerte del paciente (p. ej., necesitado de respiración asistida), o graves padecimientos (p. ej., fuertes dolores físicos). Partimos de que dispensado el tratamiento, observando el objetivo deber de cuidado y la *lex artis*, aunque sobrevenga un resultado adverso (de agravamiento o muerte) en relación de causalidad, al tratarse de un tratamiento con decisiva finalidad curativa, es atípico. En cambio, si la finalidad es exclusivamente paliativa (no curativa), la precipitación de la muerte previsible, prevista o no, no sería ya atípica⁽⁴³⁾. Pero en esas condiciones, se abre un amplio abanico de posibilidades para fundamentar la exención de la responsabilidad penal.

(41) Vid. ROMEO CASABONA, C.M.^a, «Art. 196», en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. / ROMEO CASABONA, C. M.^a (Coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial, II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 660 y ss.

(42) Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Art. 143», en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. / GRACIA MARTÍN, L. (Coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial I, Títulos I a VI y faltas correspondientes*, op. cit., págs. 235 y s.

(43) Cfr. con el caso de denegación de ingreso del paciente en la UCI que contempla la STS, Sala 3.^a, 1452/2012 (LA LEY 23797/2012), y cuál podría haber sido su valoración en la jurisdicción penal.

— En el ámbito de las causas de justificación que podrían comportar la licitud de la conducta típica, se suelen invocar el estado de necesidad (art. 20. 5 CP) y la legitimidad de obrar en el ejercicio de la profesión sanitaria (art. 20.7 CP). Sin embargo, a mi juicio, por la simétrica consideración de que el coactivo sometimiento a un tratamiento rechazado es antijurídico por ser una obligación (un deber) para sanitarios y allegados abstenerse de contrariar la conocida voluntad del paciente, impone que, cuando no haya sido rechazado el tratamiento paliativo indicado, se genere el correspondiente deber. Si es un derecho del paciente, consecuentemente es obligado aplicar el cuidado paliativo, y quien así actúe estará obrando en cumplimiento de un deber que, en su caso, ampararía la licitud de la conducta conforme a la previsión que también contiene el art. 20.7.

Esta preferencia por la causa de justificación de cumplimiento de un deber sobre las de estado de necesidad y ejercicio legítimo de la profesión sanitaria tiene implicaciones no poco importantes. Trasciende de la (eventual) facultad que amparan tanto el estado de necesidad, como la legitimidad del ejercicio de un actuación profesional o de un derecho, a que en todo caso se trate del deber de llevar a cabo una acción típica; cuya infracción no sólo sería típica en un escenario de colisión de deberes, sino que, además, podría no quedar completamente justificada. Permitiendo de paso integrar de mejor manera el deber de los no sanitarios, familiares y allegados; no es que ejerzan legítimamente un derecho suyo, sino que prestarían, en lo que les corresponda, la debida asistencia al paciente terminal.

En efecto, para iniciar el argumento desde un punto seguro, contemos con que nadie discutiría que la sedación del paciente, no rechazada y que permite prolongar su estado terminal al evitarle insoportables sufrimientos que precipitarían su muerte, no merece reproche alguno; y que lo reprochable sería permitir que fallezca antes y con graves padecimientos. Esto aparenta que lo decisivo es si se prolonga o no la vida biológica del paciente terminal, relegando la importancia de su voluntad. Pero así llegaríamos al absurdo de que si se le mantiene con vida sufriendo graves padecimientos que incluso en estado de consciencia hubiera manifestado que quería evitarlos aun a costa de no prolongar su agonía, no sería reprochable. De ser así, la tortura a través del ensañamiento terapéutico sería lícita, quedaría justificada⁽⁴⁴⁾. Y no puede admitirse que, por un lado, el rechazo del tratamiento deba ser respetado, y a la vez sostener que no es un deber respetar el no rechazo del tratamiento paliativo porque pueda suponer el acortamiento del tiempo de su vida biológica. Con las garantías de la certeza de que no se haya rechazado, de la indicación médica y su aplicación conforme a

(44) Lo absurdo de esta conclusión lo ilustra claramente GIMBERNAT ORDEIG, E., «El problema jurídico de la muerte y del dolor», *op. cit.*, pág. 3.

la *lex artis*, la asistencia paliativa deja de ser una opción y se convierte en una obligación.

En consecuencia, la infracción del deber de prestar los cuidados paliativos médicamente indicados y no rechazados por el paciente terminal, puede ser constitutiva de delito: obviamente de homicidio, si su omisión comporta el acortamiento de la vida (por no paliar los graves padecimientos que precipitan su fallecimiento); o de lesiones, cuando la enfermedad provoque graves padecimientos que los cuidados paliativos mitigarían aunque tengan como efecto secundario el acortamiento del tiempo de vida.

IV. RECOMENDACIONES PARA LAS REFORMAS LEGALES

Las cuestiones analizadas, y la controversia aparejada, ponen de manifiesto la necesidad de un marco seguro de actuación: tanto para la persona concernida, su familia y allegados, y los profesionales sanitarios implicados.

Ni por anciana, ni por enferma, la persona ha de verse privada de su derecho de autodeterminación ni de su dignidad. La máxima protección que es obligado dispensar en todo momento a los bienes jurídicos vida y salud e integridad, en ningún modo puede ser ajena a su soporte en el respeto a la dignidad humana, que para los casos que nos ocupan comporta el derecho de disponibilidad de la propia vida en situaciones terminales.

Dada la situación de enfermedad terminal, en el sentido aquí analizado, la dependencia de cuidados sanitarios no tendría que suponer que el paciente pierda esa autonomía, ni que su vida queda devaluada. La persona sigue siendo titular de sus derechos a la salud y a la vida. Y mantiene el derecho a vivir o fallecer como considere más digno en tanto pueda haber hecho uso de su capacidad de transmitir a los demás su voluntad⁽⁴⁵⁾.

La implicación corresponsable de los profesionales sanitarios, en primer lugar y sobre todo, tiene que ser respetuosa con la voluntad conocida del paciente; en segundo lugar, para cuando esa voluntad no es conocida, o no se pueda inferir de los datos que del mismo se tienen, debe primar el respeto a la dignidad humana incluso sin otorgar una incuestionada preferencia al valor del soporte exclusivamente biológico de la vida. Y esto atañe también a los familiares y allegados del paciente. De modo que la voluntad de éste no ha de ser suplida por la de aquéllos. Tan lícito puede ser mantenerlo con vida con tratamiento paliativo, como precipitar su muerte para evitar padecimientos.

(45) Respecto a la limitada implementación en nuestro ordenamiento jurídico de las llamadas instrucciones previas, *vid.* ROMEO CASABONA, C. M.^a, «El homicidio y sus formas», *op. cit.*, pág. 50.

Por eso, a día de hoy es completamente rechazable, y preocupante, la ausencia de una expresa referencia a la voluntad del paciente (de una enfermedad grave e incurable, o grave, crónica e invalidante) para exonerar de responsabilidad (sólo) a los médicos que con actos necesarios y directos causen o cooperen a la muerte de una persona en tales condiciones, en la proyectada modificación del CP por la vía de la DF primera de la Proposición de LO 122/20, de regulación de la eutanasia. Por más que haya incluido una remisión «a los términos establecidos en la normativa sanitaria», evidentemente huidiza, si hay alguna norma en la que debe contenerse expresamente la fundamental consideración de la voluntad del paciente, parece que deba ser el propio CP. Para que a las claras no se convierta el padecimiento de «una enfermedad grave e incurable o enfermedad grave, crónica e invalidante» en una incondicionada licencia para «causar o cooperar a la muerte de una persona»; despreciando que la persona haya expresado su voluntad de seguir viviendo, de seguirse tratando, aun cuando su invalidez (y desvalimiento) no le impida mantener cierta calidad de vida. Esta propuesta oficial de modificación parece pretender otorgar a una gestión utilitaria de los recursos sanitarios la decisión sobre el mantenimiento de la vida de quienes sufran esa clase de graves enfermedades. No puede perderse en el camino la mayor importancia que tiene la voluntad conocida del paciente respecto a su tratamiento y sus consecuencias, contrariando los más importantes instrumentos normativos que dan protagonismo al derecho de autodeterminación del paciente y despreciando la dignidad de la persona que se manifiesta críticamente en las decisiones sobre su supervivencia. No se puede ni debe socializar la vida de mala calidad sanitaria de los otros. Sería ésta una orientación cuasicriminógena. Y sería abiertamente contrario al debido respeto a la dignidad de la persona que, por razones de supuesta justicia distributiva o utilitarismo en el reparto de la escasez de recursos sanitarios, la vejez se asuma como factor discriminatorio frente al principio de igualdad aplicado al acceso a esos recursos. Más concretamente, no es defendible que en épocas de crisis el paciente anciano sólo tenga acceso a terapias paliativas, y no a terapias curativas.

Siendo el que más, no es, sin embargo, el único grave defecto de la propuesta de nueva regulación:

— Ayudaría también, para facilitar la toma de decisiones, la inclusión, no excluyente, en el texto de la mención a la enfermedad terminal, con el sentido que se le ha dado en el primer apdo. de este cap.;

— Expresamente se despenaliza la conducta del médico, y nada se dice del resto del personal sanitario, o no sanitario, incluidos los allegados y fa-

miliares que pueden tomar parte necesaria, causal o decisiva en el proceso de muerte del paciente⁽⁴⁶⁾.

— La dignidad de las personas se expone tanto más vulnerable cuanto mayor fragilidad tenga su titular. Enfermedad y ancianidad frecuentemente provocan un desvalimiento que desorienta a quienes tratan a las personas que las padecen. Para el objetivo de alcanzar mayores cotas de seguridad jurídica, dando congruencia a las consecuencias jurídicas derivadas de la asistencia sanitaria a enfermos terminales (prestada por profesionales sanitarios o, en su caso, por familiares o allegados) considero importante *cambiar la percepción de que*:

— Existe una radical antinomia entre cuidados curativos y cuidados paliativos. Tratándose de una enfermedad irreversible, frecuentemente estos últimos participan de la misma finalidad de los otros: los cuidados paliativos pueden tener una finalidad curativa.

— Los cuidados paliativos son en realidad actos de eutanasia. Aunque los cuidados paliativos partan de la necesaria renuncia a sanar una enfermedad grave y mortal, incluso terminal, ya ha quedado dicho que es las más de las veces incierto que carezcan de toda finalidad curativa. Frecuentemente, tienen por finalidad alargar la supervivencia del paciente; y, en todo caso, la de mejorar la calidad de vida de él y de su entorno, aun cuando pueda comportar la reducción del tiempo de supervivencia.

— El contexto de graves padecimientos en los que se habilitan los cuidados exclusivamente paliativos, aunque comporten la precipitación de la muerte del paciente, hace deseable la clara separación en el articulado del CP de las formas punibles de participación en el suicidio de otro, de la regulación de la eutanasia⁽⁴⁷⁾.

V. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA, *Recomendación 1418/1999 sobre Protección de los derechos humanos y la dignidad de los enfermos terminales y moribundos*, 24.^a sesión, junio de 1999.

BARQUÍN SANZ, J., «La eutanasia como forma de intervención en la muerte de otro», en ROXIN, C. / MANTOVANI, F. / BARQUÍN, J. / OLMEDO, M., *Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, Comares, Granada, 2001.

(46) Vid. BARQUÍN SANZ, J., «Despenalización de la eutanasia: no empezamos bien», *Almacén de Derecho*, febrero de 2020, págs. 1 y ss. Disponible en: <https://almacenederecho.org/despenalizacion-de-la-eutanasia-no-empezamos-bien> [Última consulta: 20 de marzo de 2021].

(47) Cfr. GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL (GEPC), *op. cit.*, págs. 27 y 36 y ss.

- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (CGPJ) / MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO, *Documento de Consenso sobre Situaciones al final de la vida*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, mayo de 1999. Disponible en: https://www.mscbs.gob.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/excelencia/cuidadospaliativos-diabetes/CUIDADOS_PALIATIVOS/opsc_est7.pdf.pdf [Última consulta: 20 de marzo de 2021].
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Art. 143», en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. / GRACIA MARTÍN, L. (Coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial I, Títulos I a VI y faltas correspondientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL (GEPC), *Una alternativa al tratamiento jurídico de la disponibilidad de la propia vida*, GEPC, Madrid, 1993.
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U., «El obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. El consentimiento», en ROMEO CASABONA, C.M.^a / SOLA RECHE, E. / BOLDOVA PASAMAR, M. A. (Coords.), *Derecho Penal. Parte General. Introducción. Teoría jurídica del delito*, Comares, Granada, 2016.
- MENDES DE CARVALHO, G., *Suicidio, eutanasia y Derecho penal. Estudio del art. 143 del Código penal español y propuesta de lege ferenda*, Comares, Granada, 2009.
- MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO, *Plan Nacional de Cuidados Paliativos. Bases para su desarrollo*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 2001. Disponible en: https://www.mscbs.gob.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/excelencia/cuidadospaliativos-diabetes/CUIDADOS_PALIATIVOS/opsc_est7.pdf.pdf [Última consulta: 20 de marzo de 2021].
- PÉREZ DÍAZ, J. / ABELLÁN GARCÍA, A. / ACEITUNO NIETO, P. / RAMIRO FARIÑAS, D., «Un perfil de las personas mayores en España, 2020. Indicadores estadísticos básicos», *Informes Envejecimiento en red*, núm. 25, marzo 2020. Disponible en: <http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/enred-indicadoresbasicos2020.pdf> [Última consulta: 20 de marzo de 2021].
- ROMEO CASABONA, C. M.^a, *El Médico y el Derecho Penal I. La actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)*, Bosch, Barcelona, 1981.
- ROMEO CASABONA, C. M.^a, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994.
- ROMEO CASABONA, C.M.^a, «Art. 196», en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. / ROMEO CASABONA, C. M.^a (Coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial, II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

ROMEO CASABONA, C. M.^a, «El homicidio y sus formas», en ROMEO CASABONA, C. M.^a / SOLA RECHE, E. / BOLDOVA PASAMAR, M. A. (Coords.), *Derecho Penal. Parte Especial*, Comares, Granada, 2016.

ROMEO CASABONA, C. M. / URRUELA MORA, A. (Reds.) et. al., *Informe del Ministerio de Sanidad sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia: el SARS-CoV-2*, Ministerio de Sanidad, Madrid, 2020. Disponible en: https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/200403-INFORME_PANDEMIA-FINAL-MAQUETADO.pdf [Última consulta: 20 de marzo de 2021].

SOLA RECHE, E., «Delitos contra la libertad», en ROMEO CASABONA, C. M.^a / SOLA RECHE, E. / BOLDOVA PASAMAR, M. A. (Coords.), *Derecho Penal. Parte Especial*, Comares, Granada, 2016.

Páginas electrónicas

BARQUÍN SANZ, J., «Despenalización de la eutanasia: no empezamos bien», *Almacén de Derecho*, febrero de 2020. Disponible en: <https://almacenederecho.org/despenalizacion-de-la-eutanasia-no-empezamos-bien> [Última consulta: 20 de marzo de 2021].

GIMBERNAT ORDEIG, E., «El problema jurídico de la muerte y del dolor», *El Mundo*, abril de 2005.

MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C., «La sociedad cautiva», *El Mundo*, mayo de 2020. Disponible en: <https://www.elmundo.es/opinion/2020/05/03/5eae984efc6c83b0498b45e7.html> [Última consulta: 20 de marzo de 2021].

VI. TABLA DE JURISPRUDENCIA CITADA

RESOLUCIÓN	PONENTE	LA LEY	ECLI:ES:
STC 37/2011	PÉREZ VERA	14199/2011	TC:2011:37
STS 533/2019	MARTÍNEZ ARRIETA	158438/2019	TS:2019:3552
AAP Madrid (Sec 27) 998/2017	CALDERÓN GONZÁLEZ	93044/2019	APM:2019:1891A
SJP 2 Burgos 105/2019	GUTIÉRREZ UBIERNA	48225/2019	JP:2019:17
STS (Sala 1) 596/2017	BAENA RUIZ	158992/2017	TS:2017:3925
STS (Sala 3) (Roj: STS 1452/2012)	PICÓ LORENZO	23797/2012	TS:2012:1452
STS (Sala 3)	LECUMBERRI MARTÍ	72678/2012	TS:2012:3822
STSJ Andalucía (Cont) 845/2019	GOLLONET TERUEL	83717/2019	TSAND:2019:5305

CAPÍTULO 16

DECISIONES AL FINAL DE LA VIDA⁽¹⁾

Carlos María Romeo Casabona
Catedrático de Derecho Penal
Director del Grupo de Investigación
Cátedra de Derecho y Genoma Humano
Universidad del País Vasco/EHU
Escuela de Pensamiento,
Fundación Mutualidad Abogacía

(1) El presente trabajo se realiza en el marco de la financiación del Gobierno Vasco a Grupos de Investigación del Sistema Universitario Vasco (IT1066-16).

I. CONSIDERACIONES CONSTITUCIONALES Y POLÍTICO-CRIMINALES SOBRE EL DERECHO A LA VIDA Y LA DISPONIBILIDAD DE LA PROPIA VIDA

1.1. El marco constitucional sobre la disponibilidad de la propia vida

Se ha venido discutiendo con cierta intensidad si puede encontrarse en el marco constitucional español un fundamento sólido relativo a un derecho a la disponibilidad de la propia vida como presupuesto de la licitud de las conductas suicidas, del rechazo de un tratamiento vital y de la eutanasia, y el alcance que debería otorgarse a ese supuesto derecho; en particular si permitiría involucrar en su ejercicio a terceras personas.

Es, ciertamente, una materia compleja, respecto a la cual los juristas apenas han encontrado puntos de unánime o de no discutida coincidencia: desde quienes han sostenido que al tratarse de un derecho de garantía, se protege la vida humana con independencia de la voluntad de vivir o de morir de su titular, pasando por quienes estiman que del derecho fundamental a la vida que garantiza la CE en su art. 15 no se deriva este supuesto derecho, también fundamental, hasta quienes sostienen la disponibilidad de la misma, quedando abierta en este caso la discusión de si es compatible con el texto constitucional que terceros puedan participar en la muerte de otro, a solicitud del mismo, pudiendo llegar incluso a su ejecución; finalizando, en el otro extremo, con quienes lo entroncan como un verdadero derecho fundamental, e inconstitucionales los preceptos que se opongan a su ejercicio⁽²⁾.

(2) He aquí un muestrario de diversas posturas: ARRUEGO RODRÍGUEZ, G., *Derecho fundamental a la vida y muerte asistida*, Comares, Granada, 2019, págs. 75 y ss., CARBONELL MATEU, J. C., «Suicidio y eutanasia», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 6.ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 82 y ss. (el derecho fundamental a la vida es disponible, el DP sólo debe proteger la vida querida, la punición penal de las conductas de terceros relacionadas con el suicidio y la eutanasia es inconstitucional); DÍAZ ARANDA, E., *Dogmática del suicidio y homicidio consentido*, Centro de Estudios Judiciales del Ministerio de Justicia e Interior y Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1995, pág. 91 y ss. (existe un derecho fundamental a la libre autodeterminación de la vida por su titular, pero no faculta a la intervención de terceros, pues éstos están ya incidiendo en ese derecho); Díez RIPOLLÉS, J. L., «Artículo 143», en Díez RIPOLLÉS, J. L. / GRACIA MARTÍN, L. / LAURENZO COPELLO, P., *Comentarios al código penal. Parte Especial. Títulos I a VI y faltas correspondientes*, Tirant lo

Conuerdo con quienes sostienen que no existe un derecho a la disponibilidad de la propia vida, o un derecho a la muerte, en el art. 15 de la CE o en otros preceptos de la misma⁽³⁾, sino una libertad o facultad, no exigible constitucionalmente (es decir, ni a los poderes públicos ni a los terceros particulares), de disponer de ella por uno mismo. Sin embargo, tampoco existe el deber de vivir contra la propia voluntad, siempre que el nacimiento de la voluntad de no continuar viviendo no haya sido provocado por terceros (inducción al suicidio). Por tanto, al ser un derecho de garantía, este derecho fundamental no faculta a los particulares ni al Estado para imponer seguir viviendo coactivamente contra la decisión individual⁽⁴⁾, sin perjuicio de las excepciones que ha declarado el TC en relación con la huelga de hambre en el ámbito penitenciario, donde reconoce que en relación con la disponibilidad de la propia vida nos hallamos ante un *agere licere*, una actuación no prohibida⁽⁵⁾, concluyendo que «no es

Blanch, Valencia, 1997, pág. 177 y ss. (el derecho a prescindir de la propia vida no forma parte del contenido del derecho fundamental del art. 15 CE; la legitimidad del ejercicio a disponer de la propia vida queda condicionada a la exclusiva intervención del suicida o a ayudas de terceros de carácter secundario); FLORES MENDOZA, F., *La objeción de conciencia en Derecho Penal*, Comares, Granada, 2001, págs. 409 y 423 y ss. (la disposición de la vida realizada por el propio interesado es constitucionalmente lícita; sin embargo, la CE ha dejado abierta la cuestión de la disponibilidad de la propia vida mediante terceros y el legislador ordinario ha optado por considerarla un bien jurídico indisponible); MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, 22.ª Ed., Tirant lo Blanch, 2019, pág. 65 (no se tiene el derecho a disponer libremente de la propia vida y, en consecuencia, el titular no está legitimado para autorizar a los demás que le maten); NÚÑEZ PAZ, M. A., *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad: problemática jurídica a la luz del Código Penal de 1995*, Tecnos, Madrid, 1999, pág. 307 y ss. (de acuerdo con el art. 15 de la CE puede hablarse de disponibilidad de la propia vida, lo que supone para terceros la obligación de abstenerse frente esta decisión; en las demás situaciones de intervenciones de terceros corresponde al legislador penal establecer los límites de las mismas); TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Ministerio de la Presidencia), Madrid, 1999, pág. 539 (la negativa a consentir acciones salvadoras ajenas —como un tratamiento médico— está protegida por el derecho a la integridad física del art. 15 CE; el suicidio no constituye un derecho fundamental reconocido como tal por la CE).

- (3) La tesis que mantengo aquí, es un resumen y revisión de lo expuesto en ROMEO CASABONA, C. M., *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, CERA, Madrid, 1994, págs. 101 y ss., y ROMEO CASABONA, C. M., *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Comares, Granada, 2004 adonde me remito. Vid. argumentos en esta línea de la SAP Cantabria, de 23 de abril de 1998.
- (4) Apunta esta argumentación Díez Ripollés, J. L., «La huelga de hambre en el ámbito penitenciario», *Cuadernos de Política Criminal (CPC)*, núm. 30, 1986, pág. 616 y s.; Díez Ripollés, «Artículo 143», *op. cit.*, pág. 177 y s.
- (5) «(...) es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho [a la vida].». STC 120/1990, 27 de junio, FJ núm. 7. Concordante la STC 137/1990, de 19 de julio.

posible admitir que la Constitución garantice en su art. 15 el derecho a la propia muerte (...).»⁽⁶⁾.

Al no ser el derecho a la vida renunciable, aunque tampoco absoluto, del mismo modo que no lo son los demás derechos fundamentales, no cabe hacer dejación de la propia vida en favor de terceros (p. ej., por haberlo establecido contractualmente). Sin perjuicio de lo anterior, sí es compatible con la CE (tal vez diríamos mejor: no se enfrenta con la CE) que se involucre a un tercero en la decisión de quitarse uno la propia vida, siempre que el titular del derecho conserve un control sobre el proceso (frente a otras formas de coautoría o de autoría) y se establezcan las suficientes garantías constitucionales derivadas del derecho fundamental, lo que veremos más abajo que no es tarea fácil, pero no se puede inferir de ello que se sustente en un derecho constitucional⁽⁷⁾.

Por consiguiente y en conclusión, están abiertas al legislador ordinario⁽⁸⁾ tanto las opciones de que prohíba y sancione los comportamientos de terceros relacionados con la conducta o la voluntad de que una persona disponga de su propia vida —pero nunca los realizados por ella misma— como que los permita, en este caso rodeándolos de las garantías jurídicas necesarias y suficientes y con las limitaciones que aquél considere procedentes. Y es a partir de aquí cómo este tipo de decisiones del legislador constituyen ya materia de política criminal, sobre las cuales los ciudadanos, como integrantes de una sociedad plural y de un Estado Democrático de Derecho, pueden manifestar sus puntos de vista, siempre que se halle garantizada por una libre formación de la opinión: transparente, imparcial y no manipulada.

II. LAS DECISIONES AL FINAL DE LA VIDA: LA INTERRUPCIÓN Y LA FINALIZACIÓN DEL TRATAMIENTO MÉDICO

2.1. Los presupuestos fácticos: su relevancia jurídica

La proximidad de la muerte de una persona vinculada a una patología o como consecuencia de procesos traumatológicos puede presentarse de formas

(6) *Ibid.*

(7) Muy próximos en las conclusiones y con líneas argumentales en conjunto no muy distantes MUÑAGORRI LAGÜÍA, I., *Eutanasia y Derecho Penal*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1994, pág. 50 y ss.; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo C.P. (art. 143)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 36 y ss.

(8) La LAP ha dado un importante paso, al reconocer explícitamente el derecho a rechazar un tratamiento, sea o no vital, eliminando así las graves deficiencias de redacción de que adolecía sobre esta cuestión la LGS, derogada en este punto (art. 10, núm. 6 y 9. *Vid.* sobre esta discusión ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, *op. cit.*, pág. 434 y ss.): «Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito» (art. 2.4).

muy variadas, y puede acercarnos a comportamientos cuestionables para el Derecho, como son el rechazo de un tratamiento médico vital, el suicidio y la eutanasia.

En primer lugar, puede tratarse de una persona con una enfermedad grave y crónica, terminal o en estado de inconsciencia (coma). Es frecuente que la persona haya llegado a alguna de estas situaciones por haber arrastrado previamente una enfermedad que ha evolucionado a situaciones extremas, siendo en ocasiones de difícil o dudosa recuperación, y pueden dar lugar a graves e insoportables padecimientos. Si se produce la pérdida de la conciencia hay que diagnosticar su etiología (puede ser transitoria debido a otra dolencia previa), así como valorar su persistencia y reversibilidad. Como es fácilmente asumible, estas variadas situaciones ligadas al final de la vida se presentan con mayor frecuencia en las personas a medida de que va avanzando el proceso de envejecimiento. En segundo lugar, el estado de postración puede ser de origen traumatológico, que puede venir acompañado de procesos graves, agudos y dolorosos.

Conocer la voluntad del paciente en momentos tan críticos queda con frecuencia excluido, a salvo de que se hubiera dejado constancia fehaciente con anterioridad por medio de las llamadas instrucciones previas, lo que comporta la toma de decisiones por parte de terceros, como son sus familiares y otras personas próximas —en particular si mantuvieron con aquél una relación de convivencia—, los profesionales médicos y sanitarios y, en casos muy aislados, la propia autoridad judicial.

Los aspectos jurídicos problemáticos radican, en primer lugar, en saber cuál ha de ser el comportamiento más adecuado a la situación personal específica del paciente, que en todo caso ha de estar presidido por la búsqueda de confluencia entre la promoción de su bienestar y el respeto de su autonomía.

Precisamente, la obligada vinculación a la autonomía del interesado, la cual se manifiesta mediante la expresión de su voluntad, consintiendo o rechazando un determinado tratamiento⁽⁹⁾, sea o no vital, incide también en el concepto de bienestar. En este sentido, la idea de bienestar se integra no sólo mediante una perspectiva objetiva o material, sino también, y principalmente, mediante otra subjetiva, que es la percepción que del bienestar tenga la propia persona afectada desde su propia, individual e insustituible perspectiva, lo que reduce el margen a las valoraciones que puedan ser proyectadas por terceros. Algo semejante sucede con conceptos vinculados habitualmente con el final de la vida humana, como son el de «calidad de la vida» y el principio informador

(9) Vid. LAP arts. 2.2 y 4 y 8.1.

—o derecho fundamental, en algunos sistemas jurídicos⁽¹⁰⁾— de la dignidad humana, los cuales tienen como presupuesto la autonomía moral del individuo⁽¹¹⁾, pero no pocas veces se intenta trastocar con la intelección que de aquélla pueda tener individualmente un tercero —cualquiera—.

En segundo lugar, interesa ponderar si y cuándo estas conductas pueden entrar en el ámbito del Derecho, esto es, cuándo podemos encontrarnos con acciones u omisiones que sean la manifestación de algún derecho y cuándo serán penalmente sancionables. Es de la máxima relevancia que el individuo afectado mantenga o no una capacidad intelectual suficiente para comprender la situación en la que se encuentra, su evolución previsible y las consecuencias que de ésta pueden derivarse para él, así como las actitudes emocionales y las facultades relacionadas con la formación y con la manifestación de su voluntad y que para este fin conserve un cierto grado de comunicación con su entorno.

La conciencia de estas realidades, de la saturación en ocasiones de pacientes en estado terminal en los centros sanitarios, de los enormes costes económicos que pueden suponer tanto para las familias afectadas (agregando a éstas el desgaste emocional) como para la sociedad, sin ninguna ventaja real para la salud del paciente, para las expectativas objetivas y reales de vida, han despertado recelos, no carentes de fundamento, sobre los riesgos de una excesiva tecnificación y despersonalización de la Medicina, amparándola en la dignidad humana⁽¹²⁾; pero que estos mismos factores puedan influir, consciente o inconscientemente, en contextos o sobre decisiones proclives a facilitar o promover el tránsito final.

Para la identificación de los cuadros patológicos pre-terminales o crónicos, con graves padecimientos, y de las situaciones terminales, habrá que acudir a las descripciones realizadas por las sociedades médicas científicas, que proponen las siguientes: a) presencia de una enfermedad avanzada, progresiva, incurable; b) falta de posibilidades razonables de respuesta al tratamiento específico; c) presencia de numerosos problemas o síntomas intensos, múltiples, multifactoriales y cambiantes; d) gran impacto emocional en paciente, familia y equipo terapéutico, muy relacionado con la presencia, explícita o no, de la muerte; y, e) pronóstico de vida inferior a seis meses⁽¹³⁾.

(10) CE española, art. 14; Ley Fundamental Alemana, art. 1.1; Constitución de Brasil, art. 1.3.

(11) ROMEO CASABONA, C. M., *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, *op. cit.*, págs. 39 y ss. y 119 y ss.; NÚÑEZ PAZ, M. A., *op. cit.*, *passim*.

(12) Según la SECPAL, *Guía de Cuidados Paliativos*. Disponible en: <http://www.secpal.com//Documentos/Paginas/guiacp.pdf> [Última consulta: 8 de julio de 2021]. *Cfr.* también la EAPC.

(13) SECPAL, *op. cit.*

2.2. El principio de autonomía y el consentimiento del paciente al final de la vida

El respeto de la autonomía del paciente implica la asunción por parte de terceros (no sólo de los profesionales médico-sanitarios, sino también de los familiares y allegados, así como de los poderes públicos), de las decisiones libremente asumidas por aquél, aunque no sean compartidas socialmente, parezcan incompatibles con el sentido común o sean incluso perjudiciales para él, al menos desde una perspectiva objetiva, sin perjuicio de las limitaciones que prescriba la ley en algunas situaciones⁽¹⁴⁾.

Hoy es indiscutible que el paciente tiene el derecho a decidir sobre su propio tratamiento a partir de cierto grado de madurez o de capacidad natural de juicio (menores)⁽¹⁵⁾ y, por consiguiente, también cuando ha alcanzado edades avanzadas. Al poder afectar los actos profesionales a la integridad física y moral y a la libre autodeterminación individual del paciente, aparte de a otros derechos, el consentimiento constituye la manifestación del ejercicio de diversos derechos fundamentales que, por lo tanto, debe ser respetado y protegido como tal⁽¹⁶⁾ (p. ej., los derechos a la integridad física y moral y a la libertad ambulatoria)⁽¹⁷⁾, así como otros preceptos constitucionales en los que se proclaman como principios los de la libertad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad⁽¹⁸⁾.

Por consiguiente, el consentimiento y la información previa son obligaciones legales, como medio del respeto de la autonomía o autodeterminación del paciente, cuyos derechos fundamentales y cívicos mantienen su plena vigencia⁽¹⁹⁾

(14) En este sentido, ROMEO CASABONA, C. M., *op. cit.*, pág. 42; GÓMEZ RIVERO, M^a. C., *La responsabilidad penal del médico*, 2^a. Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 41 y 62 y s.; ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenlehre*, Beck C. H., Berlín, 1997, págs. 12 y 56.

(15) Sin perjuicio de lo que establece de forma más matizada la LAP, art. 9.3, c).

(16) Así lo reconoce el TC en su S. 120/1990, de 27 de junio, al vincular explícitamente el derecho a consentir o rechazar un tratamiento al derecho a la integridad física y moral proclamado en el art. 15 de la CE. Con posterioridad también sigue esta línea el TS (Sala Civil) en sus SS. de 12 de enero de 2001 (FJ núm. 1) y 11 de mayo de 2001. En la jurisprudencia norteamericana el fundamento constitucional del CI se ha encontrado al vincular éste con el derecho a la privacidad, el cual sí tiene reconocimiento constitucional explícito: *vid.* TARODO SORIA, S., «La doctrina del consentimiento informado en el ordenamiento jurídico norteamericano», *Derecho y Salud (DS)*, núm. 1, vol. 14, 2006, pág. 134 y ss.

(17) Arts. 15 y 17.1 de la CE, respectivamente.

(18) Arts. 1.1 y 10.1 de la CE, respectivamente. En el sentido del texto, las SS. TS (Civil) de 12 de enero de 2001 (FJ núm. 1) y 11 de mayo de 2001, ya citadas. En la doctrina, p. ej., GÓMEZ RIVERO, M^a. C., *op. cit.*, pág. 35 y ss.

(19) El desarrollo específico de los derechos de los pacientes ha sido asumido por la LAP. Su naturaleza de básica dota a esta Ley de un carácter preferencial en relación con las disposiciones correspondientes de las CCAA, garantizando así una igualdad de derechos

a pesar de la situación de disminución en que pueda encontrarse personalmente a causa de los padecimientos que provoca su enfermedad. Al mismo tiempo, debe verse como un presupuesto para el logro de otros objetivos no menos importantes en los servicios médico-sanitarios, como es asegurar el mantenimiento de la relación de confianza entre el profesional de la salud y el paciente y contribuir a elevar el nivel de la calidad asistencial⁽²⁰⁾.

2.3. La intervención de terceros en el paciente sin expectativas de recuperación

Cuando el paciente no puede tomar sus propias decisiones, bien por hallarse en estado de profunda postergación y confusión mental, o bien por sufrir un coma, son terceras personas quienes deberán tomar decisiones en su lugar, las cuales pueden ser en ocasiones de suma importancia en relación con la decisión sobre el inicio o continuación de un tratamiento o sobre la interrupción o no inicio de otras medidas asistenciales relacionadas con la enfermedad. Entonces surge la pregunta: ¿Quiénes están legitimados para tomar tan delicadas y relevantes decisiones?

A) *Aspectos previos generales: ostentación de la representación y límites de la misma*

El ámbito decisonal atribuido a terceros suele descansar principalmente en los familiares del paciente y en otras personas con vínculos de hecho con aquél de similar entidad (consentimiento por representación)⁽²¹⁾, y también en cierta medida en el facultativo, sea actuando de acuerdo con aquellos, sea en su propio ámbito decisonal reconocido legalmente.

Se ha llamado la atención sobre los riesgos que pueden comportar en algunas situaciones para el paciente dejar recaer la responsabilidad decisoria en estos casos a unos y otros (familiares y profesionales), que pueden actuar en pos de sus propios intereses personales o asistenciales más que en los del paciente, sobre todo cuando éste es una persona mayor y titular de un cierto patrimonio (en el primer caso).

En relación con esta situación se han propugnado varias soluciones. Una de ellas consiste en dejar la decisión en manos de la autoridad judicial, lo que parece poco realista, por su distanciamiento de la situación concreta, además

de todos los ciudadanos. En este sentido, ROMEO MALANDA, S., «Un Nuevo marco jurídico sanitario. La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 2003, pág. 2.

(20) *Vid.* arts. 28 y s. de la LCCSNS.

(21) Así lo entiende, desde una perspectiva garantista comprensible, pero poco realizable, GÓMEZ RIVERO, M^a. C., *op. cit.*, pág. 558.

de la carga añadida que se trasladaría a este órgano, cuya actuación debería mantenerse reservada a situaciones de (pre)conflicto. También se ha propuesto que estos casos pasen por la revisión de un comité de ética⁽²²⁾. En España existen los Comités de Ética Asistencial⁽²³⁾, que realizan labores de orientación muy oportunas, pero incluso en estas situaciones extremas no deberían abandonar su función meramente asesora y orientadora para quienes tengan que tomar legalmente este tipo de decisiones, pues asumir otra vía, como que fueran preceptivos y vinculantes sus dictámenes, conduciría a una intromisión excesiva y desproporcionada, en términos generales, tanto en la vida familiar como en la propia dinámica profesional, y podría implicar la imposición de intervenciones, por acción o por omisión, de las que, no obstante, sería responsable el profesional que interviene al paciente. Finalmente, en derecho comparado se está abriendo paso legal la figura de la «persona de confianza», designada en su momento por el paciente, quien, en la situación descrita vinculada al final de la vida, sería una suerte de testigo privilegiado, transmisor de los deseos del paciente sobre la continuación, limitación o finalización del tratamiento⁽²⁴⁾.

Contamos con unas pautas legales en las que se indica cómo debe ejercerse la representación⁽²⁵⁾, y en cierto modo se concretan las personas llamadas a prestar el consentimiento en lugar del paciente, que son aquellas vinculadas con éste por razones familiares o de hecho (consista ésta o no en una vinculación de convivencia). Estas personas también podrán intervenir en la toma de decisiones, y por lo que concierne a los familiares, por mantener similar fundamento, es necesaria la existencia de un vínculo fáctico real.

En todo caso, las personas que ostenten la representación legal del paciente ejercerán de forma exclusiva la toma de las decisiones relativas al tratamiento de aquél, sin perjuicio de las restricciones que para éstos prevé la ley⁽²⁶⁾.

(22) Como apunta GÓMEZ RÍVERO. *Op. cit.*, págs. 561 y s.

(23) La proposición de ley sobre la eutanasia prevé la creación de un comité *ad hoc* para intervenir en los supuestos en los que se haya iniciado un procedimiento de aplicación de la eutanasia. *Vid. infra*.

(24) Loi N° 2016-87 du 2 février 2016 (Loi Claeys-Leonetti), art. L 1116-6 y D. de ejecución de 18 de octubre de 2016. *Vid. LEFEUVRE, K. / DEPADT, V., Protéger les majeurs vulnérables. Quels nouveaux droits pour les personnes en fin de vie?*, Presses de l'EHESP, Rennes, 2017 págs. 1101 y ss.

(25) Art. 9.3 LAP: «Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. b) Cuando el paciente esté incapacitado legalmente (...).».

(26) Art. 9.5 LAP: «La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor

En cuanto a los facultativos, a éstos se les suele reconocer la facultad de intervención cuando existe un grave riesgo para la vida del paciente que requiere una intervención urgente, pero éste no se encuentra en situación de otorgar su consentimiento para la realización de aquélla⁽²⁷⁾.

Cuando el pronóstico sobre la evolución del paciente es todavía incierto, la decisión de aceptar o de rechazar un tratamiento corresponde en principio a los familiares y a quienes mantienen vínculos de hecho con aquél. Sin embargo, solo están legitimados para actuar en el mejor interés del paciente⁽²⁸⁾. Este tipo de reflexiones ha de tenerse muy presente cuando la decisión que se transmite al facultativo por parte de los familiares consiste en suspender todo tratamiento y, sin embargo, las expectativas de mejora o de reversibilidad de la situación son todavía razonablemente elevadas. Si fuera así, habrá que procurar otros mecanismos legales de tutela de las personas vulnerables que prevé el ordenamiento jurídico.

B) *Límites jurídicos del deber de asistencia*

La cuestión de qué deberá hacerse cuando el pronóstico de la enfermedad es terminal, no es posible contar con el criterio del paciente y está comprobado que el tratamiento es ineficaz para salvar la vida de aquél o recuperarle de los cuidados intensivos. El facultativo necesita saber cuál es su comportamiento adecuado, tanto para formar su propio criterio, como para poder informar a los familiares del paciente, con el fin de que éstos, a su vez, formen el suyo propio, y cada una de las partes pueda adoptar las decisiones que les corresponden legalmente.

Sin perjuicio de que el propio facultativo o, con mayor probabilidad, los familiares, puedan recabar una segunda opinión de otro facultativo especialista que confirme el pronóstico terminal irreversible e irrecuperable, es cierto que los criterios deducibles de la llamada *lex artis* deberían poder ayudar a la adopción de la pauta de actuación correcta. Como se ve, la decisión se apoyará en este caso en criterios profesionales objetivos, y por esta razón revisten la máxima importancia los estándares, guías y protocolos de actuación compartidos y aprobados por sociedades científicas de la especialidad correspondiente.

del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario».

(27) En este sentido se pronuncia la LAP, art. 9.2, b: «Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él».

(28) Así lo indica explícitamente el art. 9.5 LAP: «(...) siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal».

El inicio o la continuación del tratamiento cuando no cabe esperar beneficio objetivo alguno para el paciente, por no contar con expectativas reales de devolverle al menos la conciencia y una cierta mejoría, y, por consiguiente, lo único que logra es la prolongación de la muerte, no forma parte de los deberes de asistencia del médico hacia su paciente, a salvo de lo que se dirá más abajo sobre otras prestaciones, como los cuidados paliativos. No debe olvidarse que el médico responsable del paciente⁽²⁹⁾ tiene, en principio, la posición de garante respecto a su vida y salud, por ello, una posible omisión absoluta de cualquier atención con el resultado de muerte del paciente habría que situarla en torno a alguna de las formas del delito de homicidio. La función de la actividad médica continúa consistiendo hoy en el tratamiento y cuidado de la salud de los pacientes y de los ciudadanos, pero también en eliminar o aliviar el dolor y el sufrimiento, para lo que se han abierto grandes posibilidades para la asistencia de los enfermos terminales incurables en las fases más avanzadas de la enfermedad.

Considerar que el deber de asistencia del médico comporta únicamente el mantenimiento del tratamiento daría lugar a una extralimitación de los cometidos que la *lex artis* le impone. Al contrario, la *lex artis* le impone al facultativo en estos casos la supresión de todo tratamiento o medida asistencial que implique de alguna manera una forma de la llamada «obstinación terapéutica» (o «encarnizamiento terapéutico») o la prolongación de la existencia biológica sin expectativas previsibles de recuperación, pudiendo constituir una instrumentalización de la persona afectada, que infringiría la prohibición constitucional de tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE), lo que supone al mismo tiempo una concreción de una de las formas de atentar contra la dignidad humana. En estas situaciones corresponde aportar los cuidados paliativos oportunos en cada situación concreta.

Sobre este particular contamos con una importante referencia del TC⁽³⁰⁾. Por consiguiente, un tratamiento adecuado para mantener la vida no supone trato inhumano o degradante, pero sí lo sería cuando sólo se prolongue el sufrimiento sin lograr impedir la muerte, sino tan sólo retrasarla.

(29) Vid. LAP sobre el médico responsable («el profesional que tiene a su cargo coordinar la información y la asistencia sanitaria del paciente o del usuario, con el carácter de interlocutor principal del mismo en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial, sin perjuicio de las obligaciones de otros profesionales que participan en las actuaciones asistenciales», art. 3).

(30) «El hecho de que la alimentación forzada, cuya finalidad es impedir la muerte de los recurrentes no pueda considerarse constitutiva de trato inhumano o degradante en razón del objetivo que persigue, no impide, sin embargo, por sí mismo, que se le pueda considerar como tal, sea en razón de los medios utilizados, sea por constituir una prolongación del sufrimiento, sin lograr pese a ello, evitar la muerte.». STC 120/1990, 27 de junio, FJ núm. 9.

2.4. El paciente moribundo⁽³¹⁾

Los deberes asistenciales más relevantes de los profesionales médico-sanitarios y de los centros sanitarios en relación con un paciente que se encuentra en la fase terminal de su enfermedad y próximo a la muerte abren plenamente las puertas a los cuidados paliativos, los cuales comportan la adopción de un conjunto muy variado de medidas de carácter integral, individualizado y continuado, pero no curativas en su sentido propio. La obligación de prestar esta modalidad asistencial se deriva de los derechos que le corresponden al paciente en cuanto tal, pues éstos no se limitan tan solo a las intervenciones diagnósticas o la emisión de un pronóstico o la realización de un tratamiento curativo o preventivo.

Los cuidados paliativos consisten en asistir, desde un enfoque interdisciplinar, sanitaria, emocional y espiritualmente al paciente y en ayudarle a prepararse para su muerte. Indudablemente, sin que previamente a esta fase haya sido sometido a discriminaciones en el tratamiento en la medida en que existieran posibilidades de recuperación. Suele entenderse que estos cuidados alcanzan también los familiares y allegados. En tales momentos la humanización del trato al paciente debe ser exquisita, facilitándole el acceso de sus familiares y allegados, de las personas que puedan prestarle auxilio espiritual de acuerdo con sus convicciones religiosas u otras semejantes, que pueda tomar las decisiones relativas a sus intereses materiales y sociales (laborales o profesionales, económicas y patrimoniales, últimas voluntades, incluidas las testamentarias), incluso, cuando su estado y situación familiar lo permita, darle el alta si lo solicita para que sea trasladado a su domicilio y pueda morir en la intimidad familiar⁽³²⁾.

La ayuda al bien morir sin producir un acortamiento sensible de la vida, utilizando fármacos y otros medios de sedación que mitiguen el sufrimiento y el estado de postración del enfermo, como parte de los cuidados paliativos, no sólo es lícita, sino que forma parte también de los deberes de actuación de los profesionales de la salud y de los derechos del paciente, y debe formar parte de

(31) El propósito de este epígrafe es ofrecer un panorama de conjunto y contextualizar las decisiones que podrían tomarse relacionadas con el final de la vida en una situación de tratamiento médico. Para lo demás sobre los cuidados paliativos, *vid.* en detalle *supra* SOLA RECHE, E., «Tratamiento del anciano con enfermedad terminal. Los cuidados paliativos», en ROMEO CASABONA, C. M. (Coord.), *Tratado de Derecho y Envejecimiento*, Fundación Mutua-Abogacía-Wolters Kluwer, Madrid, 2021; ROMEO CASABONA, C.M., «Decisiones ante la proximidad de la muerte: interrupción o no iniciación del tratamiento», en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Aspectos médicos y jurídicos del dolor, la enfermedad terminal y la eutanasia*, Fundación Lilly-Unión Editorial, Madrid, 2008, págs. 207 y ss.

(32) *Vid.* más ampliamente, SECPAL, *op. cit.*

la cartera de prestaciones del sistema público sanitario⁽³³⁾. Este tipo de medidas también puede ser prestado en las unidades o centros del dolor a los enfermos que padecen enfermedades terminales en estado avanzado (p. ej., cáncer).

La administración de fármacos⁽³⁴⁾ u otras medidas para mitigar el dolor que comporten un acortamiento inapreciable de la vida y no buscado prioritaria y directamente, se considera también lícita. Así suele aceptarse que puede ocurrir⁽³⁵⁾ cuando el médico tiene que ir aumentando la dosificación de determinados analgésicos (p. ej., morfina y otros opioides) a medida que el organismo del paciente se va haciendo insensible o tolerante al psicofármaco, pero con el riesgo de deprimir determinadas funciones vitales y producirse un fallo letal en ellas.

Por consiguiente, no existiría en estas hipótesis un delito doloso de homicidio, al no formar parte de la intencionalidad del autor el acortamiento de la vida, sino fundamentalmente aliviar el sufrimiento. La viabilidad de un homicidio con dolo eventual, según el cual el que actúa prevé la posibilidad de producción del resultado —el adelantamiento de la muerte— y a pesar de ello cuenta con aquél, debe rechazarse, asimismo, pues en realidad quien así actúa persigue una finalidad primaria distinta, en tanto haya adoptado las medidas de proporción necesarias.

Por lo que se refiere a la posibilidad de incurrir en un homicidio imprudente, si el resultado fue previsto o era cuando menos previsible, dependerá de que el médico se haya ajustado o no al cuidado objetivo debido, en concreto que se haya ajustado a los límites impuestos por el riesgo permitido, a cómo se comportaría otro profesional prudente en situación semejante. Este comportamiento viene determinado por el sometimiento del facultativo a las exigencias de la indicación de la medida terapéutica y a las «reglas de su arte» (*leges artis*), esto es, a los estándares y protocolos aceptados para estas situaciones por las sociedades científicas de las especialidades médicas correspondientes. La ad-

(33) A diferencia del vacío existente en la normativa española, en el derecho comparado encontramos ejemplos del reconocimiento legal de prácticas próximas; así, la *Loi du 2 février 2016 (Loi Claeys)*, que amplía otra ley de 2005, define los derechos de los pacientes al final de la vida, en concreto: la redacción de voluntades anticipadas, la designación de una persona de confianza (*vid. supra*) y el recurso a la sedación profunda y continua (que debe ser adoptada de forma colegiada y con información previa a la persona de confianza), aceptando que los cuidados paliativos incluyen otras acciones y medidas, como las señaladas más arriba en el texto.

(34) Principalmente analgésicos (antitérmicos puros, antiinflamatorios y opioides) de acción y efectos secundarios diversos, siendo los opioides los más potentes y los que presentan los efectos secundarios más graves, como la depresión respiratoria progresiva.

(35) Sobre algunas confusiones o malentendidos sobre el recurso a la morfina para combatir el dolor en pacientes terminales *vid. SECPAL, op. cit.*

ministración de fármacos o la aplicación de aparatos para combatir o mitigar el dolor en enfermos terminales dentro de los cauces de prudencia señalados no supone una infracción del deber de cuidado objetivamente considerado como pertinente, ni el eventual adelanto de la muerte constituiría un hecho típico de homicidio imprudente⁽³⁶⁾.

Por otro lado, esta solución de excluir ya el tipo del delito correspondiente parece más aceptable y viable que estimar que en estos supuestos concurriría la eximente de estado de necesidad justificante, basada en que tiene menos valor el «riesgo» del acortamiento de la vida frente a la «efectiva» y necesaria mitigación del dolor. En esta hipótesis no podríamos hablar en puridad de un conflicto de intereses intrapersonales, es decir, de la misma persona, el paciente, sino interpersonales, pues estamos valorando la conducta de un tercero, el profesional⁽³⁷⁾.

2.5. Limitación del esfuerzo terapéutico

A) *Decisiones de suspender o mantener intervenciones que son médicamente ineficaces o fútiles*⁽³⁸⁾

En aquellos supuestos descritos más arriba, que consisten en que no se cuenta tampoco con la voluntad del paciente, pero que se sitúan en el ámbito de la decisión médica (en su caso, con la asistencia de los familiares y otros relacionados de facto), mediante criterios objetivos, de continuar o interrumpir un tratamiento o de iniciarlo o no, o de adoptar los cuidados paliativos como respuesta final. Si ninguna de estas opciones es posible, a la vista de la situación del paciente concreto, vemos que no existe el deber de tratar, pues serían fases terminales avanzadas o de irreversibilidad para las que se carece, según el estándar médico, de un tratamiento eficaz, es decir, serían medidas inútiles e irrelevantes.

Si, por el contrario, se continuase o iniciase un tratamiento, podría incurrirse en una actuación que se conoce como distanasia o encarnizamiento terapéutico. Se refiere a la prolongación del curso natural de la muerte por todos los medios disponibles, a pesar de ser aquella inevitable en el caso concreto, sin ponderar los beneficios y perjuicios —sufrimiento— que pueden derivarse para el paciente, prolongando así la agonía del enfermo.

(36) Vid. ROMEO CASABONA, C. M., «Decisiones ante la proximidad de la muerte: interrupción o no iniciación del tratamiento», *op. cit.*, pág. 229.

(37) Vid. ROMEO CASABONA, C. M., *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, *op. cit.*, págs. 141 y s. para la categorización del conflicto intrapersonal. Cfr. Desde la perspectiva de los derechos fundamentales, ARRUEGO RODRÍGUEZ, G., *op. cit.*, págs. 85 y ss.

(38) BARBERO GUTIÉRREZ, J. / ROMEO CASABONA, C. M. / GIJÓN, P. / JÚDEZ, J., «Limitación del esfuerzo terapéutico», *Medicina Clínica*, núm. 15, vol. 117, 2001, pág. 587.

Estas situaciones giran en torno a lo que se conoce como limitación del esfuerzo terapéutico: no aplicar medidas extraordinarias o desproporcionadas para la finalidad terapéutica que se plantea en un paciente con mal pronóstico vital y/o mala calidad de vida⁽³⁹⁾. Es el momento de los cuidados paliativos.

Algunos políticos contemporáneos debieron soportar procesos distanásicos, debido a motivaciones precisamente políticas, siendo todos ellos de edad muy avanzada (p. ej., los presidentes y jefes del Estado TRUMAN, FRANCO, Tito y el emperador Hiro Hito). Ha habido casos similares de pacientes anónimos y de algunos jóvenes (Karen Ann QUINLAN). Como se ha visto más arriba, los criterios jurídicos para tratar estos casos son claros y precisamente los señalados contribuyeron a construir estas respuestas, con el fin de hacer frente de manera razonable al creciente poder de una Medicina muy tecnificada y de una excesiva medicalización de las personas enfermas, cuyos excesos había que corregir jurídicamente.

Ha sido habitual discutir en torno a la cuestión del mantenimiento o no del tratamiento de enfermos en estado terminal avanzado sobre la conceptualización como activos u omisivos algunos comportamientos ambiguos o que participan fácticamente de ambos aspectos. En concreto, se ha venido discutiendo si la desconexión de determinados aparatos sustentadores de funciones vitales constituye «normativamente» una conducta activa u omisiva, lo que significa preguntarse si el hecho es punible o impune.

Si no cabe duda de que, aisladamente considerada, una desconexión de esta naturaleza es un comportamiento activo, no es menos cierto que la valoración global del hecho es omisiva, en cuanto supone interrumpir o no continuar un tratamiento determinado, en este caso vital (p. ej., un respirador)⁽⁴⁰⁾. Ahora bien, la valoración jurídico-penal final del hecho dependerá de nuevo de que el sujeto pasivo haya o no rechazado ese tratamiento: en el primer caso el hecho es atípico y por ello impune, y en el segundo debemos situarlo en la órbita de los delitos de comisión por omisión⁽⁴¹⁾.

(39) Vid. HERREROS, B. / PALACIOS, G. / PACHO, E., «Limitación del esfuerzo terapéutico», *Revista Clínica Española*, núm. 3, vol. 212, 2012, págs. 134-140; BARBERO GUTIÉRREZ, J. / ROMEO CASABONA, C. M. / GIJÓN, P. / JÚDEZ, J., «Limitación del esfuerzo terapéutico», *op. cit.*

(40) Vid. ROMEO CASABONA, C. M., *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, *op. cit.*, pág. 131.

(41) El caso de Inmaculada ECHEVARRÍA, ocurrido en Granada en 2006, trata de la petición de esta mujer, que padecía una distrofia muscular avanzada, de la desconexión de la respiración asistida y de su sedación, que no fue atendida por sus médicos, por considerarla ilegal, a todas luces errónea. La intervención de la Comisión Autónoma de Ética e Investigación de Andalucía y del Consejo Consultivo de Andalucía logró que se respetara su decisión.

B) Órdenes de no reanimar

Las llamadas órdenes de no reanimar no dejan de ser una concreción y consecuencia de las pautas manifestadas en el epígrafe anterior. Sin embargo, parecen revestir una mayor complejidad jurídica. Por tanto, sólo cuando el paciente presente sin ningún resquicio de duda un proceso terminal, irreversible y con un desenlace mortal inminente, será lícita la orden de no reanimar.

En los demás casos deberá actuarse por el principio *in dubio pro vita*, pues no hay que olvidar que una reanimación cardio-pulmonar puede ser decisiva, y tras ella permitir una mejor evaluación de la prognosis del paciente, y consecuentemente con ella adoptar las medidas propuestas relativas a continuar o interrumpir un tratamiento, o bien de iniciarlo o descartarlo, partiendo siempre de la hipótesis de que no es posible obtener la voluntad del paciente o cuál pudo ser su decisión en tal situación.

C) Los estados vegetativos persistentes

Los pacientes en EVP constituyen otro escenario de los agudos problemas que pueden plantearse, como fue el caso Nancy CRUZAN⁽⁴²⁾ y el decidido en nuestro país por la Audiencia Nacional⁽⁴³⁾.

De acuerdo con la Academia Americana de Neurología el EVP consiste en una «forma de inconsciencia permanente, con los ojos abiertos, en el que el paciente está despierto con ciclos fisiológicos de sueño y vigilia, sin que de ningún modo se dé cuenta de sí mismo ni de su entorno»⁽⁴⁴⁾. Como rasgos principales la Academia Americana de Neurología señala los siguientes: 1. No son casos de muerte cerebral, se trata de pacientes vivos; 2. estos pacientes no pueden sentir dolor ni sufrimiento; 3. no son terminales y pueden tener supervivencias prolongadas —de meses y años— mientras se mantenga el suministro artificial de nutrición y fluidos.

En la bibliografía científica actual se pone en duda la irreversibilidad del EVP o síndrome de vigilia sin respuesta frente al estado de mínima conciencia, y que por ello hay que revisar los criterios tenidos por clásicos⁽⁴⁵⁾. En consecuencia, continúa siendo importantísimo determinar el momento de su irreversibilidad con alto grado de certeza en su diagnóstico, cuyo período de evolución puede

(42) Vid. STS EE. UU., de 14 de diciembre de 1990.

(43) SAN 4266/2014, de 22 de octubre - ECLI:ES:AN:2014:4266.

(44) NATIONAL ACADEMY OF NEUROLOGY, *Position of the American Academy of Neurology (AAN) on certain aspects of the care and management of the persistent vegetative state patient*, 1988.

(45) Vid., p. ej., NOE, E., et al., «Validez actual del diagnóstico de «estado vegetativo permanente»: estudio longitudinal en una muestra clínica de pacientes en estados alterados de conciencia», *Neurología*, núm. 9, vol. 34, 2017, págs. 1 y ss.

ser muy variable según los casos. Una vez establecido tal diagnóstico con seguridad, la Academia Americana de Neurología considera que el tratamiento médico, incluyendo el suministro médico de la nutrición e hidratación artificiales, no proporciona ningún beneficio a los enfermos en EVP.

Aquí también son aplicables las consideraciones de licitud de la interrupción del tratamiento, avalado por los familiares o representantes legales, y la prescripción de cuidados paliativos⁽⁴⁶⁾.

2.6. Determinación y comprobación de la muerte

A) *La muerte clínica: fundamentación de la muerte cerebral*

El final de la vida de una persona, de un ser humano ya nacido, hay que identificarlo, como es lógico, con el de su muerte. Hasta ese preciso momento cada vida individual continúa constituyendo el objeto material del delito de homicidio. Sin embargo, los avances de la Medicina han puesto de nuevo en una situación incómoda al Derecho⁽⁴⁷⁾.

En efecto, hasta hace unos años no había dificultades en determinar cuándo una persona había muerto, basándose el diagnóstico en la paralización de la circulación sanguínea y de la respiración (parada cardiorrespiratoria), si no quería esperarse a la manifestación de los inequívocos signos de putrefacción cadavérica, como se hacía en tiempos todavía no lejanos con el fin de descartar la temida «muerte aparente». De ahí que no se hubieran ocupado los juristas con demasiado celo de este asunto, ni que el legislador hubiera considerado necesario proveer de una definición legal de muerte.

El estado de cosas ha cambiado notablemente desde hace ya unas décadas, en particular por la necesidad que surge en ciertas ocasiones de encontrar a lo largo de todo el proceso de la muerte un punto precoz que muestre que ese proceso es ya irreversible, como puede suceder en situaciones límite en relación con la decisión de cesar el tratamiento médico de un paciente o interrumpir o desconectar medios o aparatos de asistencia intensiva o de alimentación, o de

(46) En la STEDH (Gran Sala) de 5 de junio 2015 TEDH\2015\73, caso Lambert y otros contra Francia, se procede a la aplicación del criterio de «obstinación irracional», al considerarse el tratamiento innecesario, desproporcionado o que no tiene otro fin que el mantenimiento artificial de la vida. Existe un marco legislativo suficientemente claro y capaz de garantizar la vida de los pacientes mediante un proceso de toma de decisiones largo y riguroso, en el que se ha producido un buen funcionamiento de los recursos judiciales, permitiendo así el cumplimiento de las obligaciones positivas del Estado, a la vista de que es un asunto que ha sido sometido a un escrutinio minucioso teniendo en cuenta todas las circunstancias, todos los puntos de vista y donde se ha establecido la voluntad del paciente.

(47) Vid. con mayor detalle ROMEO CASABONA, C. M., *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, op. cit., pág. 161 y ss.

considerarle donante de sus órganos o tejidos para su trasplante a otras personas.

La cuestión que se le plantea al médico es averiguar cuál debe ser su conducta en una situación semejante de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, esto es, si deberá mantener al paciente con los mecanismos o instrumentos de apoyo o si, por el contrario, podrá retirarlos; en tales términos, tal cuestión se puede reconducir —prescindiendo ahora de otros problemas más complejos relacionados con el inicio o la interrupción del tratamiento de una persona que «todavía» está viva, que se analizan en otro lugar—, a determinar si para el Derecho español esa persona está muerta o no.

Conviene dejar ya sentado que, como criterio general, al Derecho lo que le interesa es averiguar si existe todavía un ser humano con vida, vida que debe proteger, y para tal fin serían suficientes los criterios médicos aceptados de forma general. Pero es bien cierto que, por lo ya indicado, el Derecho no se vincula a un concepto puramente biológico de la muerte⁽⁴⁸⁾, sino a uno médico-legal, en el cual se proyectan de nuevo consideraciones valorativas⁽⁴⁹⁾. De todos modos, la dificultad de esta situación —y los temores que suscita— la encontramos en que es límite. Por las razones aludidas al principio, el Derecho español no nos proporciona una respuesta directa, pero sí indirecta y nítida, como vamos a comprobar.

B) *Criterios para la comprobación del momento de la muerte cerebral*

La muerte de los seres vivos pluricelulares no se sustancia en un acto o momento, sino que consiste en un proceso de destrucción biológica, que culmina con la destrucción celular progresiva de los diversos órganos y tejidos. No obstante, cuando se produce la paralización de todas las funciones vitales puede decirse que una persona está ya muerta, pues aquél fenómeno es signo de irreversibilidad, que es precisamente lo que caracteriza a la muerte.

Al consistir, por tanto, la muerte en un proceso irreversible, el momento de la misma habrá de determinarse en función de esta peculiaridad, es decir, habrá que seleccionar un punto del conjunto de dicho proceso en el que se produzca la lesión irreversible e irrecuperable de alguna función vital del cuerpo humano, aunque otras partes concretas mantengan una existencia biológica. Los avances de la ciencia médica han puesto de manifiesto que un deterioro sustancial del cerebro es completamente irrecuperable, esto es, que cuando se detiene la fun-

(48) Vid. por todos, GRACIA MARTÍN, L., «Del homicidio y sus formas», en Díez RIPOLLÉS, J. L. / GRACIA MARTÍN, L. / LAURENZO COPELLO, P., *op. cit.*, pág. 45.

(49) GRACIA MARTÍN, L., *op. cit.*, pág. 47.

ción cerebral (muerte cerebral) puede entenderse muerta a una persona⁽⁵⁰⁾, pues las funciones del cerebro son rectoras de otras del organismo, sin las cuales éste no puede seguir actuando de manera autónoma. Indudablemente, a tal situación puede llegarse tanto por una parada cardiorrespiratoria prolongada como por una lesión grave primaria del tronco-encéfalo. Además, no sólo supone una decisiva fase del final de la existencia biológica, sino también la pérdida de la conciencia y otras funciones superiores, sin las cuales el individuo no puede realizar su condición de persona.

Desde el punto de vista clínico, los especialistas señalan que un sujeto en estado de muerte cerebral es aquél en el que se ha producido el cese irreversible de todas las funciones del tronco-encéfalo, pero en el que se mantiene el funcionamiento de sus sistemas cardiovascular y respiratorio con la ayuda de procedimientos artificiales; la muerte del encéfalo es equivalente a la muerte del individuo como conjunto⁽⁵¹⁾.

Esta realidad ha sido evidenciada, sobre todo, en conexión con los trasplantes de órganos, que requieren donantes muertos en los que se mantienen temporalmente y de forma asistida (artificial) otras funciones vitales (respiración y circulación cardíaca) con el fin de que el órgano u órganos que van a ser destinados a un trasplante conserven su viabilidad biológica. El problema radica, entonces, en los criterios para la comprobación o el diagnóstico de la muerte, como apuntan las directrices de ciertas instituciones académicas y científicas (Universidades de Harvard, que fue la primera, seguida de las de Minnesota y Pittsburgh, Asociación Médica Americana, Conferencia de los *Royal Colleges and Faculties* del Reino Unido, Sociedad Española de Neurología, Sociedad Española de Neurofisiología Clínica, Sociedad Española de Cuidados Intensi-

(50) Vid. ROMEO CASABONA, C. M., *Los trasplantes de órganos. Informe y Documentación para la reforma de la legislación española sobre trasplantes de órganos*, Bosch, Barcelona, 1979, pág. 62 y ss.; ROMEO CASABONA, C. M., «Estudio específico del problema de la muerte en el donante cadáver a la vista de las innovaciones científicas y tecnológicas ocurridas en las ciencias biomédicas», *Revista General de Derecho (RGD)*, núm. 585, 1993, pág. 6119 y ss.; ROMEO CASABONA, C. M., «Decisiones ante la proximidad de la muerte del paciente del paciente: interrupción o no iniciación del tratamiento», pág. 236.

(51) En este sentido, la Asociación Americana de Neurología considera que «la muerte cerebral se ha producido cuando se ha determinado la pérdida irreversible de todas las funciones del encéfalo, incluyendo el tronco-encéfalo, por la demostración de la pérdida completa de conciencia (coma), los reflejos del tronco-encéfalo y la capacidad independiente de ventilación (apnea), en ausencia de cualquier factor que impliquen una posible reversibilidad.». RUSSELL, J. A. / EPSTEIN, L. G. / GREER, D. M. / KIRSCHEN, M. / RUBIN, M. A. / LEWIS, A. et. al., «Brain death, the determination of brain death, and member guidance for brain death accommodation requests: AAN position statement», *Neurology*, vol. 92, núm. 6, 2019, págs. 228-232, siguiendo explícitamente el criterio de la *Uniform Determination of Death Act* de 1981, de los EE. UU.

vos, etc.), en particular, entre otros, sobre aspectos tan delicados como la persistencia de la situación de muerte cerebral y de sus signos demostrativos, la necesidad o no del electroencefalograma plano como prueba confirmatoria o las reservas de este diagnóstico en relación con neonatos o niños menores de tres años, aproximadamente.

Por su parte, también recogen esta preocupación gran parte de las legislaciones actuales sobre extracción y trasplante de órganos, entre ellas la española⁽⁵²⁾, que contiene una regulación muy minuciosa. En esta normativa uno de los puntos de partida es la muerte basada en la destrucción funcional del cerebro (encéfalo) de modo irreversible e incompatible con la vida, y se señalan ciertas garantías para su comprobación, tanto en lo relativo a las pruebas diagnósticas requeridas como a los profesionales que deberán realizarla. En esta normativa se encuentran, por consiguiente, las comprobaciones y cautelas que hay que realizar en nuestro país para determinar y certificar el fallecimiento de una persona candidata a donante de órganos, que en sus aspectos más técnicos han tenido presentes las críticas de los especialistas.

Hay que tener en cuenta el carácter eminentemente realista del DP, y lo verdaderamente decisivo para éste es que sean cuales fueren los procedimientos seguidos para la obtención de un diagnóstico precoz permitan con precisión la determinación de una muerte cierta. Lo que importa es saber si esa persona está muerta (aunque se mantengan algunas constantes biológicas residuales u otras que, aun siendo vitales, son mantenidas por medio de procedimientos y técnicas de sostén, sin cuyo concurso aquéllas se paralizarían), utilizando los medios y avances que la Ciencia pueda aportar en cada momento. Ahora bien, valga lo dicho sin perjuicio de que la no observancia de los requisitos y procedimientos reglamentarios pueda llevar aparejada alguna sanción de carácter administrativo (como retirar la autorización al centro sanitario como extractor de órganos) o la no autorización preceptiva para la extracción del órgano en el caso concreto.

Por tanto, la existencia y comprobación precoz de la muerte cerebral conforme a las prescripciones legales faculta al cirujano para la extracción del órgano u órganos para su trasplante y la previa desconexión de los aparatos así como la interrupción de los medios de mantenimiento artificial de la circulación y la respiración. Esa determinación será también admisible aunque el fallecido no sea donante, dada la unidad del ordenamiento. No obstante, es indudable que la paralización prolongada del corazón y el cese de la respiración continúan constituyendo en la actualidad una causa inmediata y el medio fundamental de

(52) Vid. art. 5 de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos; art. 9, apdos. 2 a 5 del RD 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad.

comprobación de la muerte, a la vista de que su paralización supone «necesariamente» también en un lapso de escasos minutos la destrucción de las neuronas y del propio cerebro (de ahí que en estos casos no se compruebe la posible perduración de la actividad cerebral, por ser obvio), sin que por lo general sea preciso un diagnóstico precoz si no es en el contexto de una donación de órganos. Pero con ello no se desvirtúa, sino al revés, se reafirma, que el cerebro sigue siendo el punto de referencia inequívoco para la definición de la muerte y, en su caso, para su diagnóstico.

La muerte no sólo significa el fin de la vida humana sino también el de la persona, como ente titular de derechos y obligaciones. De ahí que, aunque la función cerebral determina la condición de persona, sirve también a las exigencias de protección de la vida humana que todavía posee esa función, con independencia de su racionalidad actual.

2.7. Decisiones *post mortem*. Indicaciones funerarias y criogenización

A) Indicaciones funerarias y otras similares

Una vez fallecida una persona, el primer efecto jurídico que se produce es la pérdida del estatuto jurídico de persona, de ser titular de derechos y deberes. Bien es cierto que algunos atributos de la personalidad perviven y se pueden transmitir incluso a terceros. En coherencia, el ordenamiento jurídico reconoce algunos efectos jurídicos a las decisiones tomadas en vida del fallecido para desplegarlos después del fallecimiento⁽⁵³⁾.

El delito de violación del respeto debido a la memoria de los muertos (art. 526 CP) no debe entenderse como que el sujeto pasivo del mismo lo sea el difunto, sino que lo es la comunidad en cuanto tal, basada en sentimientos culturales ancestrales⁽⁵⁴⁾. La comunidad, con fundamento religioso o no, entiende que la memoria de los difuntos merece un respeto, corporeizado en su cadáver

(53) Algo semejante puede apuntarse en relación con los delitos de injurias y el honor, del que no pueden ser titulares los fallecidos, pues tiene como sustrato los derechos de la personalidad, que desaparecen con la muerte. Vid. MAYO CALDERÓN, B., «Delitos contra el honor», en ROMEO CASABONA, C. M. / SOLA RECHE, E. / BOLDOVA PASAMAR, M. Á. (Coords.), *Derecho Penal. Parte Especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Comares, Granada, 2016, pág. 288.

(54) Vid. VALMAÑA OCHAÍTA, S., «Los delitos contra la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos», en GARCÍA VALDÉS, C. / VALLE MARISCAL DE GANTE, M. / CUERDA RIEZU, A. R. / MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. / ALCÁ CER GUIRAO, R. (Coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Edisofer, vol. 2, Madrid, 2008, págs. 2285-2310.

o en sus cenizas y en los lugares que les dan acogida (sepulcros sepulturas, panteones, nichos, lápidas, etc.)⁽⁵⁵⁾.

No nos vamos a ocupar aquí de las decisiones sucesorias relacionadas principalmente con el patrimonio del causante, que tienen efectos sobre todo en el ámbito del Derecho sucesorio y en algunos casos en el familiar y personal (p. ej., sucesión en la titularidad y disfrute de títulos nobiliarios), sino con momentos inmediatamente posteriores al fallecimiento, como son las prácticas funerarias y destino del cadáver, etc.

Por consiguiente, las instrucciones que hubiera expresado en vida el difunto, así como sus familiares más próximos, sobre funerales, tanatopraxia⁽⁵⁶⁾, enterramiento, cremación o incineración, etc. deben ser respetadas, siempre que sean conformes con el régimen de policía sanitaria mortuoria, que regula estas materias y otras relacionadas que puedan tener trascendencia sanitaria, como el traslado de cadáveres y restos cadavéricos, la incineración, inhumación y exhumación, requisitos de los féretros y vehículos mortuorios, empresas funerarias, cementerios y otros lugares de enterramiento autorizados⁽⁵⁷⁾.

Téngase en cuenta que en estos asuntos tienen prioridad ciertos intereses colectivos, como es la salud pública (p. ej., si el difunto ha fallecido como consecuencia de una enfermedad infecto-contagiosa, por ello transmisible, o de la sobre exposición a productos radiactivos).

Asimismo, deberá tenerse presente el régimen legal sobre autopsias clínicas⁽⁵⁸⁾ (no judiciales), enseñanza⁽⁵⁹⁾ y extracción de órganos y tejidos para trasplante⁽⁶⁰⁾.

(55) *Vid.* también el delito de despojo de los efectos de los cadáveres (art. 612, 7.º CP), en un contexto diferente, el de un conflicto armado.

(56) Consiste en el conjunto de técnicas y procedimientos dirigidos a la conservación y reconstrucción del cuerpo, incluida la estética y el embalsamiento, transitorio o no.

(57) *Vid.* art. 1 del Decreto 2263/1974, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria (última modificación: 3 de diciembre de 2014). Téngase en cuenta que algunas CCAA han aprobado su propia normativa, como la del País Vasco.

(58) *Vid.* Ley 29/1980, de 21 de junio, sobre Autopsias Clínicas; RD 2230/1982, de 18 de junio, sobre Autopsias clínicas.

(59) No se ha producido una regulación actualizada de esta importante actividad en los estudios de Medicina y otros similares, que, al parecer, todavía se rige por la Orden de 31 de octubre de 1932; y por las disposiciones de unas pocas CCAA (p. ej., Andalucía y Castilla-La Mancha).

(60) *Vid.* art. 5 de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre Extracción y Trasplante de Órganos; RD 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad.

B) *Criogenización y «resucitación»*

La inmortalidad biológica no está al alcance de los seres vivos, sin perjuicio de las réplicas de los organismos unicelulares; por consiguiente, tampoco es posible a los seres vivos superiores ni al ser humano. Sin embargo, la inmortalidad trata de conseguirse por algunos seres humanos. Por el momento, se ha logrado obtener y mantener células humanas «inmortales» (células madre o troncales), capaces de replicarse de forma ilimitada e indefinida, como también embriones obtenidos in vitro, pero no seres humanos completos.

La criogenización o criopreservación trata de vencer la muerte en algunos casos, en particular cuando una persona ha desarrollado una enfermedad incurable que es la previsible causa de su muerte, al ser incurable, según el estado actual de la ciencia (cáncer avanzado, enfermedades degenerativas, etc.)⁽⁶¹⁾.

La idea básica consiste en congelar el cadáver completo o el cerebro justo en el momento mismo del fallecimiento (de su certificación legal) o unos pocos minutos después, antes de que empiece la destrucción de las neuronas por falta de oxígeno, evitando la vitrificación celular (la producción de hielo en las células) y mantenerlo en ese estado hasta que se descubra un tratamiento eficiente para la enfermedad que causó la muerte, lo que puede llevar años o incluso décadas. Recordemos que la declaración de la muerte legal asume la muerte clínica, y por ello puede adelantarse al inicio del proceso de destrucción biológica, en concreto celular, siendo entonces también conforme a Derecho el hecho de la criogenización, aparte de otros obstáculos legales que podrían plantearse frente al objetivo de resucitación.

Todavía no se conoce ningún caso en el que se haya conseguido la «resucitación» de alguna persona criogenizada. Por ello se apunta que el ser humano alcanzará la inmortalidad cuando se produzca una integración de lo biológico y lo digital, una vinculación profunda entre el cuerpo y la robótica. También se cargan las posibilidades tecno-científicas futuras a la nanotecnología, a la inteligencia artificial y a la regeneración celular⁽⁶²⁾.

Además de que es un procedimiento muy costoso (previsiones para afrontar el elevado coste económico del mantenimiento de la persona criopreservada, por un tiempo desconocido e imprevisible), presenta problemas éticos y jurí-

(61) Vid. LLEDÓ YAGÜE, F. / MONJE BALMASEDA, O., «La criogenización: el vencimiento de la muerte, los derechos del “ser criónico” renacido», *Revista de Derecho y Genoma Humano: Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada / Law and the Human Genome Review: Genetics, Biotechnology and Advanced Medicine*, núm. 50, 2019, págs. 117 y ss.

(62) *Cfr.*, entre otros, el Proyecto Calico, creado por la empresa del mismo nombre en 2013, y financiado por Google, que según se dice, investiga con modelos vivos (gusanos). No se conoce que haya obtenido hasta la fecha algún resultado sobre el envejecimiento. Pero hay otras apuestas para detener o retardar el envejecimiento, como la ingeniería genética, nuevos fármacos, etc., lo cual aunque remoto, parece más factible científicamente.

dicos muy complejos, tanto en el momento de la criogenización y el mantenimiento del cuerpo en este estado⁽⁶³⁾ como en el de la hipotética resucitación para tratar la enfermedad de origen y continuar con el proceso de la vida.

La organización social y la civilización están construidas partiendo de la premisa inamovible de que lo seres humanos nos morimos y de este modo se produce la renovación de las sucesivas generaciones y el equilibrio poblacional⁽⁶⁴⁾ (aunque en los últimos decenios se haya roto este último) y el Derecho se estructura coherentemente a partir de este presupuesto: así, la personalidad y la titularidad de los derechos⁽⁶⁵⁾, las relaciones familiares, el derecho de sucesiones, la jubilación, las pensiones, los seguros⁽⁶⁶⁾. Una vez «resucitado» un ser humano criogenizado la cuestión que se plantea es si debería recuperar su personalidad jurídica, que había sido extinguida con su muerte o, por el contrario, habría que construir legalmente una nueva.

Tal vez si esta hipótesis llegara a producirse (hoy parece todavía ciencia-ficción) habría que reconstruir una personalidad jurídica recuperando algunos elementos de la anterior y creando otros nuevos. Sobre cuáles podrían recuperarse serían, en primer lugar, aquéllos que no perjudicaran los derechos y expectativas de terceras personas (p. ej., los herederos, tal vez ya fallecidos), pues habría que considerarlos preexistentes a los posibles de la persona resucitada, al haberse extinguido con su fallecimiento. Tal vez el más sencillo sería mantener el nombre y apellidos, así como reconocer los vínculos familiares previos (bienes de la personalidad, pero no todos), pero sin efectos jurídicos obligacionales o de anulación de la herencia y otros actos jurídicos relacionados con los derechos sucesorios (bienes y derechos patrimoniales). Y así sucesivamente habría que ir examinando caso por caso y cada relación jurídica singular para aceptar o no el reconocimiento de su existencia.

III. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

3.1. Conclusiones

— Del art. 15 CE no cabe inferir un derecho a la disponibilidad de la propia vida o un «derecho a la muerte», sino una libertad o facultad de disposición individual no exigible ante terceros (*agere licet*). Ahora bien (y a salvo de las excepciones establecidas por el TC en materia penitenciaria),

(63) Vid. la *Cryogenic Society of America* y su modelo de contrato de depósito. Disponible en: <https://cryogenicsociety.org/> [Última consulta: 8 de julio de 2021].

(64) Vid. LLEDÓ YAGÜE, F. / INFANTES ESTEBAN, S., *Aspectos jurídico-científicos de la criónica en seres humanos: el derecho a vivir después de la muerte*, Dykinson, Madrid, 2019, pág. 216.

(65) Recuérdese el art. 32 CC: «La personalidad civil se extingue por la muerte de las personas».

(66) Vid. LLEDÓ YAGÜE, F. / MONJE BALMASEDA, O., «La criogenización: el vencimiento de la muerte, los derechos del “ser criónico” renacido», pág. 123.

tampoco existe el deber de vivir en contra de la propia voluntad o por medio de imposición coactiva del Estado o particulares.

— No existe un derecho constitucionalmente fundamentado a desplazar la decisión de vivir en favor de terceros, aunque la CE no se opone a que éstos participen de ella, siempre que su titular conserve pleno control sobre el proceso y se preserven las garantías constitucionalmente exigibles.

— Aquellos supuestos en los que el individuo carece de toda capacidad intelectual hasta el punto de impedir la exteriorización de su voluntad han llevado a algunas voces a advertir sobre una Medicina excesivamente técnica y despersonalizada.

— El consentimiento y la información previa son mandatos legales que dan cumplimiento a la autonomía o autodeterminación que asiste a todo paciente, con independencia de las afecciones que pueda padecer por razón de su patología, y que sirven para reforzar la relación asistencial médico-paciente.

— La autonomía de la persona al final de su vida puede expresarse igualmente en el sentido de rechazar un tratamiento vital.

— La función de la actividad médica no solo consiste en la curación, prevención o sanación, sino también en la mitigación del dolor y el sufrimiento, lo que resulta factible a través de los cuidados paliativos en los estadios más avanzados de los enfermos terminales incurables y en la atención asistencial especial de las personas dependientes.

— Los médicos y el personal de salud competente están legitimados para no iniciar o interrumpir tratamientos objetivamente fútiles o ineficaces, así como, en estas circunstancias, limitar el esfuerzo terapéutico u omitir la reanimación, siempre de acuerdo con criterios científicos aceptados y protocolizados en los que el paciente se encuentre ante un proceso terminal, irreversible y con desenlace de muerte próximo, aplicando los cuidados paliativos específicos pertinentes. Los EVP podrían dar lugar decisiones similares, advirtiendo de que los estudios más recientes indican la posibilidad de reversión de estos estados en ciertas circunstancias que están siendo objeto de estudio.

— Los cuidados paliativos no solo son lícitos, sino que su oferta constituye, de un lado, un deber para el colectivo médico y, de otro, un derecho para el paciente, debiendo ir, más allá de su inclusión formal en la cartera de prestaciones del SNS, a su implantación efectiva en la red de los hospitales de todo el país, lo que, desgraciadamente, todavía no se ha satisfecho.

— La muerte de los seres vivos pluricelulares no se produce, por lo general, en un único acto, sino que forma parte de un proceso de deterioro bio-

lógico que culmina con la destrucción orgánica. Es en este proceso donde ha de identificarse el momento de irreversibilidad e incompatibilidad con la vida, al que se asocia la muerte cerebral (lesión del trocoencéfalo), por ser esta la que rige sobre otras funciones esenciales del organismo. Su determinación precoz (p. ej., ante un potencial donante de órganos o previamente a la criogenización del fallecido) debe establecerse por un grupo de facultativos no vinculados con los actos que puedan realizarse con posterioridad, de conformidad con los criterios diagnósticos clínicos aceptados por las sociedades científicas y reflejados, en su caso, en la normativa correspondiente.

— La muerte no solo implica el fin de la vida humana, sino también del estatuto jurídico de la persona, es decir, de los derechos y obligaciones que lo componen.

— La criogenización se ve como un desafío científico apenas viable en el estado actual y futuro a corto plazo de la ciencia. A cambio, su dimensión filosófica, su profunda afectación social y los problemas jurídicos que plantearía una hipotética futura «resucitación» serían múltiples y complejísimo, destacando entre ellos la determinación o el establecimiento del estatuto jurídico de esa persona. Nuestro ordenamiento jurídico no ofrece respuestas o respuestas satisfactorias para esto ni para otros aspectos más particulares, pero asimismo relevantes.

3.2. Recomendaciones

— En aquellos pacientes que no posean capacidad para expresar su voluntad y no hubieren dejado constancia fidedigna sobre el sentido de ésta, se recomienda que las terceras partes implicadas en la toma de decisiones individualicen cada situación, aunando su mayor bienestar con el máximo respeto a su autonomía.

— En el acceso a los cuidados paliativos, se recomienda ser especialmente sensible a las necesidades familiares, espirituales o religiosas, o socio-laborales del paciente, contemplando incluso el alta o el seguimiento y la asistencia a domicilio, siempre que concurren las condiciones clínicas y familiares, a fin de que pueda acabar sus días en la intimidad familiar.

IV. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARRUEGO RODRÍGUEZ, G., *Derecho fundamental a la vida y muerte asistida*, Comares, Granada, 2019.

BARBERO GUTIÉRREZ, J. / ROMEO CASABONA, C. M. / GIJÓN, P. / JÚDEZ, J., «Limitación del esfuerzo terapéutico», *Medicina Clínica*, núm. 15, vol. 117, 2001.

- CARBONELL MATEU, J. C., «Suicidio y eutanasia», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 6.^a Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- DÍAZ ARANDA, E., *Dogmática del suicidio y homicidio consentido*, Centro de Estudios Judiciales del Ministerio de Justicia e Interior y Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1995.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «La huelga de hambre en el ámbito penitenciario», *Cuadernos de Política Criminal (CPC)*, núm. 30, 1986.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Artículo 143», en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. / GRACIA MARTÍN, L. / LAURENZO COPELLO, P., *Comentarios al código penal. Parte Especial. Títulos I a VI y faltas correspondientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- FLORES MENDOZA, F., *La objeción de conciencia en Derecho Penal*, Comares, Granada, 2001.
- GÓMEZ RIVERO, M.^a C., *La responsabilidad penal del médico*, 2.^a Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- GRACIA MARTÍN, L., «Del homicidio y sus formas», en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. / GRACIA MARTÍN, L. / LAURENZO COPELLO, P., *Comentarios al código penal. Parte Especial. Títulos I a VI y faltas correspondientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- HERREROS, B. / PALACIOS, G. / PACHO, E., «Limitación del esfuerzo terapéutico», *Revista Clínica Española*, núm. 3, vol. 212, 2012.
- LEFEUVRE, K. / DEPADT, V., *Protéger les majeurs vulnérables. Quels nouveaux droits pour les personnes en fin de vie?*, Presses de l'EHESP, Rennes, 2017.
- LLEDÓ YAGÜE, F. / INFANTES ESTEBAN, S., *Aspectos jurídico-científicos de la crionica en seres humanos: el derecho a vivir después de la muerte*, Dykinson, Madrid, 2019.
- LLEDÓ YAGÜE, F. / MONJE BALMASEDA, O., «La criogenización: el vencimiento de la muerte, los derechos del "ser criónico" renacido», *Revista de Derecho y Genoma Humano: Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada = Law and the Human Genome Review: Genetics, Biotechnology and Advanced Medicine*, núm. 50, 2019.
- MAYO CALDERÓN, B., «Delitos contra el honor», en ROMEO CASABONA, C. M. / SOLA RECHE, E. / BOLDOVA PASAMAR, M. Á. (Coords.), *Derecho Penal. Parte Especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Comares, Granada, 2016.
- MUÑAGORRI LAGÚA, I., *Eutanasia y Derecho Penal*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1994.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, 22.^a Ed., Tirant lo Blanch, 2019.

- NATIONAL ACADEMY OF NEUROLOGY, *Position of the American Academy of Neurology (AAN) on certain aspects of the care and management of the persistent vegetative state patient*, 1988.
- NOE, E., et al., «Validez actual del diagnóstico de «estado vegetativo permanente»: estudio longitudinal en una muestra clínica de pacientes en estados alterados de conciencia», *Neurología*, núm. 9, vol. 34, 2017.
- NÚÑEZ PAZ, M. A., *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad: problemática jurídica a la luz del Código Penal de 1995*, Tecnos, Madrid, 1999.
- ROMEO CASABONA, C. M., *Los trasplantes de órganos. Informe y Documentación para la reforma de la legislación española sobre trasplantes de órganos*, Bosch, Barcelona, 1979.
- ROMEO CASABONA, C. M., «Estudio específico del problema de la muerte en el donante cadáver a la vista de las innovaciones científicas y tecnológicas ocurridas en las ciencias biomédicas», *Revista General de Derecho (RGD)*, núm. 585, 1993.
- ROMEO CASABONA, C. M., *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, CERA, Madrid, 1994.
- ROMEO CASABONA, C. M., *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Comares, Granada, 2004.
- ROMEO CASABONA, C. M., «Decisiones ante la proximidad de la muerte del paciente del paciente: interrupción o no iniciación del tratamiento», en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Aspectos éticos y jurídicos del dolor, la enfermedad terminal y la eutanasia*, Fundación Lilly y Unión Editorial, Madrid, 2008.
- ROMEO MALANDA, S., «Un Nuevo marco jurídico sanitario. La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 2003.
- ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenlehre*, Beck C. H., Berlín, 1997.
- RUSSELL, J. A. / EPSTEIN, L. G. / GREER, D. M. / KIRSCHEN, M. / RUBIN, M. A. / LEWIS, A. et al., «Brain death, the determination of brain death, and member guidance for brain death accommodation requests: AAN position statement», *Neurology*, vol. 92, núm. 6, 2019.
- SOLA RECHE, E., «Tratamiento del anciano con enfermedad terminal. Los cuidados paliativos», en ROMEO CASABONA, C. M. (Coord.), *Tratado de Derecho y Envejecimiento*, Fundación Mutualidad Abogacía-Wolters Kluwer, Madrid, 2021.

TARODO SORIA, S., «La doctrina del consentimiento informado en el ordenamiento jurídico norteamericano», *Derecho y Salud (DS)*, núm. 1, vol. 14, 2006.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Ministerio de la Presidencia), Madrid, 1999.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo CP (art. 143)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

VALMAÑA OCHAÍTA, S., «Los delitos contra la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos», en GARCÍA VALDÉS, C. / VALLE MARISCAL DE GANTE, M. / CUERDA RIEZU, A. R. / MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. / ALCÁCER GUIRAO, R. (Coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Edisofer, vol. 2, Madrid, 2008.

Páginas electrónicas

SECPAL, *Guía de Cuidados Paliativos*. Disponible en: <http://www.secpal.com/Documentos/Paginas/guiacp.pdf> [Última consulta: 8 de julio de 2021].

Cryogenic Society of America. Disponible en: <https://cryogenicsociety.org/> [Última consulta: 8 de julio de 2021].

Jurisprudencia

- SAN 4266/2014, de 22 de octubre – ECLI:ES:AN:2014:4266.
- SAP Cantabria, de 23 de abril de 1998.
- STC 120/1990, de 27 de junio.
- STC 137/1990, de 19 de julio.
- STEDH, Gran Sala, de 5 de junio 2015 TEDH\2015\73.
- STS EE. UU., de 14 de diciembre de 1990.
- STS, Sala 1.^a, de 12 de enero de 2001.
- STS, Sala 1.^a, de 11 de mayo de 2001.

CAPÍTULO 17

SUICIDIO Y EUTANASIA⁽¹⁾

Carlos María Romeo Casabona

Catedrático de Derecho Penal

Director del Grupo de Investigación

Cátedra de Derecho y Genoma Humano

Universidad del País Vasco/EHU

Escuela de Pensamiento,

Fundación Mutualidad Abogacía

(1) El presente trabajo se realiza en el marco de la financiación del Gobierno Vasco a Grupos de Investigación del Sistema Universitario Vasco (IT1066-16). Agradezco al investigador predoctoral UPV/EHU, Carlos TRINCADO CASTÁN, la ayuda prestada para localizar las sentencias más recientes que se citan en este estudio.

I. EL SUICIDIO. SU TRATAMIENTO JURÍDICO-PENAL

1.1. Concepto de suicidio. Su incidencia en las personas mayores

El suicidio es un hecho del ser humano poco frecuente, pero en absoluto un fenómeno extraño, como tampoco lo es entre otros seres vivos (al menos se aceptan comportamientos autodestructivos voluntarios en diversas especies animales). Lo que comporta en todo caso en el ser humano es su naturaleza consciente, como la emanación de un yo que conoce su temporalidad y su finitud biológicas. De ahí que se produzca con cierta frecuencia en las personas mayores, pero paradójicamente con una gran incidencia también entre adolescentes y jóvenes (entre 15 y 30 años)⁽²⁾, aunque probablemente las causas y motivaciones sean distintas en una y otra franja de edad; en concreto, en los mayores destacan la sensación de abandono y de soledad, estrecheces económicas y enfermedades terminales o que afectan profundamente a la forma de vida.

El suicidio consiste en quitarse uno mismo violenta y voluntariamente la vida. Esta definición tan solo pretende servir como presupuesto para la valoración jurídica de esta conducta. Es preciso aclarar el alcance preciso que se esconde detrás de estos términos.

«Quitarse uno mismo... la vida» significa, en primer lugar, que el suicidio es un acto eminentemente personal, que realiza el propio suicida. Es muy importante retener esta idea, pues siendo compatible con la ayuda que pueden prestar terceros, sea cual fuera aquélla (desde aconsejar u orientar sobre el procedimiento para hacerlo, pasando por el suministro del medio o instrumento, llegando a la aportación de ayuda personal en la realización del propio acto suicida, o ejecutándolo), es necesario que el suicida controle en todo momento el proceso de producción de la muerte; dicho de otro modo con términos jurídicos, que mantenga el dominio del hecho hasta el final (hasta la irreversibilidad del acto o la pérdida de la conciencia).

(2) GÓMEZ NAVARRO, N., «El suicidio en jóvenes en España: cifras y posibles causas. Análisis de los últimos datos disponibles», *Clínica y Salud*, núm. 1, vol. 28, 2017, págs. 25-31.

Y no cabe duda de que el efecto de quitarse la vida consiste en producirse la muerte.

Como se verá más abajo, en los comportamientos tipificados como delitos el suicida realiza por sí mismo los actos de quitarse la vida relacionados con los delitos de inducción y de cooperación necesaria no ejecutiva al suicidio, al menos aquéllos no son realizados por el inductor o el cooperador (pues estos supuestos son compatibles con que el suicida recabe a su vez el concurso de un tercero para que ejecute la muerte); no así respecto a la cooperación ejecutiva, pues es una exigencia del tipo que el sujeto activo realice el acto de ejecución de privación de la vida del suicida.

La discusión en torno a si el concepto de suicidio sólo abarca comportamientos activos por parte del suicida o también los omisivos (por más que en la definición propuesta se utilice el verbo activo «quitarse»), debe resolverse en sentido afirmativo respecto a esta segunda opción (p. ej., no tomar un medicamento vital), incluyendo los supuestos que comportan la interrupción de un curso salvador ajeno, como rechazar un tratamiento vital, p. ej., en caso de huelga de hambre o de rechazo de una transfusión de sangre por motivos religiosos. Con independencia de la valoración jurídico-penal que merezcan estos hechos respecto a terceros implicados, es indudable que suele estar implícita una voluntad de morir o cuando menos de asumir el riesgo de la muerte, si el sujeto es consciente de que de su conducta (impeditiva o permisiva respecto a cursos salvadores de terceros) va a depender en gran medida que se produzca o no la muerte. Esta observación comporta una identidad o equiparación con comportamientos suicidas, como rechazar alimento vital en las huelgas de hambre o transfusiones vitales.

El sentido jurídico de «violentamente» alude a un proceso opuesto a la muerte natural (como consecuencia de una enfermedad o del propio deterioro causado por el envejecimiento biológico), pudiendo ser accidental o —en este caso— provocado. Esta idea está relacionada con la de «quitarse la vida» y por ello implícita, pero, como se ve, no coinciden plenamente.

Y, en último lugar, «voluntariamente» alude a la necesidad de que se trate de un acto querido, voluntario. Presupone, por tanto, la intención de morir del suicida, es decir, que la privación de la vida haya sido libremente asumida por él mismo, así como de nuevo el propio control de la ejecución de su muerte (dominio del hecho), por sí mismo o por medio de otro; o que se asuma la muerte como consecuencia necesaria e inevitable de otro objetivo (p. ej., mantener la protesta en la huelga, o fiel a las convicciones religiosas en el rechazo de un tratamiento vital).

La tenencia y el ejercicio del dominio del hecho se traduce en la práctica en que el suicida pueda en todo momento dirigir y controlar el proceso de la privación de su vida, al menos hasta que pierda la conciencia o el hecho sea ya

irreversible, de modo que si en cualquier momento anterior modifica su criterio pueda frenarlo o interrumpirlo y el cooperador dejar de actuar. De no proceder éste de forma consecuente, significa que el suicida ha perdido el dominio del hecho y la muerte producida por el supuesto cooperador saldrá del radio de acción del art. 143 para pasar al de los arts. 138 o 139 o 140 (homicidio o asesinato) en concepto de autor. No obstante, el proceso no es siempre lineal.

Particular interés revisten los casos de doble suicidio, en el que dos personas deciden quitarse juntos la vida, p. ej., ejecutando uno la vida del otro y después quitándose la propia. Los escasos supuestos que recoge la jurisprudencia se han producido en el seno de parejas de enamorados, de modo que el segundo de ellos no ha conseguido finalmente producirse su muerte, sino tan solo lesiones diversas, o ha quedado indemne. Los tribunales han condenado al sobreviviente por un delito de auxilio al suicidio o se han inclinado por la absolución⁽³⁾.

1.2. Consideraciones político-criminales

El principio de la no intervención del DP en relación con la conducta del suicida tiene largo arraigo en nuestra cultura, aunque no siempre fue así en el pasado en algunos países⁽⁴⁾.

Los argumentos que suelen manejarse en la actualidad para justificar la no intervención del Derecho en el acto suicida se centran no en el reconocimiento constitucional de un supuesto derecho a la muerte, sino de una disponibilidad *de facto* de la propia vida, al menos cuando el acto suicida lo realiza el propio interesado, lo que comporta admitir también que desde la perspectiva constitucional se trata de un hecho lícito, no antijurídico, pero no garantizado constitucionalmente⁽⁵⁾.

De todos modos, la impunidad del suicidio no significa que el DP no pueda o no deba intervenir frente a las personas que participan en él. En primer lugar, porque es una decisión político-criminal de oportunidad del legislador, de acuerdo con la intensidad con la que quiera proteger la vida humana. La inter-

-
- (3) Así, SSTs de 16 de diciembre de 1895 (JC núm. 200), de 23 de junio de 1916 (JC núm. 157), de 8 de octubre de 1927 (JC núm. 41) y de 15 de diciembre de 1977 (JC núm. 4898).
- (4) ROMEO CASABONA, C. M., «El homicidio y sus formas», en ROMEO CASABONA, C. M. / SOLA RECHE, E. / BOLDOVA PASAMAR, M. Á. (Coords.), *Derecho Penal. Parte Especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, 2.ª Ed., Comares, Granada, 2016, pág. 39.
- (5) Así lo establece el TC en su S 120/1990, de 27 de junio, cuando reconoce al derecho fundamental a la vida un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte ... no es posible admitir que la Constitución garantice en su art. 15 el derecho a la propia muerte. *Vid.* diversas consideraciones críticas sobre esta posición en ARRUEGO RODRÍGUEZ, G., *Derecho fundamental a la vida y muerte asistida*, Comares, Granada, 2019, págs. 78 y ss.

vención del DP puede estar justificada con el objetivo de prevenir abusos que podrían cometerse en el contexto del suicidio, acto, no se olvide, irreversible.

Esta intervención, como hace el CP (art. 143) implica dos aproximaciones de diferente entidad político-criminal: la incriminación de hechos que de otro modo no serían punibles y la de atenuar la responsabilidad de otros que sí lo son. En efecto, la tipificación de la inducción y de la cooperación necesaria al suicidio supone la decisión legislativa de sancionar ambas conductas, pues al regir el principio de accesoriedad de la participación en el delito (conforme al cual para que ésta pueda perseguirse ha de estar sancionado penalmente el hecho principal, el suicidio) no podrá castigarse; es decir, no es un hecho típico en sí mismo, pero tampoco antijurídico, como se subrayó *supra*. En segundo lugar, el hecho de que la cooperación ejecutiva al suicidio figure tipificada en el art. 143 CP, significa que el legislador ha optado por construirlo con una pena atenuada en relación con el delito de homicidio, el cual incrimina la muerte —no se olvide— no consentida de otro (art. 138 CP)⁽⁶⁾.

Probablemente hay algo más en la decisión de sancionar penalmente los comportamientos de participación en el suicidio de otro, además de proteger la vida humana no querida en cuanto tal, sino incluso también frente a posibles y no excepcionales abusos, en especial ante situaciones de cierta vulnerabilidad emocional del suicida, cuando ha llegado a tomar una decisión tan extrema; o que hay presente un interés supraindividual de carácter colectivo, a la vista de que socialmente se percibe el suicidio como un fenómeno creciente, que podría afectar a la salud pública⁽⁷⁾. Con toda probabilidad estas percepciones son ciertas, en concreto más asumible la primera, y previsiblemente han podido influir en las decisiones (político-criminales) del legislador a la hora de sancionar la cooperación al suicidio, no olvidemos, casi igual desde hace casi dos siglos. Sin embargo, estas motivaciones no las podemos confundir con el bien jurídico objeto de protección de estos delitos, que continúa siendo, sin la menor duda, la vida humana —no querida—. Estas percepciones constituyen más bien, con toda claridad, la *ratio legis*, el fundamento o motivación que ha podido impulsar o reforzar la voluntad del legislador para castigarlas⁽⁸⁾.

(6) Al menos para quienes consideran que esta forma de cooperación —ejecutiva— al suicidio posee ya las características de la autoría de un homicidio, sin olvidar que el CP equipara la pena de los cooperadores necesario a la de la autoría (art. 28.2, b CP).

(7) Como bien subrayan ROMEO MALANDA, S. / NICOLÁS JIMÉNEZ, P. / URRUELA MORA, A., «Toma de decisiones al final de la vida: situación actual y perspectivas de futuro en el derecho español», *La Ley*, núm. 9576, 2020, págs. 5 y s. (publicado también en «Dossiê “O Direito e a Bioética ante os limites da Vida Humana em Homenagem ao Professor Carlos María Romeo Casabona”», *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, vol. 23, núm. 46, 2020, págs. 108 y ss.

(8) Como también ha ocurrido con otros delitos, p. ej., en el delito de reproducción asistida no consentida, al considerar algún autor —erróneamente— que el bien jurídico protegido

La solución del CP es correcta desde una perspectiva constitucional y acertada políticamente, sin perjuicio de atender de algún modo a situaciones excepcionales mediante la exclusión de la responsabilidad penal de quien realiza el acto suicida sobre otro.

1.3. Aspectos comunes de las modalidades comisivas punibles

A) *El bien jurídico protegido*

No cabe duda de que el bien jurídico protegido en este conjunto de delitos lo es también la vida humana independiente. La diferencia con otros delitos que también protegen aquélla (homicidio, asesinato), es la voluntad de morir del sujeto pasivo⁽⁹⁾, materia de la que nos ocuparemos más abajo.

La punición de estas formas de participación en el suicidio y especialmente en la eutanasia configura el fundamento para sostener que la vida humana no es un bien jurídicamente disponible en el DP español, sin perjuicio de lo que nos ha deparado el anterior análisis del marco constitucional. Estos delitos constituyen al mismo tiempo la prueba de que, no obstante, el consentimiento del titular del bien jurídico —su voluntad— mantiene alguna relevancia jurídico-penal, puesto que es la condición determinante de la atenuación de la pena, muy significativa en algunos supuestos del art. 143.

B) *El sujeto pasivo*

Sujeto pasivo o víctima de los delitos sancionados penalmente es el propio suicida. La anterior consideración supone de entrada excluir como suicidas a quienes por cualquier motivo no puedan comprender la trascendencia del acto que van a realizar o en el que van a consentir o solicitar, o cuando no puedan formar o manifestar libremente su voluntad de morir. Así los niños y adolescentes mientras no hayan desarrollado su capacidad de decidir (madurez de hecho o capacidad natural de juicio)⁽¹⁰⁾; o los deficientes mentales profundos o enfermos mentales con patología grave (y activa en el momento de tomar la decisión)

es el interés del Estado para limitar y controlar el uso de las técnicas de reproducción asistida a los fines de la reproducción humana. O que en los delitos imprudentes lo fuera la disminución del riesgo de ciertas actividades que requieren la debida diligencia.

(9) Así, también, Díez RIPOLLÉS, J. L., en Díez RIPOLLÉS, J. L. / GRACIA MARTÍN, L. / LAURENZO COPELLO, P., *Comentarios al código penal. Parte Especial. Títulos I a VI y faltas correspondientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 183. Es llamativo el criterio de CARBONELL MATEU, J. C., en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 6.ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 82, para quien lo que se protege es «sólo la vida libremente deseada por su titular».

(10) Vid. LAP, que aunque establece unos límites de edad formales, se inspira en el criterio material apuntado en el texto (art. 9.3, c).

que se encuentren en una situación equivalente de deficiencia intelectual o de la formación de su voluntad, como puede ser, en el caso de personas mayores, padecer enfermedades neuronales degenerativas, como el alzhéimer o el párkinson en su fases avanzadas, y el accidente cerebro-vascular.

En los casos de no validez de la resolución de voluntad del suicida, el auxiliador o instigador no serán castigados por alguno de estos delitos del art. 143, sino como autor —mediato, si la muerte se la produce el presunto suicida, o directo, si él mismo la ejecutó— de homicidio o asesinato, según los casos. Estos son al mismo tiempo, por consiguiente, los delitos aplicables cuando se practica la eutanasia a una persona en esas condiciones (sin o contra su voluntad, como se comprobará al analizar el nuevo régimen legal sobre la eutanasia o, cuando no estando mermada su capacidad de decidir, ni tan siquiera la solicitó.

La voluntad del suicida y su manifestación no han de estar viciadas; ha de ser una voluntad directa de morir, de consecuencias necesarias o al menos ha de contarse con su producción, expresa o tácita, pero no presunta, pues en este último caso no existe en realidad voluntad de morir o, de haberla, no hay elementos suficientes para deducirla con nitidez. Y es indiferente que concurren otros motivos, aunque puedan tener interés para contextualizar los hechos punibles y, en su caso, para la apreciación de circunstancias atenuantes o agravantes.

C) *Irrelevancia penal de las conductas omisivas*

Ha sido ampliamente discutida la posibilidad de la comisión por omisión de estos delitos. Desde una revisión constitucional no parece admisible en ninguna de las variantes del art. 143 (y, por razones estructurales, tampoco en la inducción). En efecto, el reconocimiento constitucional de la disponibilidad de la propia vida por uno mismo comporta ya la inexistencia, o desaparición, en su caso, de la posición de garante por parte de terceros cuando el interesado ha tomado y manifestado a esos terceros su decisión en ese sentido. Aquéllos no están legitimados para interferir en tal decisión válidamente adoptada (incluso aunque el suicida haya perdido la conciencia con posterioridad), lo que significa que se ven desligados de los deberes de salvaguarda respecto al bien jurídico. Lo anterior no obsta para que puedan persistir otros deberes de asistencia para no dejar completamente abandonado al sujeto pasivo en la medida en que no interfieran en la decisión principal (así, con claridad, cuidados paliativos, si se rechaza el tratamiento vital)⁽¹¹⁾. Si no media la voluntad del suicida, obviamente, como quedó dicho, el hecho sale de la órbita de estos delitos, para entrar en la de otros delitos contra la vida (homicidio o asesinato).

(11) Ténganse en cuenta los delitos de omisión del deber de socorro y de denegación de asistencia sanitaria, arts. 195 y 196, respectivamente.

Tampoco podría ser de aplicación el delito de omisión del deber de socorro (art. 195 CP) en relación con el mero acto de quitarse la vida (sí, indudablemente, si no logra su propósito y necesita alguna forma de asistencia), puesto que no puede decirse que se halle desamparada aquella persona que rechaza o impide acciones salvadoras ajenas (lo que comporta la puesta a disposición de recursos de auxilio por parte del tercero).

D) *Exclusión de la comisión por imprudencia*

Ninguna de las modalidades típicas de participación en el suicidio admite la comisión por imprudencia, porque el CP ha excluido expresamente su punición, de acuerdo con la cláusula general sobre el *numerus clausus* o cerrado del castigo de las conductas imprudentes establecida en su art. 12, aparte de las dificultades estructurales que presentaría su admisión en este delito.

E) *El resultado de muerte*

El resultado de muerte del suicida forma parte integrante del delito en las tres variedades tipificadas. En cuanto al sentido jurídico-penal de la muerte en la estructura del delito del art. 143, está más extendido el criterio de que la muerte del suicida constituye un elemento del tipo del delito, configurado como el resultado material del mismo, y no una condición objetiva de punibilidad. Esta concepción tiene como primera y fundamental consecuencia que el resultado de muerte ha de ser abarcado por el dolo del partícipe. Otro efecto relevante es que la no producción del resultado afectará al proceso de consumación del delito, por lo que cabrá la tentativa y será punible con la atenuación de la pena que corresponda a la misma.

1.4. Las formas de participación en el suicidio punibles en el Código Penal

A) *La inducción al suicidio*

La inducción al suicidio (art. 143.1 CP) consiste en determinar a otra persona a que adopte la resolución de voluntad de quitarse la vida, por sí o con el concurso de un tercero. El inductor hace nacer la voluntad de morir en el suicida, antes inexistente⁽¹²⁾. Esto puede ocurrir con más frecuencia con personas que atraviesan períodos prolongados de desánimo o depresión, lo que puede acontecer en particular con personas mayores que viven en soledad o en el abandono de su entorno, que por ello pueden ser más influenciables.

Como características propias que corresponden a la inducción en general, ésta ha de ser directa, es decir, dirigida a una persona o personas concretas de-

(12) Vid. las siguientes Ss., en alguna de las cuales la víctima es una persona mayor: STS 1666/2009, de 30 de diciembre; SAP Madrid 1743/2018, de 26 de septiembre; SAP Barcelona 28/2019, de 3 de mayo; y SAP Pontevedra 396/2020, de 24 de julio.

terminadas con el fin de que se suiciden⁽¹³⁾. Y ha de ser, asimismo, eficaz; por consiguiente, que la persona haya resuelto suicidarse como consecuencia de la instigación del inductor y dé, *además*, comienzo al acto o actos ejecutivos encaminados a quitarse él mismo la vida. Es irrelevante el procedimiento para conseguirlo, siempre que sea una instigación moral, no material⁽¹⁴⁾.

En ocasiones se plantea la dificultad del deslinde entre inducción y autoría mediata, lo que reviste un evidente interés, puesto que en el segundo supuesto (de autoría) se modificaría además el título de imputación, al entrar entonces en juego el delito de homicidio o, en su caso, de asesinato, al ser entonces aquél quien tendría el dominio del hecho. En efecto, la autoría mediata presupone el dominio del hecho por parte del autor, sin que llegue a intervenir en ningún momento en la ejecución de la muerte del suicida. Tal dominio se obtiene por coacción o provocando mediante engaño el error del suicida o aprovechándolo de existir previamente en él, al tiempo que el sujeto de atrás —el autor mediato— domina la cualidad lesiva de la acción de la víctima, la cual se convierte en el instrumento de aquél.

En el *tipo subjetivo* es preciso el dolo, que habrá de ser directo (de primer o segundo grado), no siendo admisible el dolo eventual, dadas las características propias de la inducción. Abarcará tanto la conciencia y voluntad del surgimiento en el sujeto pasivo de la resolución de quitarse la vida como del acto suicida realizado por el mismo.

B) *Cooperación necesaria en el suicidio*

La cooperación necesaria al suicidio (art. 143.2 CP) consiste en la ayuda que se presta al suicida, incluso con actos ejecutivos, siempre que no se produzca directamente la muerte del suicida. P. ej., entregarle un arma o un veneno, o indicarle cómo administrárselo o la dosis que debe tomar, dejar preparado el mecanismo o aparato que introducirá en el organismo la sustancia letal, siempre que, en este último caso, sea el suicida quien lo active o lo ponga en marcha, administrar parcialmente la sustancia letal para que continúe el suicida, etc. Este tipo de ayuda parece que será más frecuente en personas con discapaci-

(13) SÁNCHEZ LÁZARO, F. G., «La autoría y la participación», en ROMEO CASABONA, C. M. / SOLA RECHE, E. / BOLDOVA PASAMAR, M. Á. (Coords.), *op. cit.*, págs. 178 y ss.

(14) SAP Barcelona 528/2012 de 21 mayo (JUR\2012\232189): «el acusado contribuyó de manera esencial, tras explicarle al Sr. Ginés que la única salida que veía para los problemas anímicos y psicológicos que éste padecía, a formar en el Sr. Ginés la convicción psicológica de que el suicidio era la mejor opción que para mejorar su vida tenía, contribuyendo a disipar cualquier temor o duda que el mismo podía tener al afirmarle (...), que tras su muerte encontraría el bienestar que no encontraba en vida, por lo que mejoraría su calidad de vida o existencia...»; además le entregó una cantidad suficiente de heroína para producirle la muerte que se administró el propio suicida. Los hechos son calificados como cooperación al suicidio de otro.

dades físicas o que carecen de vías para conseguir los mecanismos o la propia sustancia letal.

Esta ayuda ha de consistir en la prestación de actos necesarios para la realización del suicidio (con independencia, como sabemos, de la cuestión de la consumación), lo que no es siempre fácil de determinar, pues reaparece aquí la dificultad de distinguir entre cooperación necesaria y complicidad, que está excluida sin la menor duda del ámbito punitivo del art. 143.2⁽¹⁵⁾. Esta dificultad de deslinde se plantea de modo semejante respecto a su regulación genérica en los arts. 28 pfo. 2.º y 29 del CP⁽¹⁶⁾.

El *tipo subjetivo* requiere únicamente el dolo del cooperador, que aquí puede ser directo o eventual. El dolo ha de extenderse a todos los elementos objetivos del tipo, incluidos la relevancia de su contribución (necesaria), la voluntad suicida del sujeto pasivo y el resultado de muerte.

C) *Cooperación ejecutiva al suicidio*

Para situar adecuadamente este delito y desentrañar su verdadera naturaleza jurídica hay que tener presentes varios aspectos fundamentales⁽¹⁷⁾.

En primer lugar, debe destacarse que la redacción legal de este delito es incompleta, pues para su plena comprensión comporta una remisión al apartado anterior: «Si la cooperación [al suicidio] llegara hasta el punto de ejecutar la muerte» (art. 143.3 CP). Así, guarda una estrecha relación con el delito estudiado *supra* (art. 143.2), pues presentan la misma naturaleza, ambos constituyen formas punibles de participación, y tienen presupuestos idénticos.

El segundo aspecto relevante consiste en que en este delito el sujeto activo ejecuta personalmente la muerte o, lo que es lo mismo, realiza él mismo la acción —típica— de matar al suicida. Es decir, el sujeto ya no se limita meramente a cooperar en la realización de la acción de otro, sino que practica actos que parecen —son— de autoría⁶¹ (o de coautoría, si el sujeto pasivo realiza a su vez algunos actos ejecutivos, pero no todos)⁶², respecto a los cuales el dominio del hecho puede compartirlo o no con el sujeto pasivo (en el último supuesto al menos desde el momento en que este último ha perdido la conciencia).

Las hipótesis más plausibles en este delito se presentan, en primer lugar, cuando el suicida no tiene la posibilidad material de quitarse a sí mismo la vi-

(15) Ni tan siquiera la solidaridad pasiva constituye complicidad: STS 176/2016, de 19 de diciembre; SÁNCHEZ LÁZARO, F. G., «La autoría y la participación», *op. cit.*, pág. 180.

(16) SÁNCHEZ LÁZARO, F. G., *op. cit.*, págs. 178 y ss.

(17) *Vid.* algunas Ss. en las que la víctima es una persona mayor: SAP Zaragoza 578/2016, de 4 de abril.

da por sus propios medios y necesita ineludiblemente el concurso de terceras personas para alcanzar tal propósito, como suele ocurrir a las personas con alto grado de dependencia. Este presupuesto pone en cuestión que el sujeto pasivo vaya a poder realizar, incluso parcialmente, actos de ejecución, por lo que el condominio del hecho es el elemento fundamental configurador de su coautoría, aunque ha de reconocerse que aquél puede llegar a perderse en el suicida (p. ej., desde el momento en el que pierde o tiene muy disminuida su conciencia o voluntad), pero mantenerse en el sujeto activo o ejecutor de la muerte. Incluso puede ser discutible que una persona con un alto nivel de dependencia o totalmente impedida pueda controlar realmente el proceso de su muerte si no está en condiciones de interrumpir o paralizar dicho curso causal por sus propios medios (cierto que podría hacerlo a través de terceros ajenos a la ejecución), debiendo confiar en que el supuesto ejecutor atienda su petición.

La otra hipótesis se refiere a los pactos de doble suicidio pasional, por amor o por considerar que no tiene sentido continuar viviendo, como podría ser la motivación de un matrimonio o pareja formados por personas mayores encontrándose ambos o uno de ellos en una situación de grave enfermedad o de dependencia del otro, asimismo con cierta discapacidad corporal, en los cuales, sin embargo, sí existe la capacidad material de que cada uno de los sujetos implicados ejecute su propia muerte (sin entrar aquí en la calificación de posibles inducciones y cooperaciones necesarias al suicidio entre ambos), así como la capacidad material de interrumpir el proceso por sus propios medios si es la otra parte la ejecutora del hecho en tanto no sea ya irreversible o no haya perdido la conciencia.

Este delito acoge, pues, hipótesis no sólo diversas, sino algunas que son apenas compatibles entre sí. En fin, se superpone y sucede temporalmente en la cooperación ejecutiva al suicidio un complejo entramado de verdaderos elementos de autoría —y ocasionalmente de coautoría— y de participación (que quedarían absorbidos por los anteriores)⁽¹⁸⁾ que dificultan su correcto o satisfactorio encaje, pero que en todo caso el legislador ha querido sancionar a través del art. 143.3 y beneficiar al autor con la importante atenuación en él establecida. Lo relevante en relación con este delito no es entonces su naturaleza jurídica, en la que se han solido centrar los juristas, sino los efectos que se otorguen a sus requisitos y a partir de ellos la mayor o menor amplitud del delito.

Quizá por ello no parece acertada la expresión de homicidio consentido que se utiliza en ocasiones para designar esta conducta, por la aproximación que puede sugerir a la autoría propia del homicidio simple, al relegar al suicida, inde-

(18) Vid. más ampliamente, ROMEO CASABONA, C. M. *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Comares, Granada, 2004, págs. 113 y ss.

bidamente por lo expuesto, a un segundo plano. La expresión homicidio-suicidio parece más apropiada para designar este delito, pues sugiere los dos aspectos basales de este delito, sin perjuicio de que la atribución del *nomen iuris* no sea una cuestión decisiva. Al incluir en el homicidio consentido al suicida que ha consentido, pero que no conserva el dominio del hecho (aspecto ciertamente controvertido), se contrapone a la perspectiva que lo excluye del ámbito del art. 143.3 del CP y lo traslada de nuevo al de los delitos de homicidio y asesinato.

Sí es relevante retener que la acción típica del art. 143.3 se enmarca en el suicidio de otro, y puesto que el suicida se pone en manos del ejecutor para que dé cumplimiento a su propio designio de quitarse la vida, parece aconsejable que la conducta de aquél se encuentre rodeada de las máximas garantías que prevengan cualquier extralimitación, abuso o confusión.

El tipo objetivo. Como hemos adelantado, la acción típica consiste en causar la muerte del suicida, pero de tal manera que el sujeto activo mismo ejecuta la muerte de aquél. Es indiferente que el suicida realice o no a su vez parcialmente actos ejecutivos o de coautoría de causación de la muerte⁽¹⁹⁾.

El *sujeto activo* en sentido estricto está participando en el suicidio de otro, pero elevado aquí por la ley al rango de autoría. El sujeto pasivo, el suicida, es quien debe conservar hasta el final el dominio de la situación (del hecho), en las condiciones señaladas *supra*. Es precisamente en este tipo delictivo donde esta característica adquiere una relevancia jurídica fundamental, pues de ello va a depender que la acción letal pueda calificarse como la de cooperador-autor del delito de cooperación ejecutiva al suicidio de otro, o la de autor directo en sentido estricto de un delito de homicidio o de asesinato.

Como ha quedado indicado, presupuesto del dominio del hecho es, además, la existencia de un consentimiento como expresión de una resolución de voluntad válida, lo que a su vez requiere la capacidad para prestarlo. La petición o la mutua puesta de acuerdo entre suicida y ejecutor será el medio habitual e idóneo para instrumentar ese consentimiento y al mismo tiempo un indicio o factor revelador del dominio del hecho, puesto que entonces la iniciativa ha surgido del suicida. Sin embargo, no es descartable jurídicamente que el sujeto preste meramente su consentimiento (hipótesis que sugiere que la iniciativa ha surgido en este caso del sujeto activo y no del suicida, pudiendo entonces adentrarse en los territorios de la inducción)⁶⁸, pero entonces deberá acreditarse que el suicida poseía el dominio del hecho⁽²⁰⁾.

(19) ROMEO CASABONA, C. M., *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, op. cit., pág. 114.

(20) Sobre este particular *vid.* la SAP Madrid 403/2016, de 15 de noviembre (ARP\2016\1374): «precisa la concurrencia de un verdadero suicidio, de modo que, al margen de la interven-

En este delito es especialmente importante no sólo la resolución del sujeto pasivo de quitarse de la vida con el concurso ejecutivo de un tercero, sino también si ha expresado que sea una persona determinada y no otra la que practique la muerte, restricción que marca los límites de eficacia del consentimiento para el sujeto activo (p. ej., el consentimiento no sería válido para quien conociendo estas circunstancias ejecuta la muerte del suicida, no siendo la voluntad de éste que sea precisamente esa persona quien actúe). Los requisitos exigidos por el tipo de este delito permiten diferenciarlo por lo general con facilidad del delito relacionado con la eutanasia (art. 143.4 CP)⁽²¹⁾.

El tipo subjetivo. Es necesaria la concurrencia, también aquí, del dolo, que en este caso ha de ser directo, sin que se requiera la presencia de ningún otro elemento subjetivo (p. ej., motivos altruistas, de compasión o solidaridad, etc., aunque puedan concurrir)⁽²²⁾. El dolo ha de abarcar el conocimiento de la resolución suicida del sujeto pasivo y su persistencia durante el proceso; que aquél ha solicitado explícitamente la ejecución de la muerte al sujeto activo (excepcionalmente admitimos *supra* que cabría su deducción inequívoca: consentimiento expreso o tácito dirigido al sujeto activo) y la conciencia y voluntad de realizar la acción de matar y de la producción del resultado de muerte del suicida.

Para la discusión sobre la posible concurrencia de causas de justificación o de inculpabilidad, cuyo efecto común es la exclusión de la imposición de una sanción penal, me remito a otro lugar⁽²³⁾.

II. LA EUTANASIA

2.1. A vueltas con la eutanasia

La eutanasia es una manifestación social minoritaria, al menos todavía en nuestro país, pero de suma importancia para algunas personas que se ven en el entorno del final de sus vidas y que en las circunstancias en las que se desenvuelven no desean continuar viviendo y consideran que la eutanasia (a veces también el suicidio) puede ser la solución para terminar con su problema vivencial.

Es obvio que para el Derecho la eutanasia es una cuestión de la máxima relevancia, pues se ven implicados derechos, intereses y principios jurídicos

ción del tercero, pueda considerarse a la víctima todavía autora de su propia muerte».

(21) SAP Zaragoza 85/2016, de 19 de abril (ARP\2016\538). SAP León 261/2013, de 26 de marzo: no es aplicable el art. 143.4, pues reconoce la existencia de «padecimientos permanentes y dolorosos pero soportables con tratamiento farmacológico».

(22) ROMEO CASABONA, C. M., *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, op. cit., pág. 114.

(23) ROMEO CASABONA, C. M., op. cit., págs. 116 y ss.

de diversa naturaleza, pero todos ellos de primer rango. También es cierto que los pocos casos que han llegado a los tribunales de justicia y a los medios de comunicación han sido por lo general dramáticos, extremos y han producido conmoción en la población.

En este estado de cosas el legislador español ha aprobado una ley sobre la eutanasia que, probablemente pretendiendo dar una solución humanitaria a casos similares por esta exclusiva vía, tal vez ha ido más allá, extendiendo esta opción a todos los ciudadanos que se encuentren en los momentos finales de su vida o en una situación de enfermedad no terminal o con una discapacidad grave e invalidante; todas ellas acompañadas de intensos dolores y sufrimientos corporales y morales.

En este punto debo recordar de nuevo el inacabado debate de si en el marco de la CE existe algún fundamento sólido relativo a un derecho a la disponibilidad de la propia vida como presupuesto de la licitud de las conductas suicidas, del rechazo de un tratamiento vital y de la eutanasia, y el alcance que debería otorgarse a ese supuesto derecho; en particular si permitiría involucrar en su ejercicio a terceras personas.

Dada la variedad de aspectos jurídicos involucrados, me remito a otro lugar para ampliar sobre los términos de esta discusión y mi propia posición personal, que resumo así: no existe un derecho a la disponibilidad de la propia vida, o un derecho a la muerte, en el art. 15 de la CE o en otros preceptos de la misma⁽²⁴⁾, sino una libertad o facultad, no exigible constitucionalmente, de disponer de ella por uno mismo, sin que legitime aquélla la intervención o el mero auxilio de terceros.

2.2. La eutanasia. Un concepto en evolución

A pesar de que no es pacífico el concepto de eutanasia, podemos definirla, de acuerdo con su acepción más corriente, más allá de su origen etimológico (*eu-thanatos*, buena muerte), como la privación de la vida de otra persona realizada por razones humanitarias, a requerimiento del interesado, que sufre una enfermedad terminal incurable o una situación de discapacidad irreversible según el estado actual de la ciencia médica acompañadas de graves dolores y sufrimientos, y desea poner fin a éstos.

(24) La tesis que mantengo aquí, es un resumen y revisión de lo expuesto en ROMEO CASABONA, C. M., *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, CERA, Madrid, 1994, págs. 101 y ss.; y ROMEO CASABONA, C. M., *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, op. cit., págs. 92 y ss.; y en esta obra, ROMEO CASABONA, C. M., «Capítulo 16. Decisiones al final de la vida», adonde me remito. Vid. argumentos en esta línea de la SAP Cantabria, de 23 de abril de 1998.

La valoración jurídico-penal de la eutanasia no es uniforme, puesto que se realiza en función de la concurrencia o ausencia de unos determinados factores o circunstancias. La doctrina jurídica y algunos especialistas en Bioética han venido presentando unas variantes o manifestaciones de la eutanasia cuya trascendencia jurídico-penal es diversa⁽²⁵⁾.

En general estas clasificaciones antiguas han estado vinculadas al tratamiento jurídico —o ético—, en su caso jurídico-penal, que podría derivarse de cada situación. Dicho tratamiento jurídico-penal podía ir desde la absolució n penal a la más grave de las respuestas punitivas, el asesinato; y las clasificaciones han tenido su origen en el sentido etimológico de la expresión («buena muerte» en el procedimiento: sin dolor o sufrimiento).

Los profesionales de la salud, en particular los médicos especialistas en procesos patológicos que pueden llegar a ser terminales y largos, y con dolor y otros sufrimientos corporales, psíquicos y morales, venían rechazando de plano esta cobertura nominal común y han preferido restringir el concepto de eutanasia a la privación de la vida de enfermos terminales *o muy graves*, o de personas discapacitadas corporalmente que se encuentran gravemente impedidas para su desenvolvimiento autónomo en los aspectos más elementales de su vida cotidiana, sin padecer en sentido estricto una enfermedad, acompañadas ambas situaciones por un intenso dolor y sufrimiento.

Ha de concordarse con esta inquietud taxonómica, que comparto desde hace años⁽²⁶⁾, pues el desarrollo de nuevas terapias más eficientes o al menos adecuadas para combatir el dolor, así como el reconocimiento de los derechos de los pacientes, exigen depurar el alcance que se quiera reconocer a la eutanasia. No cabe duda de que en la actualidad la incorporación en algunos centros de los servicios de cuidados paliativos y unidades del dolor, así como el reconocimiento legal explícito y sin confusión del derecho a rechazar el tratamiento, incluso vital⁽²⁷⁾, han facilitado el cambio de enfoque, limitándose el uso del término eutanasia a los supuestos que vienen defendiendo los profesionales de la Medicina, sin perjuicio de que en algunos casos conocidos de enfermos terminales se haya ignorado el derecho al rechazo del tratamiento por parte de algunos médicos sin ningún sustento legal, y hayan tenido que intervenir los jueces para deshacer tal arbitrariedad.

(25) Vid. Sobre esta relevante discusión TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C. «Eutanasia», en ROMEO CASABONA, C. M. (Dir.), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, t. I, Comares, Granada, 2011, pág. 831; PAREJO GUZMÁN, M. J., *La eutanasia, ¿un derecho?*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005, págs. 99 y ss.; ROMO PIZARRO, O., *La eutanasia. El acto eutanásico*, Metropolitana, Santiago de Chile, 2019, págs. 39 y ss.

(26) ROMEO CASABONA, C. M., *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, op. cit., págs. 412 y ss.

(27) Vid. LAP, arts. 8, 9.2, b y 11.

Por otro lado, la nueva legislación sobre la eutanasia ha dado apoyo legal al criterio restrictivo al que acabamos de aludir: «el acto deliberado de dar fin a la vida de una persona, producido por voluntad expresa de la propia persona y con el objeto de evitar un sufrimiento»⁽²⁸⁾. No obstante, debatiremos más abajo si el propio legislador no ha ido más allá del marco eutanásico, pues la mención de «evitar un sufrimiento», no necesariamente eliminar o interrumpir, sino adelantarse a la aparición del mismo.

2.3. El debate sobre la despenalización de la eutanasia

Con el CP de 1995 se aborda legalmente por primera vez de forma explícita esta materia en España, si bien sin darle nombre, frente a la situación anterior, que en el mejor de los casos se podía resolver a través de las formas de participación punibles en el suicidio (art. 409 CP 1973), sin que ello asegurase entonces una disminución relevante de la pena respecto a la del delito de homicidio.

El legislador no dio por concluidos sus trabajos en esta materia, y tomó con posterioridad algunas iniciativas por consenso o fueron fruto de la acción de grupos parlamentarios en la oposición, en concreto por medio de varias proposiciones de ley. Finalmente, se ha concluido el trámite parlamentario de una proposición de LO presentada por el grupo parlamentario de minoría mayoritaria que sostiene al Gobierno de la Nación⁽²⁹⁾, que es el que marca el régimen legal sobre la eutanasia en la actualidad —una vez entrada en vigor—, y comporta su despenalización y su legalización dentro de este nuevo marco legal.

Es una iniciativa que, como en otras ocasiones, ha contado con partidarios en la sociedad española, pero también con detractores. No parece haberse logrado un verdadero consenso social tampoco en esta ocasión, pues se trata de una materia respecto a la cual es difícil conseguirlo.

Con el fin de lograr una valoración más equitativa de estas situaciones, en la actualidad debe incorporarse como un factor relevante el surgimiento y desarrollo de una especialidad que solo los constantes avances de la Medicina han podido aportar: los cuidados paliativos y las unidades del dolor⁽³⁰⁾; y desde el punto de vista social, el tratamiento de las personas dependientes.

(28) *Vid. infra* EM de la LORE.

(29) Proposición de LO de regulación de la eutanasia 122/000020. Presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, BOCG, X IV Legislatura, Serie B, núm. 46-1, 31 de enero de 2020, pp. 1 y ss. *Vid.* el texto modificado en BOCG, X IV Legislatura, Serie B, núm. 46-6, 17 de diciembre de 2020; y el texto finalmente aprobado, publicado en el BOE, tras su sanción por el Rey, en n. *supra*.

(30) *Vid.* más extensamente SOLA RECHE, E., «Capítulo 15. Tratamiento del anciano con enfermedad terminal. Los cuidados paliativos», en ROMEO CASABONA, C. M. (Coord.), *Tratado de Derecho y Envejecimiento*, Fundación Mutualidad Abogacía-Wolters Kluwer, Madrid, 2021.

Los cuidados paliativos, bien definidos y aplicados correctamente, contando entre otras condiciones con la voluntad directamente expresada por el paciente⁽³¹⁾, constituyen en el momento presente un paso obligado más humano y humanitario, antes que un ofrecimiento de la eutanasia, que debería haberse configurado legalmente como un último recurso excepcional para el paciente y, sobre todo, para la persona discapacitada sufriente⁽³²⁾.

Los cuidados paliativos promueven una atención integral del paciente⁽³³⁾, en primer lugar en su vertiente asistencial sanitaria somática y mental hasta el fin de sus días, acompañado por el tratamiento específico del dolor y del sufrimiento moral; pero también procurando el acompañamiento del paciente por sus seres más cercanos y queridos; propiciando, asimismo, la solución de otros aspectos personales o sociales de su vida; así como una atención más eficiente de las personas dependientes. Incluso los cuidados paliativos no deberían apuntar como objetivo final inamovible la sedación definitiva; hay que estar siempre atentos a la evolución del paciente, incluso del aparentemente desahuciado.

La disponibilidad efectiva de esta atención socio-sanitaria determinaría que la eutanasia directa solo sería solicitada en situaciones muy excepcionales. Este es uno de los aspectos nucleares que presenta la eutanasia, constituye una excepción y como tal debe ser abordada, y no invertir el enfoque: las situaciones excepcionales no deberían ser nunca las que orienten las propuestas generales más adecuadas para la población, pues representan eso, una excepción que requiere una valoración singular e independiente de otras situaciones relacionadas con el final de la vida. Al menos se ofrecerían diversas opciones a las personas que se encuentran al final de sus vidas.

Sin olvidar este presupuesto común, en la actualidad se plantean en la práctica dos formas de llevar a cabo la eutanasia, que podríamos llamar eutanasia por afecto o afectiva y eutanasia médica o medicalizada, respectivamente. Esta distinción significa que descartamos la valoración de la práctica de la eutanasia en contextos diferentes (p. ej., en residencias o alojamientos similares para personas mayores), dado el alto riesgo de distinto signo que comportaría para las personas afectadas. Y partimos también de que, en todo caso, se cuenta con la petición del interesado, no un mero asentimiento pasivo a la propuesta de un tercero cualquiera; y con el presupuesto de una enfer-

(31) Comparte esta inquietud, RODRÍGUEZ-PARDO DEL CASTILLO, J. M., *La incertidumbre bioactuarial en el riesgo de longevidad: Reflexiones bioéticas*, Fundación Mapfre, Madrid, 2011, pág. 96.

(32) En este sentido, ROMO PIZARRO, O., *La eutanasia. El acto eutanásico*, op. cit., págs. 134 y s.; ROMEO CASABONA, C. M., «Prólogo», en ROMO PIZARRO, O., op. cit., pág. 11.

(33) Vid. SOLA RECHE, E., «Capítulo 15. Tratamiento del anciano con enfermedad terminal. Los cuidados paliativos», op. cit.

medad grave preterminal o de una discapacidad que genera dependencia, en ambos casos con intenso y permanente dolor y sufrimiento. Hay que tener en cuenta que el proceso decisional puede ser muy diferente en unos y otros, con un deterioro cognitivo progresivo en el primer caso, que suele ser inexistente o menor en el segundo.

A) *Eutanasia por afecto o afectiva*

Es la que se produce por la petición de la persona enferma o discapacitada a un familiar u otra persona afectivamente próxima, y ésta, movida por el afecto y la compasión hacia quien sufre, asume su petición y la ayuda a quitarse la vida o lo hace ella misma.

En estos casos concurren unas circunstancias que no son irrelevantes para el DP, como la situación de dolor y sufrimiento, el acto de voluntad por el cual el interesado expresa la petición de que una persona o personas determinadas eliminen su sufrimiento, privándoles de la vida; y los impulsos emocionales de quien actúa, que pueden ser de extraordinaria intensidad, así como la compasión por el sufrimiento del familiar o allegado⁽³⁴⁾. Suele moverse en el ámbito de la intimidad familiar o similar.

En estas situaciones podría darse una auténtica eutanasia activa, en principio prohibida penalmente por la ley, pues la LORE ha excluido su participación en la realización de la eutanasia en el familiar o allegado. Las personas que actúan deberían pasar por la amargura de un proceso penal, vía el vigente art. 143.4 CP y las atenuantes (en su caso, muy cualificadas), eximentes incompletas o completas, basadas en el acto de voluntad del que solicita la ayuda y en el intenso impacto emocional en el que actúa (verdaderas situaciones de alteración psíquica transitoria de base emocional de diversa intensidad), cuando se comprobase la existencia de una alteración pasajera pero intensa de las facultades en el autor al tiempo de realizar el hecho que le haya limitado o impedido comprender el carácter ilícito del hecho u obrar conforme a dicho conocimiento, siendo esto último la hipótesis previsible más frecuente (art. 21 núm. 1.º, 3.º, 7.º, y art. 20 núm. 1, respectivamente). Incluso podría pronunciarse por el juez instructor un sobreseimiento de la causa, lo que supondría la terminación de la instrucción sin ningún pronunciamiento judicial.

La intervención penal, cuando se haya optado por este camino, se dirige a terceros que interfieren en la vida ajena, aunque cuenten con el consentimiento

(34) ALONSO ALAMO, M. «La eutanasia hoy: perspectivas teológicas, bioética, constitucional y jurídico-penal (a la vez, una contribución sobre el acto médico)», *Revista Penal*, núm. 20, 2007, págs. 31 y ss., quien para su despenalización considera que debería asegurarse la no concurrencia de motivos espurios.

y petición del interesado, pretendido derecho de intervención respecto al que he señalado que no puede deducirse de la CE ni para éste ni para aquéllos, según se indicó *supra*. Esta propuesta saca del hospital estas situaciones y las traslada al ámbito privado; pero es cierto también que tendrán que someterse al filtro judicial para enjuiciar su más que posible ilegalidad, aparte de la apreciación de atenuantes, eximentes incompletas o completas, sobre cuya aplicación no existen precedentes judiciales. E, indudablemente, desde el punto de vista jurídico y social no es lo mismo tener que pasar por un proceso judicial, si no llega a resolverse con un sobreseimiento.

Los riesgos de desviación de este presupuesto y contexto eutanásico se derivan de la dificultad de sobrellevar emocionalmente la situación, la carga personal y económica si aquélla se prolonga en el tiempo, la impaciencia en acceder a las disposiciones sucesorias del paciente. De este modo se puede llegar a quitar la vida incluso sin el consentimiento de la persona afectada y hasta en ocasiones, sin ningún móvil afectivo o humanitario, a propuesta de los familiares o sustituyendo éstos al paciente sin ningún sustento legal. Por otro lado, la prueba de las alteraciones emocionales y mentales puede presentar dificultades en el proceso.

En resumen, se acaba trasladando al juez la valoración de factores tan sutiles y al mismo tiempo tan relevantes.

B) *Eutanasia médica o medicalizada*

Esta variante comporta trasladar al ámbito sanitario la respuesta a la petición de la persona que quiere morir. Se descarga de esta responsabilidad moral a sus familiares y personas próximas, que mantienen todavía cierta implicación por velar por los intereses del paciente, y las asume el médico de forma exclusiva y excluyente, de acuerdo con las pautas que establezca la ley, cuya observancia comportará su exención de responsabilidad legal.

Esta es la opción asumida por la LORE. El profesional se sentirá menos implicado en los aspectos emocionales de la situación y dispondrá de conocimientos y recursos diversos más variados y eficaces que cuando se trata de personas afectivamente próximas⁽³⁵⁾. Y, por supuesto, no tiene que intervenir por móvil humanitario o compasivo alguno.

Esta alternativa tampoco está libre de posibles desviaciones y abusos, como provocar una desmotivación de los profesionales para tratar a pacientes en si-

(35) Incluso se ha rechazado, no sin buen criterio, que el acto eutanásico —que veremos que la LORE denomina como prestación de ayuda a morir— es difícilmente asimilable a un acto médico terapéutico: ROMO PIZARRO, O., *La eutanasia. El acto eutanásico*, op. cit., págs. 129 y s.

tuación preterminal, la necesidad de atender a otros pacientes con pronóstico más favorable, ahorrar costes y esfuerzos en el tratamiento intensivo de un paciente con pronóstico poco halagüeño, influyendo de algún modo en la decisión del paciente.

En todo caso, en esta vía por la que ha optado el legislador se aprecia una ausencia en su trasfondo de valores tan importantes como los de solidaridad, humanitarismo —o compasión— y empatía⁽³⁶⁾, especialmente relevantes en una Medicina ejercida al final de la vida del paciente. Hasta resulta dudoso que alguno de éstos haya podido integrar la *ratio legislatoris* de esta ley (vid. Preámbulo).

Por la dificultad del tratamiento jurídico que comportan estas dos posibilidades y la prevención efectiva de desviaciones ilícitas, algunos analistas se mantienen escépticos sobre la viabilidad de ninguno de ellos, sin perjuicio de quienes mantienen el principio moral de intangibilidad de la vida humana y de rechazo de su privación por un tercero. Y ambas dejan en una situación extremadamente vulnerable a los enfermos mentales cuando se encuentran en el entorno de la muerte⁽³⁷⁾.

Resulta pertinente en este punto recordar las reflexiones expresadas por el CBE: «existen sólidas razones para rechazar la transformación de la eutanasia y/o auxilio al suicidio en un derecho subjetivo y en una prestación pública. Y ello... por razones de fundamentación ética de la vida, dignidad y autonomía. (...) Legalizar la eutanasia y/o auxilio al suicidio supone iniciar un camino de desvalor de la protección de la vida humana cuyas fronteras son harto difíciles de prever (...)».

En cualquier caso, una solución favorable a la eutanasia y al homicidio consentido habría de concretarse como una respuesta jurídica excepcional para atender situaciones que realmente son excepcionales.

Como conclusión de estos apuntes político-criminales, debe reconocerse que es una materia muy compleja y por ello siempre estará abierta a la reflexión y al debate jurídico y social, y difícilmente dará lugar a soluciones satisfactorias para una parte relevante de la población, cualquiera que sea por la que se opte.

(36) Vid. PERIN, A., «El “derecho a morir con dignidad” y su base axiológica: relevancia y combinación de los principios constitucionales de autonomía e igualdad sustancial en el “caso Cappato”», en ACEVEDO V., N. / COLLADO G., R. / MAÑALICH R., J. P. (Coords.), *La justicia como legalidad. Estudios en homenaje a Luis Ortiz Quiroga*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2020, págs. 532 y s. quien, en esta línea, subraya la «necesidad de proveer una protección solidaria capaz de evitar que “se genere una segunda clase de ciudadanos y sujetos débiles”; y, por otro, la de garantizar la expresión inmediata del principio de autonomía en el marco de la relación médico-paciente, esto es, la autodeterminación terapéutica».

(37) Así lo apunta, RODRÍGUEZ-PARDO DEL CASTILLO, J. M., *La incertidumbre bioactuarial en el riesgo de longevidad: Reflexiones bioéticas*, op. cit., pág. 97.

Es obvio que esta ley no va a contribuir a resolverlo o atenuarlo, ni a generar cierta tranquilidad en los ciudadanos, la compartan o no.

2.4. Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia

O, tal vez con mayor precisión, LO de regulación de la eutanasia «y del suicidio médicamente asistido», podría añadirse.

La aprobación de la LORE por las Cortes Generales, su posterior sanción por el Rey y su publicación en el BOE⁽³⁸⁾, han comportado un cambio radical en el ordenamiento jurídico español sobre el tratamiento de la eutanasia⁽³⁹⁾.

A) *Tramitación y enfoque de la regulación de la eutanasia*

Como sabemos, es una materia que ha generado un largo y extenso debate social en nuestro país, en el que las encuestas han desempeñado un papel primordial para poder sostener que ha contado con un amplio consenso social, con tal vez únicamente este débil y etéreo respaldo⁽⁴⁰⁾. Ciertamente, existe un creciente apoyo social a la eutanasia, pero también es muy significativo el que se decanta contrario a su legalización⁽⁴¹⁾; los datos no son en este caso un referente seguro; como suele decirse, indican únicamente tendencias en la población.

Por este motivo llamé la atención que la nueva ley no tuviera su origen en el camino legislativo usual, esto es, la presentación por el Gobierno de un proyecto de LO al Congreso de los Diputados, más tratándose de una materia de evi-

(38) LORE (BOE 25 de marzo de 2021). La entrada en vigor de esta LO se establece a los tres meses de su publicación en el BOE, salvo el art. 17, que lo hizo al día siguiente (DF 4.^ª).

(39) *Vid.* sobre los antecedentes de esta ley ROMEO MALANDA, S. / NICOLÁS JIMÉNEZ, P. / URRUELA MORA, A., «Toma de decisiones al final de la vida: situación actual y perspectivas de futuro en el derecho español», *op. cit.*, págs. 7 y ss.

(40) *Cfr.* sobre encuestas en nuestro país relacionadas con la eutanasia, ARRUEGO RODRÍGUEZ, G., *Derecho fundamental a la vida y muerte asistida*, *op. cit.*, págs. 101 y s. (con datos del CIS); ASOCIACIÓN DERECHO A MORIR DIGNAMENTE (ADMD). Disponible en: <https://derechoamorir.org> [Última consulta: 10 de julio de 2021].

(41) Lo que no ha impedido que también se hayan formulado posiciones contrarias a esta legislación. Así, la *Declaración pública sobre la Proposición de Ley orgánica de regulación de la eutanasia*, de 9 de octubre de 2020, firmada por cerca de doscientos profesores de Derecho y académicos de diversas academias jurídicas. Disponible en: declaracionvseutanasia.wordpress.com [Última consulta: 10 de julio de 2021]; COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, *Informe sobre el final de la vida y la atención en el proceso de morir, en el marco del debate sobre la regulación de la eutanasia: propuestas para la reflexión y la deliberación*, Madrid, 2020. Disponible en: <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20CBE%20final%20vida%20y%20la%20atencion%20en%20el%20proceso%20de%20morir.pdf> [Última consulta: 10 de julio de 2021].

dente interés social que afecta a un derecho fundamental y que por tal motivo ha sido tramitada como LO. La iniciativa fue tomada por el grupo parlamentario que sostiene a aquél, por consiguiente, como proposición de ley⁽⁴²⁾.

En consecuencia, en su tramitación previa esta ley se ha ahorrado someterse a los informes preceptivos previos establecidos para los anteproyectos de ley por parte de algunos órganos institucionales del Estado con el máximo perfil jurídico (CGPJ⁽⁴³⁾, Consejo de Estado⁽⁴⁴⁾) que, aun no siendo vinculantes, hubieran podido elaborar un análisis jurídico probablemente de mayor finura y precisión que el propio parlamento, más supeditado a la adscripción ideológica, por lo demás totalmente legítima, de sus miembros. Y, asimismo, se ha eludido satisfacer el derecho de la participación ciudadana en el proceso de elaboración de las normas, entre otras⁽⁴⁵⁾.

Esta escasa búsqueda del consenso social y parlamentario explica también que en el período de su tramitación no se haya dado cabida a las demandas — enmiendas— de otros grupos parlamentarios y de la opinión pública de que esta ley al menos formara parte de un paquete de medidas legislativas paralelas dirigidas al establecimiento de los cuidados paliativos y otras acciones asistenciales y sociales semejantes convergentes en la cartera de servicios del SNS.

En efecto, incluso con independencia de la regulación de la eutanasia, pero con mayor justificación por este motivo, se ha criticado que el legislador no haya contemplado el derecho a los cuidados paliativos, como prestación asistencial exigible, su régimen legal y el de la mejora de la prestación asistencial e integración social de las personas dependientes⁽⁴⁶⁾, frente al recurso, más cruento —aunque también sin dolor—, que representa la eutanasia. Lo cierto es que, como se dirá más abajo, esta prestación sanitaria está recogida en la cartera de servicios comunes gratuitos del SNS; la cuestión es que no se ha establecido esta prestación en gran parte del territorio nacional; por tanto, por el momento no será efectivo hasta que las CCAA adopten las medidas necesarias. Y no parece ocioso que se hubiera debido enfatizar en esta ley el derecho a los

(42) Subterfugio al que alude como posible en general GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., «Informes previos a la aprobación de proyectos de ley», *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario (ADP)*, núm. 11, 2001, pág. 64.

(43) *Vid.* LOPJ, art. 108.1, que incluye informes sobre las normas penales.

(44) Sin embargo, por razón de la materia en este caso el informe no sería preceptivo, pero sí potestativo, para el Gobierno. *Vid.* LO 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, art. 21.3.

(45) *Vid.* art. 131.2 CE.

(46) FAMMA COCEMFE MADRID ha señalado que la PLORE es contraria a la CDPD (a su art. 10), ratificada por España: «La discapacidad es un problema cuando el entorno social perjudica, pero, en ningún momento, se sufre si no fuera porque el entorno perjudica la vida de estas personas, junto con la falta de ayudas para su asistencia e integración. Esto sí, les genera dicho sufrimiento.».

cuidados paliativos y su implementación con la misma devoción que se hace con la eutanasia, siendo en todo caso preferible una ley específica sobre los cuidados paliativos⁽⁴⁷⁾.

Bien es cierto que, presumiblemente tras una enmienda, se introdujo en el articulado una expresa mención a la dispensación de cuidados paliativos: «... incluida la de acceder a cuidados paliativos integrales comprendidos en la cartera común de servicios y a las prestaciones que tuviera derecho de conformidad a la normativa de atención a la dependencia» (art. 5.1, b LORE); «... realizará con el paciente solicitante un proceso deliberativo sobre su diagnóstico, posibilidades terapéuticas y resultados esperables, así como sobre posibles cuidados paliativos...» (art. 8.1). Pero parece más bien una remisión retórica y teórica, pues no ha sido suficiente el sustento normativo explícito que requiere una prestación de esta envergadura y trascendencia y sin que la propia ley prevea su establecimiento o desarrollo normativo realmente ejecutivo por parte de las CCAA⁽⁴⁸⁾.

También se ha censurado la falta de oportunidad de esta iniciativa legislativa, no cuando se presentó la proposición de LO⁽⁴⁹⁾, sino cuando a la vista de que poco después apareció la pandemia de la *COVID-19*, no se detuvo la iniciativa legislativa; pandemia que tantas vidas humanas de personas mayores y otras vulnerables se llevó trágicamente, sin proveer ningún tipo de prestación asistencial exterior, aisladas de sus familiares y otras personas próximas y abandonadas a su suerte encerradas en residencias⁽⁵⁰⁾; también en ocasiones en centros

(47) Vid. en este sentido, PAYÁN ELLACURIA, E., «Análisis jurídico-penal de la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia: una propuesta de *lege ferenda*», *e-Eguzkilore: Zientzia Kriminologikoen Aldizkari Elektronikoa = Revista electrónica de Ciencias Criminológicas*, núm 5, 2020, pág. 31.

(48) En todo caso, y s.e. u o., la normativa a la que se remite en el art. 5, aunque menciona explícitamente los cuidados paliativos, no se ha procedido a su establecimiento general en los centros sanitarios del SNS: RD 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización (anexo 7); Orden SSI/2065/2014, de 31 de octubre, por la que se modifican los anexos I, II y III del citado RD; LAPAD, la cual no menciona ninguna prestación explícitamente relacionadas con los cuidados paliativos, como tampoco en el catálogo de prestaciones (arts. 5 y 13 y ss.). Lo indicado sea sin perjuicio de las iniciativas legislativas que tomaron las CCAA sobre medidas relativas al final de la vida distintas de la eutanasia.

(49) Recuérdese que se publicó en el BOCG 31 de enero de 2020.

(50) Así lo ha documentado AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Abandonadas a su suerte. Desprotección y discriminación de las personas mayores en residencias durante la pandemia covid-19 en España, 2020, passim*. Disponible en: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/reportajes/residencias-en-tiempos-de-covid-personas-mayores-abandonadas-a-su-suerte/> [Última consulta: 10 de julio de 2021]. En las últimas semanas se han presentado varias querrelas criminales, entre ellas una de la ASOCIACIÓN DE ABOGADOS CRISTIANOS de Valladolid.

sanitarios y en sus propios domicilios. La paradoja de un legislador celoso de garantizar la rápida satisfacción de un supuesto derecho a la muerte asistida (eutánasica o suicida) atendida por mandato legal por médicos, pero inerte ante la conculcación del derecho a la vida de quienes querían continuar viviendo. Los diversos procesos judiciales iniciados ayudarán a despejar la explicable perplejidad de los ciudadanos ante dos posiciones radicalmente opuestas frente al derecho a la vida.

Por otro lado, es probable que el legislador haya incurrido en un grave error metódico y de enfoque. Es seguro que el suicidio asistido de Ramón SAMPEDRO produjo un gran impacto social en su momento. El Sr. SAMPEDRO llevaba prostrado casi treinta años, totalmente impedido a causa de la tetraplejia que le produjo un lamentable accidente, tras solicitar de forma reiterada e infructuosa a varios juzgados, incluidos el recurso de amparo al mismo TC y al TEDH, que se autorizara la ayuda de otra persona para quitarse voluntariamente la vida. Y es probable que el legislador se haya hecho eco de este caso, pues de los dos presupuestos fácticos que prevé la ley, el relativo a graves padecimientos imposibilitantes parece haber tomado como prototipo este caso.

El desenfoque del legislador puede encontrarse, según he subrayado *supra*, en dos aspectos: 1.º no se trata en este caso y en otros similares de un auténtico supuesto de eutanasia, sino de auxilio al suicidio⁽⁵¹⁾, por muy acompañado de dolores y otros sufrimientos psíquicos que padezca la persona discapacitada dependiente; 2.º no se ha tomado el caso de Sampedro como un supuesto excepcional, al haber sido muy pocas las personas que han requerido o practicado una solución semejante, a diferencia tal vez de los casos de enfermos terminales. A estos supuestos excepcionales habría que procurar una solución, pero también con una estructura jurídica de excepcionalidad, distinta incluso de la eutanasia. Sin olvidar que no son personas que suelen hallarse en centros sanitarios, aunque para esto la LORE haya previsto lo prestación de la eutanasia a domicilio (art. 14).

Finalmente, esta ley ha optado por una medicalización radical de la eutanasia: sólo los médicos están autorizados para realizar la prestación de ayuda a morir, incluso, como apuntaba, de personas que no están hospitalizadas y se encuentran en su domicilio. Los familiares, aunque se vean comprometidos y presionados afectivamente con gran intensidad, como mucho podrán acogerse

(51) En este sentido, y totalmente de acuerdo con ellos, ROMEO MALANDA, S. / NICOLÁS JIMÉNEZ, P. / URRUELA MORA, A., «Toma de decisiones al final de la vida: situación actual y perspectivas de futuro en el derecho español», *op. cit.*, pág. 12, quienes apuntan que la ley en este precepto se contradice con su propia definición de eutanasia expresada en el Preámbulo; PAYÁN ELLACURIA, E., «Análisis jurídico-penal de la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia: una propuesta *de lege ferenda*», *op. cit.*, pág. 5.

a la atenuación penal que ofrece el art. 143.4 CP, sin perjuicio de que también puedan tener abierta la posibilidad de rebajar todavía más la pena, o de excluirla, si se aprecian las circunstancias atenuantes o eximentes (alteración psíquica transitoria, su eximente incompleta o una atenuante por analogía, arts. 20 núm. 1, 21 núms. 1 y 7 CP, respectivamente).

No es censurable esta restricción, pero la LORE no aporta una solución con coherencia interna sobre el pretendido derecho que tratarían de garantizar la exención de responsabilidad cuando el familiar o allegado dan cumplimiento a las peticiones reiteradas del paciente o discapacitado. Habría que pensar cómo proteger eficazmente a los enfermos graves cuando los familiares más próximos están agotados por la tensión y la carga, tal vez prolongada, que comporta atender a alguien que se encuentra en un estado de máxima dependencia; y cuando los servicios sanitarios se encuentran presionados por la dedicación asistencial cotidiana.

Estos son los puntos más débiles que presenta cualquier regulación de la eutanasia; son las extralimitaciones que generan mayores reservas o dudas sobre este importante asunto.

Por consiguiente, se suscita la duda de si no estamos más bien ante una ley reguladora de la eutanasia y el suicidio asistidos prestados por el médico. No es de extrañar que se presente algún recurso de inconstitucionalidad ante el TC⁽⁵²⁾.

B) *Aspectos generales del nuevo régimen de la eutanasia*

Resulta muy interesante el Preámbulo de la LORE, pues en él se expresan con toda claridad los propósitos y argumentos jurídicos de la misma. Apuntamos ahora sólo algunas reflexiones que ayuden a conocer mejor sus objetivos y parte de su contenido.

La LORE «pretende dar una respuesta jurídica, sistemática, equilibrada y garantista, a una demanda sostenida de la sociedad actual» (Preámbulo). Puede asumirse que esas características acompañan al conjunto del texto articulado en general, dejando en lo opinable el último inciso (que sea una demanda sostenida de la sociedad), respecto a lo que sí puede aceptarse que es un asunto de creciente interés en nuestra sociedad, como indicaba *supra* en relación con las encuestas.

También habría que recordar la importante afirmación de que «esta ley introduce en nuestro ordenamiento jurídico un nuevo derecho individual como es la eutanasia»; y que «la eutanasia conecta con un derecho fundamental de la per-

(52) Considera que se han infringido diversos preceptos constitucionales la *Declaración pública sobre la Proposición de Ley orgánica de regulación de la eutanasia*, *op. cit.*

sona constitucionalmente protegido como es la vida». Estamos ante dos afirmaciones del legislador, ciertamente contundente la primera y confusa la segunda.

El pretendido derecho individual no encuentra en realidad su soporte en un derecho fundamental o en un derecho constitucional. Es la razón por la que el legislador no se atreve a ir más allá de afirmar que «la eutanasia conecta con un derecho fundamental»; conexión con el derecho a la vida que no se sabe muy bien en qué sentido o dirección se produce, pero en todo caso no confiere cobertura constitucional al supuesto derecho⁽⁵³⁾. A este respecto, se añade que «la legalización y regulación de la eutanasia se asientan sobre la compatibilidad de unos principios esenciales que son basamento de los derechos de las personas, y que son así recogidos en la Constitución española. Son, de un lado, los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral, y de otro, bienes constitucionalmente protegidos como son la dignidad, la libertad o la autonomía de la voluntad».

Esta fundamentación en el derecho a la vida es de dudoso rigor hermenéutico, pues estamos ante un derecho de garantía frente a acciones de los poderes públicos y de los particulares que puedan conducir a la desprotección del derecho, y si bien no puede convertirse en un deber de vivir contra la propia voluntad, no da cabida al derecho de involucrar a terceros en la propia muerte, además, de conformidad con lo que esos terceros marquen como aceptable.

Por otro lado, la afirmación de compatibilidad entre derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionales comporta la ponderación de unos con otros y es dudoso que estos últimos hayan de prevalecer en el caso de que el ejercicio de la libertad y la autonomía sea satisfecho a través de un tercero.

Respecto a la dignidad de la persona, es también problemático determinar su contenido positivo (en qué consiste) y si realmente es un bien jurídico constitucionalmente protegido o más bien un principio informativo de los derechos fundamentales, que hay que interpretarlos a la luz de este concepto. Es también llamativo que a la vista de que la LORE pretende apoyarse en preceptos constitucionales diversos y de diferente rango, no aluda al derecho constitucional a la protección de la salud (art. 43), cuya obligación incumbe a los poderes públicos, como expresión de las acciones positivas que ha de ejercitar para la promoción de los derechos fundamentales.

(53) A este respecto, se añade que «la legalización y regulación de la eutanasia se asientan sobre la compatibilidad de unos principios esenciales que son basamento de los derechos de las personas, y que son así recogidos en la Constitución española. Son, de un lado, los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral, y de otro, bienes constitucionalmente protegidos como son la dignidad, la libertad o la autonomía de la voluntad.».

Recordemos, una vez más, como señaló el TC, que estamos ante un *agere licere*,⁽⁵⁴⁾ una facultad que se proyecta sobre el propio sujeto, un actuar fáctico no prohibido al margen de un derecho constitucional, y mucho menos con proyección a terceras personas. Se crea así por la ley un derecho individual a la eutanasia, el cual, en su estricta categorización jurídica, carece de sustento constitucional y de la contrapartida de deberes para terceros.

En efecto, este derecho no encuentra la necesaria contrapartida del reconocimiento de sujetos obligados a cumplir con tal prestación; no lo son los facultativos ni otros profesionales de la salud, no forma parte de su actividad profesional, ni la CE da sustento para fundamentar la existencia de un deber. Los directores, gerentes y otros responsables de los centros sanitarios, públicos o privados, sólo están comprometidos a disponer de las instalaciones y otros recursos necesarios para realizar la prestación de ayuda a morir. Más lejos no podía ir el legislador.

Habrá que repetir que en mi opinión la CE no cierra el paso a toda regulación legal que despenalice la eutanasia, la permita y regule⁽⁵⁵⁾; dependerá de su alcance, de sus requisitos y de las garantías que establezca y de que cuente como presupuesto de las atenciones socio-sanitarias debidas (suficientes), para evitar que la eutanasia se acabe convirtiendo la única salida para una persona al final de su vida, no deseando prolongarla más. Pero no se fundamenta en ningún derecho previo. Su fundamento se encontraría en que ante la constatación de que algunas personas, hallándose desesperadas, pero con un sustancial mantenimiento de sus facultades cognitivas y volitivas, y deseando poner fin a sus padecimientos, se la autoriza a que ponga fin a ellos; serían razones humanitarias, no fundado en la existencia de un derecho; menos todavía propiciando su promoción, como a veces hace pensar la LORE. Y tampoco contrario al derecho fundamental a la vida, siempre que se respete de verdad la autonomía de la persona y se establezcan garantías suficientes en un contexto de excepcionalidad⁽⁵⁶⁾.

La LORE establece un sistema de garantías muy completo, al menos en lo que se refiere a su enunciación, con el que se pretende asegurar la realización

(54) Recuérdense las SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 7.º, y 137/1990, de 19 de julio (Pleno), FJ 5.º, que vuelve a reiterar en el ATC 242/1998, de 11 de noviembre, caso Ramón SAMPEDRO: «Nos encontramos... ante una pretensión de carácter personalísimo e indisolublemente vinculada a quien la ejercita, como «un acto de voluntad que sólo a él afecta», cuando sus familiares instaron en el amparo su subrogación al recurso que había planteado SAMPEDRO en vida.

(55) En este sentido, ALONSO ALAMO, M. «La eutanasia hoy: perspectivas teológicas, bioética, constitucional y jurídico-penal (a la vez, una contribución sobre el acto médico)», *op. cit.*, pág. 26.

(56) Como vengo reiterando en obras anteriores. *Vid.* más ampliamente en este sentido, ARRUEGO RODRÍGUEZ, G., *Derecho fundamental a la vida y muerte asistida*, *op. cit.*, pág., 110.

de la prestación de práctica eutanásica (ayuda a morir) si concurren los requisitos legales, entre ellos confirmar por escrito en varios momentos (fundamentalmente dos) que persiste la voluntad libre de vicios en el reiterado acto de quien solicita la eutanasia.

Esta perspectiva garantista que adopta la LORE es correcta y pertinente. Y lo es en una doble dirección. Por un lado, asegurar que se dará cumplimiento a la voluntad del paciente, sea cual fuere la forma válida y fehaciente en la que se haya expresado; y evitar interferencias de terceros más allá de las atribuciones de intervención que les atribuye la LORE. No obstante, más abajo iremos viendo que unas y otras pueden ser vulneradas en relación con algunas de las previsiones legales. Al mismo tiempo, su abundancia y prolijidad sugiere que el legislador ha percibido la posibilidad de que se cometan abusos (más graves en mi opinión cuando dan lugar a la muerte de una persona que no la ha pedido de modo inequívoco), y como consecuencia de esta desconfianza en el propio sistema legal ha tomado medidas (¿suficientes, excesivas?) para prevenirlos.

Como colofón de este marco garantista se establece incluso la creación de una comisión de garantías en cada CA (Comisión de Control y Evaluación), que no solo supervisa el procedimiento, sino que interviene en él.

Es a lo largo de todo este proceso cuando surge la *mens legislatoris* como un ente abstracto, autómatas y mecánicos, que quiere asegurar que todo se desarrolle conforme al procedimiento previsto, olvidándose de un ser humano, que estando en el extremo y relevante trance de la muerte, se le carga con reiteradas peticiones de expresar formalmente su continua voluntad de morir por medio de su ejecución por otra persona y de otros numerosos trámites procedimentales, que pueden comportar la intervención en su lugar de un tercero al que tal vez ni conoce. Se trata de la eutanasia burocratizada, la que añade sufrimiento al sufrimiento que precisamente se pretende eliminar definitivamente.

Estos trámites a veces complejos, como el establecimiento de procedimientos que respalden la voluntad del paciente cuando le ha sido denegada la prestación eutanásica, prolongando así durante varias semanas su sufrimiento y agonía (durante un mes como mínimo), que, paradójicamente, se aumenta con frecuencia, al tener que estar la persona enferma pendiente del trámite, si es que se halla en condiciones de seguirlo. Para todo este procedimiento tal vez pueda convenirle contar con la asistencia de un abogado, en particular si surge algún impedimento previsto legalmente.

Por consiguiente, se puede concluir que este propósito garantista, intención sin duda asumible, puede llegar a convertirse en el peor enemigo para la aplicación de esta ley, una ley reglamentista y burocrática que prolonga desmesuradamente un procedimiento paradójicamente concebido para abreviar los

sufrimientos del paciente o de la persona impedida. Si podemos compartir el pensamiento de que la humanización de la muerte es parte de la humanización de la vida⁽⁵⁷⁾, y estando convencido de que esa fue la voluntad de los redactores del texto prelegislativo, no estoy tan seguro de que con su resultado final se haya conseguido tan noble objetivo.

C) *Actos eutanásicos permitidos*

Sin perjuicio de la utilización del término «eutanasia» en el mismo T. de la LORE, éste término figura como tal en el articulado de manera aislada, prefiriendo la de «prestación de ayuda para morir». Esta se define legalmente como la acción derivada de proporcionar los medios necesarios a una persona que cumple los requisitos previstos en la LORE y que ha manifestado su deseo de morir.

Esta «prestación» presenta dos variantes, que consisten en actos de intervención ejecutiva y de cooperación necesaria no ejecutiva, respectivamente, tipificados en el CP (en principio, ambos en el art. 143.4, donde se equiparan «causar y “cooperar activamente”»), sin ser punibles si se cumplen los requisitos de esta Ley (art. 143.5):

1.^a) La administración directa al paciente de una sustancia por parte del profesional sanitario competente.

2.^a) La prescripción o suministro al paciente por parte del profesional sanitario de una sustancia, de manera que esta se la pueda autoadministrar, para causar su propia muerte.

D) *El régimen de prestación de la eutanasia: petición, tramitación y ejecución*

Parecería que los dos basamentos sobre los que descansa el régimen legal que se establece sobre la eutanasia son dos: 1.º asegurarse en todo caso de que desde el momento en que ha habido un pronunciamiento por parte del interesado favorable a que se le dé la prestación de ayuda a morir aquél sea satisfecho en todo caso; y esto con independencia de que sea o no posible que se manifieste por escrito, utilice o no el tiempo de reflexión establecido y quede constancia de forma inequívoca de la persistencia de su voluntad de que le quiten la vida, otorgando un consentimiento en el mejor estado posible de sus facultades; 2.º garantizar que su voluntad de morir será satisfecha sin excepción, relajando en ciertas circunstancias algunos requisitos relevantes, lo que es moti-

(57) En este sentido PERIN, A., «El “derecho a morir con dignidad” y su base axiológica: relevancia y combinación de los principios constitucionales de autonomía e igualdad sustancial en el “caso Cappato”», *op. cit.*, pág. 634.

vo de dudas sobre la oportunidad de las numerosas consecuencias no deseables que pueden derivarse de ello.

Después de reconocer el derecho de toda persona que cumpla los requisitos previstos en esta Ley a solicitar y recibir la prestación de ayuda para morir (art. 4.1), se establecen los requisitos necesarios (arts. 5 a 7), el procedimiento en sentido estricto que hay que seguir (arts. 8 a 12) y las garantías previstas, sin perjuicio de que figuran otras más por diversas partes del articulado (art. 13 a 16).

Sin pretensión de exhaustividad, vamos a exponer y analizar los requisitos y procedimientos legalmente establecidos.

a) Requisitos para ejercitar el derecho a solicitar la prestación de ayuda para morir

En primer lugar, ha de ser una decisión autónoma, entendiéndose por tal aquella que está fundamentada en el conocimiento sobre el proceso médico por quien solicita la prestación, después de haber sido informado adecuadamente por el equipo sanitario responsable (art. 4.2); y en que la información ha sido recibida y comprendida se dejará constancia en la HC.

Se trata de garantizar que los solicitantes reciban la información, formen y expresen su voluntad, otorguen su consentimiento y se comuniquen e interactúen con el entorno, de modo libre, a fin de que su decisión sea individual, madura y genuina, sin intromisiones, injerencias o influencias indebidas, aportándoles para ello los medios y recursos de apoyo necesarios, especialmente a las personas discapacitadas (art. 4.3). La alusión a estas últimas no incluye a las personas con discapacidad mental severa, en la medida en que no puedan formar y expresar una decisión autónoma, madura y genuina (*vid.* art. 5.1, a).

El conjunto de estas previsiones es acertado y adecuado, con la salvedad de que el legislador parece estar más bien pensando en personas a las que su situación de dolor y sufrimiento en el contexto de una enfermedad no ha alterado o debilitado su estado cognitivo o emocional ni se ha visto afectado por el desánimo o la depresión, incluso aunque ésta no le haya privado de su capacidad de decidir, si bien desea asegurarse requiriendo un segundo acto de voluntad.

Los requisitos en sentido estricto son enunciados también por la LORE (art. 5.1):

«a) Tener la nacionalidad española o residencia legal en España o situación asimilable, tener mayoría de edad y ser capaz y consciente en el momento de la solicitud.».

La exigencia de la nacionalidad española trata de evitar que se instaure en nuestro país el «turismo eutanásico», es decir, el traslado a nuestro país de personas que quieren acogerse a la eutanasia por estar prohibida en el suyo.

La necesidad de mayoría de edad, que debe compartirse, trata de salir al paso de las situaciones de niños que ocasionalmente han solicitado la eutanasia en otros países, incluso acudiendo al juez, lo cual ha dado lugar a agudas controversias.

Por consiguiente, este retraso en aceptar la plena decisión al cumplimiento de la mayoría de edad parece razonable. Ello sin perjuicio de prestarle los cuidados paliativos u otros que estén indicados, de acuerdo con las facultades que reconoce la ley a partir de cierta edad (dieciséis años o emancipado) o por medio de la representación legal y participación del profesional facultativo⁽⁵⁸⁾.

Hallarse consciente en el momento de la solicitud parece ineludible, sin perjuicio de que el paciente pierda la conciencia con posterioridad y de que deberá haberla recuperado cuando se le solicite la confirmación de su solicitud.

«b) Disponer por escrito de la información que exista sobre su proceso médico, las diferentes alternativas y posibilidades de actuación, incluida la de acceder a cuidados paliativos integrales comprendidos en la cartera común de servicios y a las prestaciones que tuviera derecho de conformidad a la normativa de atención a la dependencia.».

El primer inciso guarda coherencia con el requisito o presupuesto general de autonomía apuntado *supra*, y la remisión a la cartera común de servicios parecer ser por el momento más bien un desiderátum, como señalé *supra*, pues si bien en ella se alude a los cuidados paliativos, no se garantiza su disponibilidad por la normativa vigente⁽⁵⁹⁾, ni se requiere la disponibilidad obligatoria de tales cuidados por la LORE, al menos en los centros sanitarios que estén facultados para practicar la eutanasia. Semejantes reflexiones pueden trasladarse respecto a las prestaciones a las personas dependientes.

«c) Haber formulado dos solicitudes de manera voluntaria y por escrito, o por otro medio que permita dejar constancia, y que no sea el resultado de ninguna presión externa, dejando una separación de al menos quince días naturales entre ambas.

(58) *Vid.* art. 9.3, c LAP. También en este precepto se aprecia cierta ambigüedad, pues a partir de los dieciséis años cuando se trate de intervenciones de riesgo, se informará a los representantes legales y su opinión será tomada en cuenta para la toma de decisión correspondiente, pero, ¿por parte de quién? ¿del médico, que es quien debe informar a aquéllos y recibir su opinión?, como sugiriendo que es él quien debe decidir, al margen de los representantes legales y del propio menor; conclusión que debe ser rechazada por discordante y contradictoria con la idea de autonomía y de representación legal, aunque en este caso ambas estén reducidas.

(59) Recuérdese el RD 1030/2006, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, etc., *op. cit. supra*.

Si el médico responsable considera que la pérdida de la capacidad de la persona solicitante para otorgar el consentimiento informado es inminente, podrá aceptar cualquier período menor que considere apropiado en función de las circunstancias clínicas concurrentes, de las que deberá dejar constancia en la historia clínica.».

Este requisito trata de asegurar la persistencia en el tiempo de la voluntad de morir del paciente, confirmando formalmente su declaración.

El período de tiempo entre un acto y otro, quince días naturales, parece excesivo si se trata de una situación terminal con deterioro progresivo, lo que será lo más frecuente en estos casos. Aunque el médico puede acortar este plazo si aprecia riesgo de pérdida inminente de la capacidad de prestar su consentimiento (y sólo en este supuesto) sin límite mínimo alguno (p. ej., cumplir los dos requisitos relativos al consentimiento de forma seguida), lo que puede llevar a prescindir del fundamento de esta garantía de reflexión, pues se soslaya por completo, y es otro de los puntos de seria discrepancia con la LORE.

«d) Sufrir una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante en los términos establecidos en esta Ley, certificada por el médico responsable.».

Se trata de los dos presupuestos que permiten abrir el camino hacia la eutanasia legalizada (definición legal en art. 3, c y b, respectivamente), sobre los que me he ocupado *supra*. En todo caso, debe certificarlo el médico responsable (definido en art. 3, d)⁽⁶⁰⁾.

«e) Prestar consentimiento informado previamente a recibir la prestación de ayuda para morir. Dicho consentimiento se incorporará a la historia clínica del paciente.».

El concepto de consentimiento —informado— viene acotado en la propia LORE (art. 3, a), sin perjuicio de que se halla muy arraigado en nuestro ordenamiento jurídico⁽⁶¹⁾. Ha de ser necesariamente previo y por escrito, aunque puede eludirse, así como los requisitos de las letras b) y c), si se dispone de un documento legal de instrucciones previas o similar⁽⁶²⁾.

Otro conjunto de requisitos gira en torno a la *firma del documento de solicitud* de la prestación eutanásica. La LORE muestra un empecinamiento en que se inicie o continúe el procedimiento cuando el paciente no está en condiciones de firmar y fechar el citado escrito: podrá expresarse por cualquier otro medio

(60) Concordante con la definición del art. 3 de la LAP.

(61) *Vid.* definición a la que se adscribe literalmente la LORE, en LAP, art. 3.

(62) *Vid.* art. 5.2 LORE. *Cfr.* art. 11 LAP, sobre instrucciones previas,

que deje constancia de su voluntad⁽⁶³⁾ o ser firmado por terceros⁽⁶⁴⁾. Sobre estos últimos no se exige ninguna vinculación previa con la persona solicitante, o al menos señalar cuál pudiera ser tal vinculación, de existir, o la razón de que actúe en lugar del solicitante: cualquier profesional sanitario (p. ej. el médico responsable), parasanitario o auxiliar no sanitario. Incluso cualquier persona externa, totalmente desconocida para el paciente, podría asumir tal tarea de sustituir al paciente, sin perjuicio de que no exime, al menos legalmente, de que quede constancia fehaciente —que pueda acreditarse— de la manifestación de la voluntad de morir de aquél, aunque no pueda firmar el documento⁽⁶⁵⁾.

Esta solución es, ciertamente, una de las prescripciones más endeble y censurables de la LORE, pues desbarata todas las demás minuciosas garantías que ha previsto, quedando en manos de la honestidad —que no legalidad— del comportamiento de terceros, teóricamente sin ningún tipo de relación o conocimiento previos del paciente; sin entrar aquí en que en estas situaciones tan extremas no será infrecuente la dificultad para expresar o captar de modo inequívoco su voluntad no sólo de morir (p. ej., interrumpiendo el tratamiento iniciado), sino de que incluso se le suministre un producto letal; y también es fácil suponer que el deterioro sea general, no sólo para firmar o expresarse con toda claridad, sino posiblemente también para comprender la situación y formar su propia voluntad.

Por último, se contempla la posibilidad de la denegación de la solicitud por el médico responsable y del recurso disponible para el paciente ante la Comisión de Evaluación y Control correspondiente (art. 7). Tanto uno como otro deberán disponer de una buena agenda para apuntar los al menos tres plazos que se estipulan, o de familiares bien dispuestos; tal vez asistidos por el experto correspondiente para ayudar al paciente a rellenar los impresos establecidos, no solo en este caso, sino también en relación con otros requisitos legales. La valoración de la situación de incapacidad del paciente corresponde realizarla

(63) Así lo indica el art. 6.1 pfo. 1.º *in fine* LORE: «... o por cualquier otro medio que permita dejar constancia de la voluntad inequívoca de quien la solicita, así como del momento en que se solicita».

(64) Art. 6.1 pfo. 2.º LORE: «En el caso de que por su situación personal o condición de salud no le fuera posible fechar y firmar el documento, podrá hacer uso de otros medios que le permitan dejar constancia, o bien otra persona mayor de edad y plenamente capaz podrá fecharlo y firmarlo en su presencia. Dicha persona ha de mencionar el hecho de que quien demanda la prestación de ayuda para morir no se encuentra en condiciones de firmar el documento e indicar las razones».

(65) También se dan facilidades para el acceso, incluso por el médico responsable, a las instrucciones previas o documento equivalente, remitiéndose explícitamente para ello al RD 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal y a las competencias de las CCAA sobre esta materia (art. 6.4 LORE).

al médico responsable, de acuerdo con los protocolos que apruebe el Consejo Interterritorial del SNS, lo que es acertado.

Me remito a lo señalado *supra* sobre la excesiva burocratización del procedimiento y el desconocimiento por el legislador de la situación tan sensible en la podrá encontrarse el paciente, que tendrá que sumar a sus últimas preocupaciones asistenciales vitales la de no equivocarse y cumplir correctamente lo preceptuado.

Finalmente, llama la atención que no se tenga en cuenta en absoluto a los familiares u otros convivientes que ayuden a determinar o confirmar la voluntad del paciente, evitando en todo caso que puedan llegar a suplantar la verdadera voluntad de aquél. La figura de la «persona de confianza» u otra figura semejante, existente en derecho comparado⁽⁶⁶⁾, designada por el paciente, para que represente los intereses de aquél (no solamente sobre la decisión eutanásica), en concreto para actuar como transmisor de los deseos del paciente sobre la continuación, limitación o finalización del tratamiento, incluyendo la posibilidad de acudir y reclamar a la Comisión de Control y Evaluación, hubiera sido una buena solución con el fin de garantizar que no se violenta o se prescinde de la verdadera voluntad de su representado, así como para cooperar en la comprobación de la veracidad de las instrucciones anticipadas⁽⁶⁷⁾.

b) Procedimiento

El procedimiento⁽⁶⁸⁾ comporta la elaboración de abundantes reglamentos, protocolos y otros documentos semejantes que incrementarán las necesidades de gestión, además del cumplimiento de diversos plazos y otros requisitos. Hay que insistir, una vez más, que puede ser excesivo, al menos para los pacientes que padecen una enfermedad grave y terminal, con intensos dolores y grandes sufrimientos. Puede ser más adecuado, en cambio, para quienes se encuentran en una situación imposibilitante y de dependencia, también con padecimientos, pero sin pronóstico letal a corto plazo.

En primer lugar, se fija el procedimiento a seguir por el médico responsable cuando exista una solicitud de prestación de ayuda para morir (art. 8). Este

(66) Así se ha previsto, p. ej., en Francia: Loi núm. 2016-87 du 2 février 2016 (Loi Claeys-Leonetti), art. L 1116-6 y D. de ejecución de 18 de octubre de 2016. Vid. LEFEUVRE, K. / DEPADT, V., *Protéger les majuers vulnérables. Quels nouveaux droits pour les personnes en fin de vie?*, Presses de l'EHESP, Rennes, 2017, págs. 1101 y ss.; ROMEO CASABONA, C. M., «Capítulo 16. Decisiones al final de la vida», *Tratado de Derecho y Envejecimiento*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021.

(67) Vid. sobre esto, ROMEO CASABONA, C. M., «Capítulo 16. Decisiones al final de la vida», en ROMEO CASABONA, C. M. (Coord.), *Tratado de Derecho y Envejecimiento*, Fundación Mutua- lidad Abogacía-Wolters Kluwer, Madrid, 2021.

(68) Omito la alusión a plazos para la realización de cada paso para no abrumar al lector con tanta formalidad.

realizará con el paciente solicitante un proceso deliberativo sobre su diagnóstico, posibilidades terapéuticas y resultados esperables, así como sobre posibles cuidados paliativos, asegurándose de que comprende la información que se le facilita; esta información se le dará también por escrito. Esta deliberación, aclaración de dudas y ampliación de la información se retomará cuando el médico reciba la segunda solicitud (art. 8.1).

Una vez terminado este proceso deliberativo el médico responsable recabará del paciente solicitante su decisión de continuar o desistir de la solicitud. Tanto si la respuesta es afirmativa como si desiste el paciente, el médico responsable deberá comunicar esta circunstancia al equipo asistencial, especialmente a los profesionales de enfermería, así como, en el caso de que así lo solicitara el paciente, a los familiares o allegados que señale. Igualmente, deberá recabar del paciente la firma del documento del CI si persiste en su decisión (art. 8.2).

El siguiente paso consiste en que el médico responsable deberá consultar a un médico consultor, quien, tras estudiar la HC y examinar al paciente, deberá corroborar el cumplimiento de las condiciones establecidas en el art. 5; o emitir un informe desfavorable (art. 8.3), que se trasladará a la Comisión de Garantía y Evaluación (art. 8.4). Por su parte, el médico responsable también comunicará a esta Comisión la disposición a realizar la prestación eutanásica, la cual realizará el control previo que establece el art. 10 (art. 8.5).

Asimismo, en este largo y complejo procedimiento, cuando se aprecie que existe una situación de incapacidad de hecho se remite al cumplimiento de las instrucciones previas, sin indicar el proceder si no las hubo, pero, como es obvio, habrá que concluir que el procedimiento eutanásico se interrumpe. (art. 9).

El siguiente paso corresponde darlo a la Comisión de Garantía y Control (art. 10). Con independencia del número de miembros, la decisión final recaerá en un profesional médico y un jurista pertenecientes a la Comisión, salvo discrepancia entre ambos, pues entonces corresponde al pleno de la Comisión. En realidad, su función tan solo consiste en verificar que se cumplen todos los requisitos y condiciones legales, por lo que debería ser muy excepcional la existencia de discrepancias.

En caso de resolución desfavorable se abre la vía a un recurso judicial (contencioso-administrativo) (art. 10.5).

c) Ejecución de la prestación a morir

Finalmente, para la ejecución de la prestación eutanásica se tendrá en cuenta la modalidad elegida por el paciente, si se halla consciente.

Si la prestación la realiza el profesional, bien porque lo haya solicitado el paciente, bien porque se encuentre inconsciente (en coma), el médico responsable,

así como el resto de profesionales sanitarios, asistirán al paciente hasta el momento de su muerte. Si la realiza el propio interesado, aquéllos, tras prescribir la sustancia que el propio paciente se autoadministrará, mantendrán la debida tarea de observación y apoyo a éste hasta el momento de su fallecimiento (art. 11).

Una vez fallecido el paciente se establece el procedimiento de comunicación del suceso a la Comisión de Garantía y Control por parte del médico responsable, lo que se hará a través de dos documentos, en los que se incluirá información no idéntica (art. 12).

d) Observaciones sobre el conjunto del procedimiento

Dos observaciones finales podrían hacerse a tan largo, complejo y en ocasiones enrevesado procedimiento: 1.º se confirma la dificultad que puede entrañar para el interesado seguir hasta el final el procedimiento, quien debe mantener la conciencia al menos hasta que manifiesta la última ratificación (tercera declaración de voluntad); 2.º una vez que se inicia el procedimiento con la primera solicitud del interesado, todo parece encaminado a que aquél se mantenga de forma casi automática, procurando incluso vías alternativas, a veces con dudoso aseguramiento de la validez de los consentimientos o ratificaciones posteriores; ello sin prestar atención a propiciar con la misma insistencia la canalización del desistimiento eutanásico del interesado. En esto la LORE no parece que favorezca un procedimiento más neutral.

E) *Garantías. Las Comisiones de Garantía y Evaluación*

La preocupación del legislador por dotar del máximo nivel de garantías a todo el procedimiento le ha llevado a dedicar dos caps. de la LORE, relativos a las garantías en el acceso a la prestación y sobre las Comisiones de Garantía y Evaluación (caps. IV⁽⁶⁹⁾ y V, respectivamente), además de otras garantías indirectas recogidas en varios preceptos distribuidos a lo largo del texto legal.

Tanta minuciosidad en algunos aspectos revela la loable preocupación del legislador de que no se produzcan desviaciones, abusos o incluso prácticas ilegales. Al mismo tiempo, revela la conciencia del legislador sobre la vulnerabilidad de las personas afectadas, la desconfianza de que el sistema de medicalización de la eutanasia fuera del ambiente familiar puede ser propicio para realizar prácticas ilegales, contrarias a los intereses de los pacientes en situación grave y terminal, hayan solicitado o no la eutanasia. Pero olvida en estos preceptos los huecos esenciales que ha dejado abiertos en otros, ya analizados, que pueden

(69) Nótese cómo la redacción de este cap. sigue muy de cerca las previsiones del cap. II de la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (art. 18 y ss.).

propiciar lo esencial: que la prestación eutanásica responda en realidad a los verdaderos deseos de la persona sostenidos en un estado pleno o claramente suficiente de sus facultades intelectivas y volitivas.

a) Garantías diversas

En primer lugar, y por lo que se refiere a garantizar el acceso a la prestación de ayuda para morir, ésta estará incluida en la cartera común de servicios del SNS y será de financiación pública (art. 13.1). Aunque esta previsión de asunción de los gastos ha sido objeto de críticas, responde a la propia coherencia interna del texto legal y debe considerarse acertada.

Menos explícita es la encomienda de que la prestación se realizará en centros sanitarios públicos, privados o concertados, y en el domicilio, sin que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabados por el ejercicio de la objeción de conciencia sanitaria o por el lugar donde se realiza (art. 14; *cfr.* art. 13.2). En efecto, cuántos centros y cuáles, al menos del sistema público, deberán disponer de las infraestructuras y del personal sanitario dispuesto a realizar la prestación, tanto en el centro como en el domicilio. Es previsible que no todos los centros vayan a practicar la eutanasia y se seleccionen varios en función de la población y su distribución geográfica en cada CA, lo que podría comportar el traslado del paciente a otro centro.

La práctica en el domicilio podría ser más pertinente para personas imposibilitadas sin ninguna patología severa; o, una vez tomada la decisión y autorizada, proceder al traslado domiciliario con el fin de asegurar un clima de mayor intimidad y apoyo familiar.

Asimismo, se establece la adopción de las medidas necesarias para asegurar la intimidad de las personas solicitantes de la prestación y la confidencialidad en el tratamiento de sus datos de carácter personal, incluida la custodia activa de sus historias clínicas, de nivel alto respecto a los archivos informáticos que recojan sus datos (art. 15).

Finalmente, se garantiza el derecho a la objeción de conciencia, el cual se sustancia como una decisión individual del profesional sanitario directamente implicado en su realización, la cual deberá manifestarse anticipadamente y por escrito (art. 16.1)⁽⁷⁰⁾.

(70) *Vid.* mi posición sobre diversos aspectos relacionados con el texto, ROMEO CASABONA, C. M., «Delimitaciones conceptuales sobre la objeción de conciencia en el Derecho Penal», en QUINTERO OLIVARES, G. / MORALES PRATS, F. (Coords.), *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Cizur Menor, 2001, págs. 1769-1788.

Significa esto que los centros —públicos y privados— en cuanto tales no podrán objetar, lo cual es correcto, pues estamos ante un derecho individual de las personas físicas derivado de otro fundamental (art. 16 CE). Sin embargo, el propio centro privado no está obligado a ofrecer este servicio, ni siquiera por la vía de presión indirecta si se trata de un centro concertado con el sistema público para prestar otro tipo de servicios asistenciales.

Puede considerarse un despropósito la previsión de que las administraciones sanitarias crearán un registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia a realizar la ayuda para morir (art. 16.2). Aunque la redacción no es muy explícita, parece evidente que alude a un registro único universal de todos los objetores, lo que es rechazable por ser desproporcionado y vulnerar principios generales del tratamiento de datos de carácter personal. Bastaría con la existencia del registro en cada centro habilitado para realizar la eutanasia, incluyendo en él únicamente los objetores de ese mismo centro, sin posibilidad de acceso —o de transferencia de los datos— por terceros ajenos al mismo.

b) Las Comisiones de Garantía y Evaluación

La LORE prevé la constitución obligatoria de una Comisión de Garantía y Evaluación en cada una de las CCAA.

El régimen jurídico de las mismas será fijado por el gobierno de cada CA, por lo que su organización interna podrá ser distinta para cada Comisión, dejando abierta la posibilidad de que se establezcan criterios dispares en el ámbito de sus respectivas competencias⁽⁷¹⁾, sin perjuicio de los mecanismos de homogeneización que se establecen en la ley estatal. En todo caso, será multidisciplinar, debiendo contar con personal médico, de enfermería y juristas, con un número mínimo de siete miembros (art. 17). Asimismo, se establece para éstos el deber de secreto (art. 19).

Por lo que se refiere a las funciones, son las siguientes (art. 18):

a) Resolver diversas reclamaciones en determinado plazo, por lo general de veinte días naturales.

La variedad de reclamaciones, plazos, personas reclamantes y otros aspectos es muy elevada, siguiendo la línea de máxima burocratización que caracteriza a esta ley, cuando debió haberse optado por lo contrario, sin perjuicio de mantener las garantías necesarias.

(71) Advierte sobre esta posibilidad PAYÁN ELLACURIA, E., «Análisis jurídico-penal de la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia: una propuesta *de lege ferenda*», *op. cit.*, pág. 31.

b) Verificar en el plazo máximo de dos meses si la prestación de ayuda para morir se ha realizado de acuerdo con los procedimientos previstos en la ley. Es decir, una vez practicada la eutanasia.

Nada hay que objetar a esta tarea, que puede servir de verificación y control *ex post* sobre la observancia real de los requisitos y procedimientos legalmente previstos. La detección del incumplimiento de alguno de los requisitos fundamentales (¿cuáles?) podría generar dudas sobre la validez del proceso eutanásico y fundamentar los deberes legales de denuncia o de comunicación a las autoridades competentes por indicios de delito.

c) Detectar posibles problemas en el cumplimiento de las obligaciones previstas en esta Ley, proponiendo, en su caso, mejoras concretas para su incorporación a los manuales de buenas prácticas y protocolos.

d) Resolver dudas o cuestiones que puedan surgir durante la aplicación de la Ley, sirviendo de órgano consultivo en su ámbito territorial concreto.

e) Elaborar y hacer público un informe anual de evaluación acerca de la aplicación de la Ley en su ámbito territorial concreto. Dicho informe deberá remitirse al órgano competente en materia de salud.

f) Aquellas otras que puedan atribuirles los gobiernos autonómicos, así como, en el caso de las Ciudades de Ceuta y Melilla, el Ministerio de Sanidad.

Sin perjuicio de las matizaciones comentadas, todas estas funciones se mueven en el ámbito de lo razonable.

2.5. La nueva regulación del Código Penal

La LORE ha dejado prácticamente intacto el art. 143.4 del CP, sin perjuicio de haber añadido algunas acotaciones o diferenciaciones que son realmente oportunas o coherentes con el nuevo marco legal establecido por la LORE, como se expondrá más abajo⁽⁷²⁾.

La voluntad del legislador es que la conducta de eutanasia activa no será punible si se observa lo previsto en la nueva ley (art. 143.5 CP)⁽⁷³⁾; en caso contrario, y siempre que se cumplan los requisitos del art. 143.4, el hecho será punible, pero con la atenuación privilegiada que ya preveía este precepto (pena inferior en uno o dos grados a las previstas en los dos pfs. anteriores del art.

(72) *Vid.* DF 1.^a.

(73) Art. 143.5: «No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurrirá en responsabilidad penal quien causare o cooperare activamente a la muerte de otra persona cumpliendo lo establecido en la Ley Orgánica reguladora de la eutanasia».

143)⁽⁷⁴⁾. Esta es la razón por la que también debe ser abordado el alcance de este precepto en el caso de que tuviera que ser aplicado por la autoridad judicial.

Recordemos que las conductas omisivas, la comisión por imprudencia y la mera complicidad son variantes no punibles, es decir, exentas en cuanto tales, de responsabilidad penal, a salvo de que puedan omitirse otras tareas de asistencia sanitaria (p. ej., cuidados paliativos) y social obligatorias, en cuyo caso habría que comprobar si hay indicios de algún delito.

No cabe duda de que esta regulación se inserta como una causa de justificación en el sistema de la teoría jurídica del delito, pues es lícito el hecho realizado conforme establece la misma, con independencia del sustento dogmático que pueda otorgarse a ese discutible derecho.

Nos encontramos entonces de nuevo ante un relevante problema de dogmática general de la teoría del delito, que suele presentarse cuando la ley penal se remite a una ley no penal (extrapenal) para completar su contenido, en este caso para determinar los elementos objetivos y subjetivos que deben concurrir para que pueda aplicarse la causa de justificación. Es decir, debemos preguntarnos qué sucede si no se ha observado alguno de los requisitos o procedimientos que establece la LORE, lo cual no sería extraño que sucediera, a la vista de lo numerosos que son aquéllos, en ocasiones asimismo poco precisos; p. ej., que no se haya respetado alguno de los abundantes plazos fijados, rebasándolo o reduciéndolo en un día; sin embargo, no parece que sea ésta una infracción suficientemente grave como para dejar de aplicar el art. 143.5 CP.

Tampoco esta respuesta es tan sencilla de sostener. En la hermenéutica penalista suele distinguirse entre elementos esenciales y no esenciales en cada causa de justificación, para concluir que solo la ausencia de cualquiera —o todos— de los últimos legitima para aplicar la eximente incompleta (causa de justificación incompleta), pero si faltan los primeros —los esenciales— ni siquiera cabría aplicar ésta⁽⁷⁵⁾; es decir, tendríamos que ir al art. 143.4 y sancionar el hecho con la pena atenuada o rebajada que establece éste último, siempre que concurren todos los elementos del tipo que permitan acudir a este tipo atenuado o privilegiado. ¿Cómo determinar cuáles de esos elementos son esenciales y cuáles no son esenciales? Entiendo que, en todo caso, esencial será la solicitud

(74) Art. 143.4 CP, introducido por la LORE en su DF 1.^a: «El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de una persona que sufriera un padecimiento grave, crónico e imposibilitante o una enfermedad grave e incurable, con sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables, por la petición expresa, seria e inequívoca de esta, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los apartados 2 y 3.».

(75) Vid. FLORES MENDOZA, F., «Antijuricidad. Las causas de justificación», en ROMEO CASABONA, C. M. / SOLA RECHE, E. / BOLDOVA PASAMAR, M. Á. (Coords.), *op. cit.*, pág. 218.

autónoma del paciente (art. 4.2 LORE), pero también inequívoca y seria. Sin embargo, la ausencia de consentimiento —de petición— impediría también la aplicación del art. 143.4, debiéndonos trasladar al delito contra la vida que corresponda, según las circunstancias del caso (homicidio o asesinato). Probablemente también podría considerarse esencial que la prestación la realice un médico, el que indica la ley, siendo coherentes con el marco legal, que excluye cualquier intervención de terceros (p. ej., de los familiares y allegados); pero, ¿podría haber alguno más?

Por otro lado, el régimen atenuante de las eximentes incompletas es claro en el CP, pues se prevé explícitamente (reducción de la pena de partida en uno o dos grados, arts. 21 núm. 1 y 68 CP), pero esta previsión se remite exclusivamente a las causas de justificación mencionadas en el art. 20. Algún autor defendería la aplicación de la eximente incompleta por analogía o una atenuante por analogía, incluso cualificada, y aunque personalmente concuerdo con este criterio general⁽⁷⁶⁾, resultaría cuando menos problemático querer apoyarse directamente en el art. 143.5, que es donde se ubica la causa de justificación completa⁽⁷⁷⁾.

Nos encontramos, por consiguiente, de nuevo ante una imprecisión e imprevisión legislativa, la cual revela una vez más manifestaciones de inseguridad jurídica muy relevantes en diversos pasajes de la ley, poco escrupulosas con el principio de legalidad, que podrán ser fuente de intrincados y no pacíficos esfuerzos hermenéuticos. Al final, será tarea de los tribunales de justicia aclarar esta importante y nada sencilla cuestión interpretativa.

El art. 143.4 CP en su nueva redacción continúa operando como un tipo atenuado o privilegiado respecto de los que hace remisión (arts. 143.2 y 3), habiendo sido excluidos del mismo los comportamientos de inducción, que se registrarán por lo establecido en el art. 143.1⁽⁷⁸⁾. El tratamiento privilegiado de este delito encuentra su fundamento, según entiendo, sobre todo en el menor reproche de la conducta del sujeto que actúa bajo los presupuestos típicos que menciona el art. 143.4, siempre que no se pueda aplicar la exención de responsabilidad penal que establece el art. 143.5⁽⁷⁹⁾. No tiene sentido exigir

(76) FLORES MENDOZA, *ibid.*

(77) Art. 21 circ. 7.^a CP: de análoga significación que las anteriores circunstancias de ese mismo precepto.

(78) *Vid.* BARQUÍN SANZ, J., «La eutanasia como forma de intervención en la muerte de otro», en ROXIN, C. / MANTOVANI, F. / BARQUÍN, J. / OLMEDO, M., *Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, Comares, Granada, 2001, pág. 169, quien recogiendo alguna opinión que defiende que la inducción a la eutanasia estaría despenalizada, aporta abundantes y certeros argumentos contra ella.

(79) En este sentido, ya ROMEO CASABONA, C. M., «El marco jurídico-penal de la eutanasia en el Derecho español», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm.

para la aplicación de este delito atenuado los requisitos que se contienen en la LORE, pues precisamente la aplicación de este delito comporta que el sujeto activo no ha cumplido aquéllos, pero que puede satisfacer las exigencias que se derivan del art. 143.4.

En realidad, para el potencial sujeto activo —o para un observador— no tiene por qué plantearse como un conflicto (ni siquiera de deberes: no existe el deber de quitar la vida a nadie para eliminar sus sufrimientos, a pesar de lo que prescriba la LORE; ésta convierte en lícita la acción del médico que intervenga bajo su amparo y requisitos; el resto de profesionales sanitarios son también impunes, al contribuir en una acción lícita —amparada por una causa de justificación—)⁽⁸⁰⁾, ni objetiva ni subjetivamente, pues ese conflicto lo es propiamente del sujeto pasivo (conflicto de intereses intrapersonales)⁽⁸¹⁾: él decide si desea o no soportar un proceso inevitable de muerte o de graves padecimientos; ni, si aquél se decide a intervenir, tiene por qué actuar impulsado por un estado de necesidad (elemento subjetivo). Si fuera así, la petición del interesado debería ser irrelevante, lo que no es aceptable, ni concuerda con la voluntad del legislador, conforme a la cual su eje discursivo sería la autonomía del paciente.

Muy al contrario, el legislador, ante las situaciones extremas de sufrimiento que pueden presentarse en el contexto de la enfermedad ha optado por atenuar la sanción penal, probablemente persuadido también por la menor gravedad del hecho si el sujeto lo ha solicitado seriamente. Es en la voluntad de éste donde podría encontrarse en todo caso un fundamento para sustentar la menor gravedad de lo injusto del hecho y no en el estado de necesidad, hecho que al mismo tiempo es menos reprochable. Pero este reconocimiento de menor desvalor (incluso reflejado en una rebaja cualificada de la pena), entiendo que no permite dar el salto dogmático hacia una causa de justificación incompleta, pues falta el referente de la licitud del hecho, sobre la cual la ley es diáfana. La alternativa en la actualidad es la justificación del hecho que comporta poder acogerse a la LORE, si se ha actuado en los términos que ella requiere, aplicando, en su caso, el tipo atenuado del art. 143.4 CP, con las eximentes atenuantes relacionadas con la no reprochabilidad o reprochabilidad atenuada basadas en alteraciones psíquicas o emocionales señaladas *supra*.

Aunque parece implícito el móvil humanitario, solidario o altruista que preside la atenuación y el menor reproche que la fundamenta, no es una exigencia

13, 1987, pág. 204; ROMEO CASABONA, C. M., *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, op. cit., pág. 489.

(80) Cfr. ROMEO MALANDA, S. / NICOLÁS JIMÉNEZ, P. / URRUELA MORA, A., «Toma de decisiones al final de la vida: situación actual y perspectivas de futuro en el derecho español», op. cit., pág. 15.

(81) Vid. más ampliamente sobre esta cuestión, ROMEO CASABONA, C. M., *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, op. cit., págs. 138 y ss.

expresa requerida por el precepto y es compatible con cualquier otra motivación, incluso egoísta o insolidaria. Pero la concurrencia de estos móviles deja abierto el paso a la aplicación de alguna atenuante inspirada en situaciones emocionales semejantes⁽⁸²⁾.

Teniendo en cuenta los requisitos objetivos y subjetivos que deben concurrir, quedan excluidos del tipo y son por ello impunes, pues tampoco son típicos a través de las demás formas delictivas del art. 143, los supuestos de cooperación no necesaria al hecho, los omisivos y los activos que indirectamente pudieran producir como efecto secundario el acortamiento de la vida o la aceleración del proceso de la muerte (así, los cuidados paliativos).

A) Elementos del tipo

Tipo objetivo. Se ha criticado que la descripción del tipo se haya apoyado en tantos, tan complejos e imprecisos requisitos. Siendo cierto esto en algunos pocos casos, no parece, sin embargo, que partiendo de la perspectiva garantista del legislador (a ello responden en gran medida dichos requisitos) pudieran encontrarse otras fórmulas mucho más acordes con las exigencias de taxatividad que deben ser escrupulosamente observadas en las tareas de redacción por el legislador.

El presupuesto fáctico incorporado al tipo ha sido modificado por la LORE, lo cual me parece un acierto, pues ahora el texto legal separa nítidamente dos situaciones que guardando una estrecha proximidad son diferentes y merecerían desde mi punto de vista respuestas también diferentes. No obstante, la redacción anterior del art. 143.4 CP permitía ya apreciar dos presupuestos alternativos, no necesariamente cumulativos.

En la actualidad este precepto penal dice así: «una persona que sufriera un padecimiento grave, crónico e imposibilitante o una enfermedad grave e incurable, con sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables».

Sin perjuicio de la mayor o menor dificultad que pueda ofrecer la interpretación del significado y alcance de estos elementos del tipo en cada caso en particular, lo cierto es que pretenden reflejar situaciones extremas (valorables con criterios más o menos objetivos) que el sujeto afectado no parece poder —o querer— soportar (aspecto subjetivo). La LORE define minuciosamente cada una de estas situaciones⁽⁸³⁾, y sus respectivas definiciones habrán de tomarse como referencia obligada para el CP.

(82) Vid. art. 21 circ. 3.ª CP, sin reiterar aquí otras situaciones de mayor intensidad que pudieran dar lugar a la aplicación de alguna eximente completa (art. 20 núm. 1) o incompleta (art. 21, circ. 1.ª), señaladas *supra*.

(83) Vid. LORE, art. 3: «b) «Padecimiento grave, crónico e imposibilitante»: situación que hace referencia a limitaciones que inciden directamente sobre la autonomía física y activida-

El segundo supuesto es más difícil de objetivar, pero, en cualquier caso, que la enfermedad sea insoportable ha de venir determinado por el propio sentimiento del enfermo y no por lo que puedan valorar terceros sobre ello o por la repercusión que pueda producirse en ellos mismos (p. ej., respecto a sus familiares)⁽⁸⁴⁾, subjetividad cuya ambigüedad queda acotada por los demás componentes, que son más fácilmente objetivables.

Dicha enfermedad habría de ser de raíz orgánica, pues quien padezca una enfermedad psíquica de esas características tan extremas como las que refiere el tipo difícilmente estará en condiciones de poder aportar los demás requisitos exigidos por el tipo, en especial los relativos a la formación y manifestación de una voluntad relevante para el Derecho. Sin embargo, acoge los sufrimientos tanto físicos como psíquicos, no una enfermedad de aquélla naturaleza, pudiendo ser, no obstante, los sufrimientos psíquicos también invalidantes para poder asumir una formación o manifestación de la voluntad jurídicamente válida.

Los enfermos crónicos con una enfermedad en fase terminal no están necesariamente incluidos en este supuesto, dado que pueden disponer de tratamientos sustitutivos eficaces que les mantiene con una vida asumible por tiempo indeterminado (p. ej., tratamiento de diálisis, asistencia con respirador móvil)⁽⁸⁵⁾.

des de la vida diaria, de manera que no permite valerse por sí mismo, así como sobre la capacidad de expresión y relación, y que llevan asociado un sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable para quien lo padece, existiendo seguridad o gran probabilidad de que tales limitaciones vayan a persistir en el tiempo sin posibilidad de curación o mejoría apreciable. En ocasiones puede suponer la dependencia absoluta de apoyo tecnológico. c) “Enfermedad grave e incurable”: la que por su naturaleza origina sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables sin posibilidad de alivio que la persona considere tolerable, con un pronóstico de vida limitado, en un contexto de fragilidad progresiva». El supuesto acogido en la letra b recoge muy de cerca la situación en la que se encontraba el Sr. SAMPEDRO, mencionado más arriba.

(84) La propia LORE asume implícitamente esta subjetividad, al añadir a que sea insoportable «sin posibilidad de alivio que la persona considere tolerable» (art. 3, c).

(85) *Vid.* STEDH (Sec. 2.^a) de 14 mayo de 2013 TEDH\2013\52, caso GROSS v. Suiza: imposibilidad de acceder a receta médica para obtener la sustancia letal por incumplimiento de los requisitos, ya que la solicitante no se encuentra en situación de enfermedad terminal, pero se constata la ausencia de directrices legales claras y completas definiendo las circunstancias bajo las cuales los médicos están autorizados a prescribir una receta de dosis letal de medicamento en casos donde un individuo ha llegado a una decisión seria, en el ejercicio de su libre albedrío, de poner fin a su vida, pero donde la muerte no es inminente debido a una condición médica específica. El TEDH concluyó que la demandante se encontró en una situación de incertidumbre que le generó un considerable grado de angustia y que se produjo la violación del art. 8 CEDH (voto parcialmente disidente 3 jueces; *vid.* rectificación de la Gran Sala en S de 30 de septiembre de 2014). Similares (pero con fallos diversos): STEDH (Sec. 1.^a) de 20 de enero 2011 TEDH\2011\12, caso HAAS v. Suiza; STEDH (Sec. 5.^a) de 19 de julio de 2012 TEDH\2012\69, caso KOCH v. Alemania. *Vid.* un fino y minucioso análisis

No se exige ningún requisito especial para ser *sujeto activo* del delito, es un delito común, es decir, podrá serlo cualquiera, tanto vinculado al ámbito sanitario como al entorno familiar o afectivo del sujeto pasivo, sin ser tampoco imprescindible, desde luego, reunir ninguna de estas condiciones. Recordemos que a la causa de justificación del art. 143.5 CP sólo podrán acogerse los profesionales médicos que señala la LORE, pues excluye que la prestación de ayuda a morir pueda ser realizada por personas distintas fuera de un contexto sanitario (eutanasia medicalizada)⁽⁸⁶⁾. Lo mismo ocurre con el *sujeto pasivo*, es decir, con la persona que solicita la ayuda ejecutiva a morir (p. ej., no está excluido que pueda ser extranjero)⁽⁸⁷⁾. No debemos olvidar, no obstante, que éste ha de encontrarse en algunas de las dos situaciones que describe el CP, señaladas *supra*. Por otro lado, las exigencias típicas respecto a su voluntad restringen de hecho el círculo de sujetos idóneos, en particular por razón de la edad y de la capacidad psíquica, como veremos después.

La *acción típica* consiste en causar o cooperar a la muerte de otro. La descripción de ambas conductas de forma alternativa implica la remisión y el punto de conexión con los tipos respectivos de los que trae causa, lo que comporta retrotraemos a la discusión relativa a la cooperación ejecutiva al suicidio, la cual habrá de resolverse con los mismos criterios⁽⁸⁸⁾. Aunque no es vinculante para la aplicación del art. 143.4, la LORE puede, asimismo, aportar orientaciones interpretativas, dado que recoge y describe estas dos mismas situaciones.

Han de ser exclusivamente comportamientos activos, necesarios y directos. Son expresiones redundantes, dada la relación de dependencia con el art. 143.3 y 2, respectivamente, pero revela, no obstante, la preocupación del legislador por acotar lo mejor posible el ámbito de lo típico y de lo que queda excluido del delito, y por ello nada superfluos.

La *omisión* no es típica, no está incluida en el delito. Esta conclusión se deriva palmariamente de la exigencia de que el comportamiento ha de ser activo mediante «actos»⁽⁸⁹⁾. Sin embargo, para que ello sea así es precisa la manifesta-

de la jurisprudencia de este órgano europeo de ARRUEGO RODRÍGUEZ, G., *Derecho fundamental a la vida y muerte asistida*, op. cit., págs. 57 y ss., especialmente 68 y ss.

(86) En las letras a y b del art. 3.º LORE se introducen las definiciones de «médico responsable» y «médico consultor».

(87) El AAP Madrid (Sec. 27.ª) 998/2019, de 6 de junio (ARP\2019\1043) refleja las peculiaridades de nuestro legislador, que, víctima de sus maximalismos ideológicos, obliga al Juez a afirmar la competencia del Juzgado de Violencia contra la Mujer, en el caso de suicidio asistido de la esposa con enfermedad terminal por su marido: es obvio que en este caso el género no desempeña papel alguno en la comisión de este hecho tan penoso para el marido.

(88) *Vid.* ROMEO CASABONA, C.M., «Capítulo 16. Decisiones al final de la vida», op. cit.

(89) ROMEO CASABONA, C.M., «El homicidio y sus formas», en ROMEO CASABONA, C. M. / SOLA RECHE, E. / BOLDOVA PASAMAR, M. Á. (Coords.), op. cit., págs. 48 y s.; Díez RIPOLLÉS, J. L., Co-

ción inequívoca del interesado, rechazando o impidiendo la acción salvadora de terceros, y si por cualquier motivo aquél no ha podido expresarse o lo ha hecho de forma no válida jurídicamente (caso de una persona inconsciente o de un recién nacido o de un niño o de un enfermo o deficiente mental graves, respectivamente), nos trasladaríamos al ámbito del homicidio doloso o imprudente en comisión por omisión, pero únicamente cuando el omitente tuviera la posición de garante y siempre que la acción fuera en sí misma exigible (p. ej., en el caso de que fuera posible un tratamiento para mantener la vida consciente o temporalmente inconsciente del sujeto pasivo)⁽⁹⁰⁾.

Ha sido habitual discutir en el entorno de la eutanasia la conceptualización como activos u omisivos algunos comportamientos ambiguos o que participan fácticamente de ambos aspectos. En concreto, si la desconexión de determinados aparatos sustentadores de funciones vitales constituye *normativamente* una conducta activa o pasiva, lo que significa preguntarse si el hecho es punible o impune. Si no cabe duda de que, aisladamente considerada, una desconexión de esta naturaleza es un comportamiento activo, no es menos cierto que la valoración global del hecho es considerarla omisiva, en cuanto supone interrumpir o no continuar un tratamiento determinado —omitir una acción para la que se tiene capacidad de realización—, en este caso vital (p. ej., un respirador). Ahora bien, la valoración jurídico-penal final del hecho dependerá de nuevo de que el sujeto pasivo haya o no rechazado ese tratamiento: en el primer caso el hecho es atípico y en el segundo debemos situarlo en la órbita de los delitos de comisión por omisión.

Es un delito de resultado material, acotado por la muerte del sujeto pasivo.

Respecto a que se trate de *actos necesarios* se alude, entre otros aspectos, a la necesidad de la contribución del sujeto activo, es decir, a su naturaleza jurídico-penal de cooperación necesaria, lo que nos devuelve a la inacabada e irresoluble cuestión de su distinción de la complicidad, que queda fuera del delito, no es punible. Han de consistir asimismo en actos directos. Sin perjuicio de las dificultades que pueden plantearse para su delimitación (han de ser actos dirigidos es-

mentarios al código penal. Parte Especial. Títulos I a VI y faltas correspondientes, op. cit., págs. 244 y ss.

(90) SAP Castellón 184/2012, de 10 de mayo (JUR 2012/257412): «D^a. Z. quedó postrada en cama de manera que dependía absolutamente del acusado para su subsistencia, manifestándole en diversas ocasiones su voluntad de morir, por lo que el acusado, siendo conocedor del delicado estado de salud de su madre y de que ella era completamente dependiente de sus cuidados y asumiendo la muerte de la misma, dejó de suministrarle alimentos hasta que D^a. Z. falleció... son constitutivos de un delito de auxilio al suicidio, previsto y penado en el artículo 143.3 ° y 4º». Se supone que se aplicaría únicamente el último apartado del citado artículo. Lo paradójico es que se trata de un supuesto omisivo en el que el ejecutor tenía la posición de garante.

pecíficamente a la muerte de otro), su exigencia trae como efecto la exclusión de la llamada en tiempos pasados eutanasia indirecta (cuidados paliativos dirigidos principalmente a mitigar o eliminar el dolor y otros padecimientos que pueden tener como efecto derivado un acortamiento de la vida del paciente).

Elementos referentes a la manifestación de la voluntad del sujeto pasivo. Es necesaria la *petición* del sujeto pasivo, que habrá de ser expresa, seria e inequívoca. Por consiguiente, no basta con el mero consentimiento expresado tras ser preguntado, sino que es necesario algo más: la solicitud inequívoca al sujeto activo del delito⁽⁹¹⁾, que ha de ser el móvil determinante de éste, aunque puedan concurrir otros.

Algunos de los requisitos relacionados con la petición han sido objeto de tratamiento legal específico por la LAP, así como por la LORE, al definir el CI (art. 3, a). En el ámbito penal lo relevante y vinculante para el intérprete es lo que se deduzca del art. 143.4, pues es de él de donde debe extraerse el marco de la tipicidad (en particular, en cuanto que no acoge la técnica de ley penal en blanco), al cual ocasionalmente podrían aportar alguna luz la LAP, como también ahora la LORE, siempre que no comporten una confrontación insalvable con el precepto penal (p. ej., añadiendo requisitos formales no deducibles de éste).

Los demás requisitos van dirigidos a asegurar la existencia de una auténtica voluntad por parte del sujeto pasivo de que se le quite la vida.

Que la petición haya de ser por «éste», significa que ha de ser una petición *personal*, sin admitir que terceros puedan formularla en nombre o representación de aquél. De esto se deriva que si se trata de un menor o de un incapaz no cabrá que sus representantes legales puedan formular la petición en su lugar, por supuesto, mucho menos, cualquier otro familiar o allegado, incluso conviviente. Al tener que ser *expresa* se excluyen las solicitudes tácitas y por actos concluyentes, así como cualquier forma de presunción.

Se ha defendido que la petición admite tanto la modalidad verbal como escrita⁽⁹²⁾. Así debe aceptarse, aunque es recomendable, a efectos de prueba, dejar constancia escrita o por cualquier otro procedimiento fehaciente (p. ej.,

(91) Esto explica que el tribunal de autos descartara correctamente la aplicación del art. 143.4 CP, puesto que la voluntad de la paciente no era inequívoca, como entendió erróneamente el médico cuando aquélla le pidió insistentemente que acabara con sus sufrimientos, error del médico al interpretar la voluntad de la paciente que era vencible, por lo que los hechos son constitutivos de un concurso de delito de homicidio imprudente del artículo 142 CP (según art. 14.1) y un delito intentado del artículo 143.4. SAP Tarragona (Sec. 2.ª) 110/2009, de 25 de marzo.

(92) Así, Díez Ripollés, J. L., *Comentarios al código penal. Parte Especial. Títulos I a VI y faltas correspondientes*, op. cit., pág. 245; Barquín Sanz, J., «La eutanasia como forma de intervención en la muerte de otro», op. cit., pág. 173.

grabación audiovisual) de dicha petición, dada la trascendencia jurídico-penal que tendrá para el sujeto activo su acreditación (que se le aplique este tipo atenuado o, de no quedar constancia suficiente de la petición del sujeto, que se le impute un homicidio o, incluso, un asesinato, según las circunstancias concurrentes)⁽⁹³⁾.

Asimismo, se plantearía la validez del llamado testamento vital o, como denomina la legislación vigente, de las instrucciones previas⁽⁹⁴⁾, al menos por lo que se refiere a la hipótesis relativa a la situación de padecimiento grave, crónico e imposibilitante, puesto que debería tratarse no de una manifestación genérica, sino que debería estar vinculada a una situación específica que el sujeto ya ha anticipado (es decir, una grave enfermedad, sin ser necesario precisar cuál). De todos modos, sería menos problemática la otra hipótesis, la de «una enfermedad grave e incurable, con sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables». Pero, por otro lado, el documento debería estar dirigido con su petición a una persona o personas concretas determinadas o determinables, dado que

(93) Por homicidio doloso condenó la SAP A Coruña 00430/2020, de 10 de noviembre, al entender que no concurría probadamente ninguno de los requisitos exigidos por el art. 143.4, incluida la solicitud o consentimiento de la víctima. A la vista de que la víctima fue matada con un cuchillo mientras dormía, surge la duda de si no estaríamos aquí más bien ante un delito de asesinato calificado por la alevosía. En este sentido, más correcta parece la SAP Valladolid 33/2020, de 23 de junio, que condena por un delito de asesinato con la atenuante de alteración psíquica: «no lo es [cooperación ejecutiva al suicidio] el hecho de que, llegando a comprender el alcance de las pretensiones autolíticas de su hijo, la víctima manifieste, en este caso por gestos, su intención o su consentimiento a morir antes de sobrevivir a su hijo, algo que se conseguiría de cualquier madre, obviamente, pero no colma el tipo penal del art. 143.4 CP, en modo alguno, y así lo entendió el Tribunal del Jurado, porque, fundamentalmente, no hay circunstancia objetiva alguna de la petición sería e inequívoca de Esther de ayuda para morir». Similares SAP A Coruña 411/2015, de 11 de septiembre (JUR\2015\226432); SAP S/C de Tenerife 474/2011, de 22 de diciembre (ARP 2013\743). Las sentencias citadas reflejan el intento del investigado (procesado) de ocultar un homicidio o asesinato evidentes en una descartada acertadamente por el tribunal de una cooperación ejecutiva al suicidio, en la que faltaba la voluntad de solicitar la ayuda a morir por parte de las víctimas.

(94) *Vid.* LAP, art. 11, desarrollado por el RD 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal. Algunas CCAA han aprobado sus propias leyes, así, País Vasco (Ley 7/2002, de 12 de diciembre, de las voluntades anticipadas en el ámbito de la sanidad), Aragón (D 100/2003, de 6 de mayo, por el que se aprueba el reglamento de Organización y el Funcionamiento del registro de Voluntades Anticipadas), Canarias (D 13/2006, de 8 de febrero, por el que se regulan las manifestaciones anticipadas de voluntad en el ámbito sanitario y la creación de su correspondiente Registro), Islas Baleares (Ley 1/2006, de 3 de marzo, de voluntades anticipadas), Comunitat Valenciana (Ley 16/2018, de 28 de junio, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de atención al final de la vida), etc.

el precepto parece establecer un nexo causal entre ambos, aunque la duda más relevante se refiere a que el sujeto pasivo ha de poseer el dominio del hecho, lo que podría ser cuestionable si el escrito se firma en un marco temporal y en un contexto sensiblemente distantes de la situación real ante la cual habría de surtir sus efectos. Habrá que asumir que este requerimiento tendrá que ser adaptado a las hipótesis más frecuentes en las que este documento tendrá utilidad para producir sus efectos: cuando el paciente se halla inconsciente (en coma) en el contexto de su grave enfermedad.

En todo caso, el reconocimiento en la legislación administrativa y en la propia LORE⁽⁹⁵⁾ del documento de instrucciones previas, constituye un reforzamiento de la validez inicial de estos documentos y de que deben realizarse esfuerzos para su encaje jurídico en las hipótesis concretas a que dé lugar el art. 143.4, no en vano éste fue uno de los propósitos del legislador con la promulgación de aquel precepto no penal y, con posterioridad, de la LORE, a pesar de las dudas que suscita esta última en este punto.

Por «seria» ha de entenderse que la petición sea firme (no necesariamente con insistencia) y meditada, después de conocer plenamente su situación, pronóstico y posibilidades de tratamiento. La petición no ha de ofrecer la menor duda sobre la consistencia de la voluntad del sujeto, que puede verse enmascarada por situaciones momentáneas de depresión, desánimo o desesperación⁽⁹⁶⁾.

Por último, la exigencia en el tipo de una petición «inequívoca» se refiere a la necesidad de que no ofrezca duda alguna la existencia misma de dicha petición y su propósito.

Cualquier ambigüedad, confusión o duda respecto al contenido y significado de la petición supone su no validez. A todo lo anterior deben añadirse los demás elementos de validez del consentimiento (libre y exento de otros vicios, como el error o la violencia), entre ellos la capacidad para formar y expresar la voluntad que, como en los otros casos, habrá de vincularse a la capacidad natural de juicio, de tal modo que permita al sujeto comprender la trascendencia para su vida del acto que solicita.

(95) Vid. LORE, art. 5.2: «...haya suscrito con anterioridad un documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos, en cuyo caso se podrá facilitar la prestación de ayuda para morir conforme a lo dispuesto en dicho documento. En el caso de haber nombrado representante en ese documento será el interlocutor válido para el médico responsable». La remisión a este documento de instrucciones previas, debiendo estar a lo dispuesto en dicho documento, puede ser problemática, si no se adaptan sus instrucciones al procedimiento previsto en la LORE. En cualquier caso, las previsiones de esta ley tratan de guardar coherencia con las de la LAP en su art. 11.

(96) PAREJO GUZMÁN, M. J., *La eutanasia, ¿un derecho?*, op. cit., pág. 227.

La LAP consagró legalmente este criterio tan extendido en la doctrina penal y en particular la orientada al Derecho Médico con su definición del CI⁽⁹⁷⁾. Por otro lado, las previsiones de esta ley sobre el consentimiento del menor o por representación no son aplicables aquí, pues el supuesto que nos ocupa no se refiere a un acto médico, sino a la privación punible de la vida del sujeto pasivo⁽⁹⁸⁾.

Tipo subjetivo. Es necesario el dolo, que debe abarcar todos los elementos del tipo objetivo, incluido el resultado de muerte y la petición del sujeto pasivo, que, según se señaló, ha de ser el móvil determinante de su actuación (al decir el CP: «el que causare... por petición expresa...»).

Por lo que se refiere a la valoración de la concurrencia de todos los elementos anteriores, es decir, los presupuestos fácticos y los referentes a la petición por parte del sujeto pasivo, deberá ser realizada por el sujeto activo, lo cual no deja de plantear dificultades (p. ej., determinar cuándo la persona solicitante sufre un padecimiento grave, o una enfermedad grave e incurable, con sufrimientos físicos o psíquicos insoportables; o sobre la concurrencia de los requisitos relativos a la petición). Cuando se produzca un error sobre los primeros se aplicará el tipo del art. 143.2 o 3, según corresponda, mientras que los que afecten a la petición, de modo que el sujeto pasivo realmente no hubiera pretendido el acto eutanásico, al estar excluido entonces el presupuesto volitivo del tipo, que fundamenta su atenuación, nos situaremos en la órbita del delito de homicidio doloso atenuado con la pena inferior en uno o dos grados (error de prohibición sobre un elemento atenuante, de ser vencible, art. 14.3 por analogía CP)⁽⁹⁹⁾.

(97) Según el art. 3.º de la LAP: La conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada *«en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud»*. La LORE ha adoptado casi literalmente esta definición sobre el consentimiento informado (art. 3.º, a).

(98) El art. 9.2 de la LAP indica lo siguiente: «Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables *en favor de la salud* del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos: 9.3.c) Cuando el paciente menor de edad *no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención*. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos (conforme a lo dispuesto en el art. 9 de la LOPJM). Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en el caso de intervención de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente (art. 9.4: cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo.» (cursiva añadida).

(99) La cuestión no es pacífica: recuérdese la SAP Tarragona (Sec. 2.ª) 110/2009, de 25 de marzo, que condenó por un delito doloso de cooperación al suicidio del art. 143.4 en

III. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

3.1. Conclusiones

— El suicidio es un acto eminentemente personal, en el que el suicida es quien mantiene el dominio del proceso que deriva en su muerte, sin perjuicio de que, a lo largo del mismo, reciba asistencia por parte de terceros.

— El DP no interviene en la conducta del suicida en el marco de la libertad fáctica de disposición de la propia vida (y no de un «derecho a la muerte», al que no ha lugar), por lo que sí podrá actuar frente a terceras personas que hubieren participado en él, con el objeto de evitar abusos ante un hecho irreversible, a la vista que nuestro ordenamiento jurídico no reconoce un derecho a la disponibilidad de la propia vida ni a involucrar a terceros.

— La punición de la participación en el suicidio y de la eutanasia denotan que la vida humana no es un bien jurídicamente disponible en el DP español, y cuando lo es en alguno de los supuestos eutanásicos la disponibilidad está sometida a requisitos muy rigurosos.

— En el delito de cooperación ejecutiva al suicidio resulta especialmente relevante no solo la participación de un tercero en la decisión homicida del sujeto pasivo, sino si éste ha señalado una persona determinada para tal fin, lo que desproveería a cualquier otra de su consentimiento a tales efectos.

— El desarrollo de nuevas terapias para hacer frente al dolor, unido a los derechos que asisten a los pacientes, exige ser muy riguroso en la definición y alcance del que se dote a la eutanasia.

— El debate sobre la despenalización de la eutanasia es creciente, pero no parece haber suscitado un verdadero consenso social, dada, entre otras causas, la especial sensibilidad de la materia y las posiciones antagónicas existentes.

— El pretendido derecho individual a la eutanasia no encuentra acomodo en un derecho fundamental o en un derecho constitucional (que parecen equipararse erróneamente), como el Preámbulo de la LORE desliza.

— La CE no impide *per se* la despenalización de la eutanasia, sino que ello dependerá de su alcance, requisitos y garantías, si bien no se fundamenta en ningún derecho previo.

tentativa en concurso con un delito de homicidio por imprudencia (error vencible de prohibición, art. 142 con art. 14.3 CP). Yo mismo he mantenido con anterioridad la existencia de un homicidio por imprudencia (error vencible sobre el tipo, art. 14.1 CP): ROMEO CASABONA, C. M., «El homicidio y sus formas», en ROMEO CASABONA, C. M. / SOLA RECHE, E. / BOLDOVA PASAMAR, M. Á. (Coords.), *op. cit.*, pág. 51.

— Los cuidados paliativos representan un paso previo, obligatorio y más humano (y humanitario) frente a la eutanasia, que debería abordarse como una situación excepcional. Consecuentemente, los cuidados paliativos y otras prestaciones semejantes deberían haberse dispuesto explícitamente como la última vía respaldada legalmente, pero realmente disponible, ante el final de la vida de los pacientes, y de modo semejante la mejora e integración social de las personas dependientes.

— Se aprecia el riesgo, constatado en los países en los que está legalizada la eutanasia, de que se produzcan abusos o arbitrariedades contra las personas más vulnerables, entre las que se encuentran las personas mayores en estado de postración, lo que acentuaría su sentimiento de desprotección. La LORE presenta a este respecto algunos huecos, fuente en todo caso de inseguridad jurídica, que dejan abiertas estas posibilidades.

— La fórmula legislativa empleada, unida al momento pandémico, en la tramitación inicial de la eutanasia ha desprovisto a la norma de algunos informes que hubieran sido emitidos por órganos institucionales del Estado de máximo reconocimiento jurídico y que hubieran servido para depurarla, así como la consulta pública para conocer mejor las diversas sensibilidades sociales.

— La LORE no otorga una solución coherente para los familiares o allegados tensionados que den cumplimiento a las peticiones reiteradas del paciente o discapacitado, lo que puede abrir la puerta a recursos de inconstitucionalidad.

— El prolijo sistema de garantías previsto en la LORE para asegurar la ausencia de vicios en el CI del solicitante, aunque en principio correcto, puede llevar a una excesiva burocratización y, en suma, a un mayor sufrimiento del paciente. Al mismo tiempo, se han detectado previsiones que dejan de hecho la decisión eutanásica en manos de terceros.

3.2. Recomendaciones

— No debería identificarse la cooperación ejecutiva al suicidio con la expresión «homicidio consentido», por su cercanía con el homicidio simple. En su lugar, parece más apropiado optar por el término «homicidio-suicidio».

— Hubiera sido muy oportuno incluir los cuidados paliativos, las unidades del dolor y el tratamiento de las personas dependientes en el debate sobre la despenalización de la eutanasia y haber ofrecido éstos con más intensidad en la LORE como pasos disuasorios de la eutanasia.

— Frente a la práctica exclusión de familiares y allegados —al menos convivientes— en relación con el procedimiento eutanásico, debería intro-

ducirse la figura de la «persona de confianza», designada por el paciente, para velar por los intereses de éste ante decisiones vinculadas con el final de la vida y en particular con la eutanasia.

— Se recomienda realizar esfuerzos para dotar de encaje jurídico a las instrucciones previas en el art. 143.4 CP, tal y como se desprende de su reconocimiento tanto en la legislación administrativa como en la LORE. Por razones de seguridad jurídica, debería unificarse el concepto y los criterios de validez de los documentos de estas instrucciones previas, frente a laxitud que marca la LORE para identificar estos documentos.

IV. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALONSO ALAMO, M. «La eutanasia hoy: perspectivas teológicas, bioética, constitucional y jurídico-penal (a la vez, una contribución sobre el acto médico)», *Revista Penal*, núm. 20, 2007.

ARRUEGO RODRÍGUEZ, G., *Derecho fundamental a la vida y muerte asistida*, Comares, Granada, 2019.

BARQUÍN SANZ, J., «La eutanasia como forma de intervención en la muerte de otro», en ROXIN, C. / MANTOVANI, F. / BARQUÍN, J. / OLMEDO, M., *Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, Comares, Granada, 2001.

CARBONELL MATEU, J. C., en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 6.^a Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, *Informe sobre el final de la vida y la atención en el proceso de morir, en el marco del debate sobre la regulación de la eutanasia: propuestas para la reflexión y la deliberación*, Madrid, 2020. Disponible en: <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20CBE%20final%20vida%20y%20la%20atencion%20en%20el%20proceso%20de%20morir.pdf> [Última consulta: 10 de julio de 2021].

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. / GRACIA MARTÍN, L. / LAURENZO COPELLO, P., *Comentarios al código penal. Parte Especial. Títulos I a VI y faltas correspondientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

FLORES MENDOZA, F., «Antijuricidad. Las causas de justificación», en ROMEO CASABONA, C. M. / SOLA RECHE, E. / BOLDOVA PASAMAR, M. Á. (Coords.), *Derecho Penal. Parte Especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, 2.^a Ed., Comares, Granada, 2016.

GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., «Informes previos a la aprobación de proyectos de ley», *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario (ADP)*, núm. 11, 2001.

GÓMEZ NAVARRO, N., «El suicidio en jóvenes en España: cifras y posibles causas. Análisis de los últimos datos disponibles», *Clínica y Salud*, núm. 1, vol. 28, 2017.

- LEFEUVRE, K. / DEPADT, V., *Protéger les majeurs vulnérables. Quels nouveaux droits pour les personnes en fin de vie?*, Presses de l'EHESP, Rennes, 2017.
- PAREJO GUZMÁN, M. J., *La eutanasia, ¿un derecho?*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005.
- PAYÁN ELLACURIA, E., «Análisis jurídico-penal de la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia: una propuesta de *lege ferenda*», *e-Eguzkilore: Zientzia Kriminologikoen Aldizkari Elektronikoa = Revista electrónica de Ciencias Criminológicas*, núm 5, 2020.
- PERIN, A., «El «derecho a morir con dignidad» y su base axiológica: relevancia y combinación de los principios constitucionales de autonomía e igualdad sustancial en el «caso Cappato»», en ACEVEDO V., N. / COLLADO G., R. / MAÑALICH R., J. P. (Coords.), *La justicia como legalidad. Estudios en homenaje a Luis Ortiz Quiroga*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2020.
- RODRÍGUEZ-PARDO DEL CASTILLO, J. M., *La incertidumbre bioactuarial en el riesgo de longevidad: Reflexiones bioéticas*, Fundación Mapfre, Madrid, 2011.
- ROMEO CASABONA, C. M., «El marco jurídico-penal de la eutanasia en el Derecho español», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 13, 1987.
- ROMEO CASABONA, C. M., *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, CERA, Madrid, 1994.
- ROMEO CASABONA, C. M., «Delimitaciones conceptuales sobre la objeción de conciencia en el Derecho Penal», en QUINTERO OLIVARES, G. / MORALES PRATS, F. (Coords.), *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Cizur Menor, 2001.
- ROMEO CASABONA, C. M. *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Comares, Granada, 2004.
- ROMEO CASABONA, C. M., «El homicidio y sus formas», en ROMEO CASABONA, C. M. / SOLA RECHE, E. / BOLDOVA PASAMAR, M. Á. (Coords.), *Derecho Penal. Parte Especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, 2.^a Ed., Comares, Granada, 2016.
- ROMEO CASABONA, C.M., «Capítulo 16. Decisiones al final de la vida», en ROMEO CASABONA, C.M. (Coord.), *Tratado sobre Derecho y envejecimiento*, Fundación Mutualidad Abogacía, Wolters Kluwer, Madrid, 2021.
- ROMEO MALANDA, S. / NICOLÁS JIMÉNEZ, P. / URRUELA MORA, A., «Toma de decisiones al final de la vida: situación actual y perspectivas de futuro en el derecho español», *La Ley*, núm. 9576, 2020 (publicado también en «Dossiê «O Direito e a Bioética ante os limites da Vida Humana em Homenagem ao Professor

Carlos María Romeo Casabona», *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, vol. 23, núm. 46, 2020).

ROMO PIZARRO, O., *La eutanasia. El acto eutanásico*, Metropolitana, Santiago de Chile, 2019.

SÁNCHEZ LÁZARO, F. G., «La autoría y la participación», en ROMEO CASABONA, C. M. / SOLA RECHE, E. / BOLDOVA PASAMAR, M. Á. (Coords.), *Derecho Penal, Parte General*, 2.ª ed., Comares, Granada, 2016.

SOLA RECHE, E., «Capítulo 15. Tratamiento del anciano con enfermedad terminal. Los cuidados paliativos», en ROMEO CASABONA, C. M. (Coord.), *Tratado de Derecho y Envejecimiento*, Fundación Mutualidad Abogacía-Wolters Kluwer, Madrid, 2021.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C. «Eutanasia», en ROMEO CASABONA, C. M. (Dir.), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, t. I, Comares, Granada, 2011.

Páginas electrónicas

AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Abandonadas a su suerte. Desprotección y discriminación de las personas mayores en residencias durante la pandemia covid-19 en España*, 2020, *passim*. Disponible en: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/reportajes/residencias-en-tiempos-de-covid-personas-mayores-abandonadas-a-su-suerte/> [Última consulta: 10 de julio de 2021].

ASOCIACIÓN DERECHO A MORIR DIGNAMENTE (ADMD). Disponible en: <https://derechoamorir.org> [Última consulta: 10 de julio de 2021].

Declaración pública sobre la Proposición de Ley orgánica de regulación de la eutanasia, de 9 de octubre de 2020. Disponible en: declaracionvseutanasia.wordpress.com [Última consulta: 10 de julio de 2021].

Jurisprudencia

- AAP Madrid (Sec. 27.ª) 998/2019, de 6 de junio (ARP\2019\1043).
- ATC 242/1998, de 11 de noviembre.
- SAP Barcelona 528/2012, de 21 de mayo (JUR\2012\232189).
- SAP Barcelona 28/2019, de 3 de mayo.
- SAP Cantabria, de 23 de abril de 1998.
- SAP Castellón 184/2012, de 10 mayo (JUR 2012/257412).
- SAP La Coruña 411/2015, de 11 de septiembre (JUR\2015\226432)
- SAP La Coruña 00430/2020, de 10 de noviembre.
- SAP León 261/2013, de 26 de marzo.

- SAP Madrid 403/2016, de 15 de noviembre (ARP\2016\1374).
- SAP Madrid 1743/2018, de 26 de septiembre.
- SAP Pontevedra 396/2020, de 24 de julio.
- SAP S/C de Tenerife 474/2011, de 22 de diciembre (ARP 2013\743).
- SAP Tarragona (Sec. 2.^a) 110/2009, de 25 de marzo.
- SAP Valladolid 33/2020, de 23 de junio.
- SAP Zaragoza 578/2016, de 4 de abril.
- SAP Zaragoza 85/2016, de 19 de abril (ARP\2016\538).
- STC 120/1990, de 27 de junio.
- STC 137/1990, de 19 de julio (Pleno).
- STEDH (Sec. 1.^a) de 20 de enero 2011 TEDH\2011\12, caso HAAS v. Suiza.
- STEDH (Sec. 5.^a) de 19 de julio 2012 TEDH\2012\69, caso KOCH v. Alemania.
- STEDH (Sec. 2.^a) de 14 de mayo 2013 TEDH\2013\52, caso GROSS v. Suiza.
- STEDH (67810/10), de la Gran Sala, GROSS v. Suiza, de 30 de septiembre de 2014.
- STS de 23 de junio de 1916 (JC núm. 157).
- STS de 8 de octubre de 1927 (JC núm. 41).
- STS de 15 de diciembre de 1977 (JC núm. 4898).
- STS de 16 de diciembre de 1895 (JC núm. 200).
- STS 176/2016, de 19 de diciembre.
- STS 1666/2009, de 30 de diciembre.

CAPÍTULO 18

ASISTENCIA SOCIOSANITARIA

Javier Sánchez Caro

*Director Científico y Abogado especialista en Derecho Sanitario
en Derecho Sanitario Asesores*

Fernando Abellán-García Sánchez

*Director de la firma Derecho Sanitario Asesores
y Abogado especialista en Derecho Sanitario*

I. LA ASISTENCIA SOCIOSANITARIA Y SUS CARACTERÍSTICAS PARTICULARES

La cronicidad, la dependencia, la discapacidad y el envejecimiento requieren de una forma de cuidado que discurra más allá de lo meramente sanitario y contemple los aspectos psicológicos y socioeconómicos que afecten a la persona. Se habla entonces de la asistencia sociosanitaria como expresión en la que convergen la parte social y la sanitaria de la atención, buscando como objetivo una actuación integral que cubra todas las necesidades.

Los pacientes agudos de la década de los setenta u ochenta requerían decisiones rápidas para su curación y el sistema sanitario estaba orientado fundamentalmente a atender esas necesidades. Sin embargo, el aumento de la esperanza de vida ha dado lugar a la preponderancia de un tipo de paciente crónico y envejecido, que requiere una asistencia sanitaria y social durante muchos años (normalmente de por vida). Además, en la parte social los cuidados que precisa se relacionarán con otras coordinadas diferentes a las estrictamente sanitarias, p. ej., con los estilos de vida, las creencias sobre la salud o la enfermedad, sobre la vida y la muerte; es decir, guardarán relación con distintos sistemas de valores que, necesariamente, han de ser tenidos en cuenta por las instituciones y los profesionales que les atienden. En definitiva, la asistencia social habrá de tener muy en cuenta la pluralidad social, que conlleva una mayor riqueza de posibilidades, pero también una mayor complejidad ya que se desarrolla en un contexto social, no individual⁽¹⁾.

En este capítulo interesa detenerse en dos cuestiones importantes de la asistencia social: por un lado, desde la perspectiva de los profesionales y de los centros donde se lleva a cabo, hay que hablar del surgimiento de una relación sociosanitaria, como un tipo de relación que, admitiendo cierto paralelismo con la relación clínica que se produce en el campo de la asistencia sanitaria, tiene sin embargo unas características particulares que la singularizan y que deben

(1) SÁNCHEZ CARO, J. y ABELLÁN, F., «Derechos de los pacientes crónicos. Con especial referencia a la Esclerosis Múltiple», *Fundación Merck Salud*, Informe del Experto núm. 16. Disponible en: https://www.fundacionmercksalud.com/wp-content/uploads/2018/03/16_Derechos-de-los-pacientes-cronicos-1.pdf (accedido en abril 2020).

identificarse; y, por otro lado, desde el enfoque de las personas atendidas (que muchas veces reunirán también la condición de pacientes), se ha desarrollado un conjunto de derechos y deberes específicos, a raíz de la promulgación de diversas leyes sobre acción social y servicios sociales a instancia de las comunidades autónomas que son las que tienen las competencias en esta materia. De los derechos mencionados se centrará la atención en los relacionados con la información sobre los recursos y prestaciones, la voluntariedad de los ingresos y tratamientos.

II. LA RELACIÓN SOCIOSANITARIA EN CONTRASTE CON LA RELACIÓN CLÍNICA

Se parte en este estudio de entender la relación sociosanitaria como aquella vinculación asistencial que se establece entre, de una parte, los profesionales sociosanitarios y los centros donde realizan su labor, y, de otra parte, las personas atendidas. Esta relación sociosanitaria tiene sin duda similitudes con la relación clínico-asistencial que se desarrolla entre los profesionales sanitarios y los pacientes, pero también particularidades. A continuación, se comentan las características que la configuran con un perfil propio⁽²⁾:

1) Su finalidad no es exclusivamente la salud pues la atención sociosanitaria añade algo más, concretamente el cuidado psicológico y social, y de esta manera se proyecta sobre los pacientes crónicos, las personas con patologías sociales, con fenómenos de dependencia, adiciones, soledad, etc., siendo su objetivo mantener (o mejorar) en lo posible una vida de calidad⁽³⁾. En el plano bioético, puede afirmarse que la relación sociosanitaria es una concreción de la denominada ética del cuidado, que tiene su fundamentación filosófica en la dignidad de la persona, concebida en sí misma como algo valioso, con independencia de sus mayores o menores posibilidades de desarrollo (capacidad, autonomía, despliegue independiente del medio en el que se encuentra)⁽⁴⁾.

(2) SÁNCHEZ CARO, J., MARTÍN GARCÍA, S., ABELLÁN, F. y NAVARRO IZQUIERDO, A., *Derechos en cuidados sociosanitarios. Manual práctico*. Eulen Sociosanitarios, 2017, págs. 6-9.

(3) *Vid.* Informe del Instituto para el Desarrollo e Integración de la Sanidad (IDIS), «El reto de los cuidados sociosanitarios intermedios. Mapa de recursos y propuestas de futuro», 2016. Disponible en: <https://www.fundacionididis.com/informes/otros-informes/reto-de-los-cuidados-sociosanitarios-intermedios-mapa-de-recursos-propuestas-de-futuro> (accedido en abril de 2020).

Y, también, Organización Mundial de la Salud, «Informe Mundial sobre el Envejecimiento y la Salud», 2015. Disponible en: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/186466/9789240694873_spa.pdf;jsessionid=1D4C7C842CFBD1829FF73318F55D614A?sequence=1 (accedido en abril de 2020).

(4) FINNIS, J., «Un argumento filosófico contra la eutanasia», en KEOWN, J. (Compilador), *La eutanasia examinada, perspectivas éticas, clínicas y legales*, Fondo de cultura económica, México, 2004, pp. 60 y ss.

Además del respeto a las personas, basado en su dignidad, se trata de una ética que tiene muy en cuenta el *principio de vulnerabilidad*⁽⁵⁾, a través del cual se expresa, en primer lugar, la idea de la finitud y la fragilidad de la existencia humana, por lo que la vulnerabilidad debe considerarse un principio universal que se dirige sobre todo al género humano; en segundo lugar, se trata de un principio ético que llama a la responsabilidad de las personas para elaborar mecanismos que permitan resolver las situaciones en las que se proyecta dicho principio, según sus grados y formas diferentes.

2) No puede concebirse como una actividad exclusivamente individual, pues requiere el concurso de diferentes profesionales sociosanitarios. Es decir, es una actividad cooperativa, que tiene como meta la atención sanitaria y social (que es el bien interno que caracteriza su función). En consecuencia, está sujeta a normas, preceptos, principios, mandatos, prohibiciones, valores e ideales de vida buena, que deben constituir un sistema coherente y están situados en diferentes campos: ético, sanitario, jurídico, técnico, económico, psicológico, de trabajo social, etc. Aunque también la asistencia sanitaria debe concebirse actualmente como una actuación en equipo y además conformado de manera interdisciplinar (el equipo de profesionales es la unidad básica asistencial afirma la Ley de ordenación de las profesiones sanitarias)⁽⁶⁾, en el campo sociosanitario el carácter cooperativo de los profesionales intervinientes está todavía mucho más acentuado y abarca, entre otros, a trabajadores sociosanitarios, enfermeras, médicos, trabajadores sociales, cuidadores, evaluadores del grado de dependencia, etc.

3) Desde el punto vista ético y legal, la relación sociosanitaria se desenvuelve no tanto en el lenguaje de los principios propios de la bioética clínica —principio de beneficencia, principio de no maleficencia, principio de autonomía y principio de justicia—⁽⁷⁾, como en el lenguaje de los valores, para de esta forma adaptarse mejor a la diversidad de circunstancias personales y a las transformaciones surgidas en el ámbito sociosanitario⁽⁸⁾. Como se dijo anteriormente, el paciente agudo de las décadas de los setenta u ochenta requería decisiones rápidas para su curación (restaurar su salud), enfoque que cambia radicalmente con la cronicidad y el envejecimiento derivados de la mayor esperanza de vida y el consiguiente advenimiento de los cuidados sociosanitarios. Dentro de estos últimos, no solo van a interesar

(5) Vid. RAMOS MONTES, J., en «La ética en los servicios de atención a las personas con discapacidad intelectual severa», *Cuadernos de la Fundación Víctor Grífols i Lucas*, 2010, pág. 8.

(6) Art. 9.2 de la LOPF.

(7) Sistematizados en su día en la obra de BEAUCHAMP, T. L. y CHILDRESS, J. F., *Principios de ética biomédica*, Editorial Masson, 1999.

(8) CASADO, A., *Bioética para legos. Una introducción a la ética asistencial*, Ed. Plaza y Valdés, 2008.

las condiciones de salud de la persona atendida sino también su historia de valores personales. En consecuencia, para su correcto funcionamiento los mencionados grandes principios bioéticos deben ser objeto de desarrollo y ejecución mediante otros de segundo o tercer grado, que se adapten al caso concreto, pues es difícil, cuando no imposible, saltar de esos principios generales a la realidad conflictiva, sin tener en cuenta los valores concernidos en cada caso, más amplios que los determinados por los cuatro principios.

4) Un ejemplo lo vemos en el caso de la contención terapéutica que se tratará más adelante dentro de este capítulo, que exige y necesita explicitar principios de segundo grado más acordes con la realidad perseguida como serían los siguientes⁽⁹⁾: respeto a la dignidad personal; principio de congruencia, es decir, que el medio de contención empleado sea el eficaz para los fines perseguidos; principio de subsidiariedad, esto es, utilizar los medios menos restrictivos para la libertad personal del paciente; principio de temporalidad, de manera que superada la situación de urgencia que justifique su empleo, se den paso a otras medidas menos intensas; principio de idoneidad de medios tanto humanos como materiales; principio de cuidado, de modo que la intervención de los profesionales no se ha de limitar a la indicación del medio de contención que se ha de emplear, sino que se ha de extender durante todo el tiempo que esté vigente; por último, principio de documentación de actuaciones, debiendo quedar constancia en la HC del empleo de estos medios coactivos. A los anteriores principios de segundo grado habría que añadir otros de tercer grado, pero también importantes: la información adecuada sobre los tratamientos o medidas necesarios, tanto al paciente como a los familiares; la valoración individualizada, teniendo en cuenta las circunstancias, etc.

5) La relación sociosanitaria es hoy, sin ningún género de dudas, uno de los ámbitos institucionales más importantes de las sociedades contemporáneas, como consecuencia de una serie de factores conocidos que están recogidos en múltiples documentos internacionales, de la UE y nacionales: envejecimiento de la población, alargamiento de la vida hasta límites insospechados hace poco, aumento de las enfermedades crónicas, necesidad, en consecuencia, de hacer frente a la dependencia y a la incapacidad, importancia de los costes para hacer frente a su correcto funcionamiento, necesidad imperiosa de profesionales de excelencia, transformación del conjunto global de los hospitales de agudos, que ya no sirven para hacer frente a esta

(9) Vid. Comité de Ética Asistencial de Eulen Sociosanitarios, «Contenciones terapéuticas en personas mayores. Enfoque ético», 2017. Disponible en: <https://sociosanitarios.eulen.com/main-files/uploads/2016/06/CONTENCIONES-TERAPEUTICAS-1.pdf> (accedido en abril de 2020).

nueva relación, rearme moral de las sociedades, que deben hacer sacrificios importantes para mantener la dignidad de las personas atendidas, etc.⁽¹⁰⁾. Además, se hace preciso profundizar en las garantías de seguridad y protección de las personas atendidas en los centros sociosanitarios, especialmente de los mayores. Una prueba de ello es su mayor vulnerabilidad ante problemas graves de salud pública, como sucedió durante la pandemia por el *COVID-19*, que causó verdaderos estragos en las residencias de mayores.

6) La relación sociosanitaria debe ser considerada como un plano de atención diferente o alternativo al sanitario, aunque muchas veces deba ser complementario a la prestación de atención médica, pues sin perjuicio de comprender también el diagnóstico, tratamiento y cuidado de las personas enfermas no descuida la atención integral de las mismas, sobre todo en los aspectos psicológicos y sociales ya mencionados. No se trata sólo de curar, sino también de cuidar en el sentido amplio de la expresión. No es una función subalterna de la parte sanitaria, sino que está llena de valor social y económico, y resulta fundamental para la supervivencia.

7) La relación sociosanitaria hace especial hincapié en el elemento de la confianza entre el profesional y la persona atendida, habida cuenta la mayor vulnerabilidad y dependencia de esta última. Es verdad que la confianza es necesaria también en la relación clínica, pero en la sociosanitaria adquiere características especiales, merced a la situación de las personas a las que se dirige por su debilidad, pérdida de la autonomía en muchos casos, además de que los cuidados deben permanecer a lo largo de un tiempo prolongado, o de toda la vida, lo que no es propio de los que se prestan a los enfermos agudos. En el caso de las residencias de mayores se produce en muchas ocasiones que los trabajadores sociosanitarios son la verdadera familia de las personas atendidas (muy especialmente cuando están abandonados por sus familiares), creándose con facilidad complicidades y afectos que sobrepasan lo meramente profesional. Otro tanto puede decirse en relación con la vulnerabilidad, que va más allá de la que es consustancial en las relaciones normales y cotidianas de la vida. Todas estas circunstancias —confianza, vulnerabilidad y dependencia— originan un plus de responsabilidad y compromiso para la profesión sociosanitaria, que no se da exactamente igual en la sanitaria, al menos con carácter general.

8) La vulnerabilidad, dependencia, debilidad, pérdida de autonomía, necesidad de afecto, cronicidad en muchos casos y otros aspectos similares ponen de relieve la importancia asimismo de la *virtud de la compasión*, como atributo deseable y específico de la relación sociosanitaria que insta a

(10) Vid. Informe Mundial sobre el Envejecimiento y la Salud, *op. cit.*

aliviar el sufrimiento. La compasión es la emoción que sentimos cuando nos ponemos imaginativamente en el lugar del otro que padece y padecemos con él. Su mecanismo lo explica en el campo biológico GIACOMO RIZZOLATTI, descubridor de las neuronas espejo, cuando afirma que se disparan en nuestro cerebro no sólo cuando hacemos o sentimos ciertas cosas, sino cuando vemos que otro las hace o siente⁽¹¹⁾, siendo la compasión más intensa que la empatía, pues no sólo percibe y comprende el sufrimiento del otro, sino que añade el deseo de aliviar, reducir o eliminar, por completo, tal sufrimiento.

9) Por último, la relación sociosanitaria genera derechos y deberes específicos para la persona atendida, como se explicará más abajo, muchos de ellos perfilados en las leyes de acción social y servicios sociales dictadas por CCAA.

III. DERECHOS DE LAS PERSONAS ATENDIDAS EN EL CAMPO SOCIO-SANITARIO

De la normativa que se proyecta en el campo sociosanitario, pueden extraerse una serie de derechos de las personas atendidas, que podrían sistematizarse de la siguiente manera⁽¹²⁾: 1) derecho a información adecuada sobre los recursos y prestaciones sociales disponibles; 2) derecho de acceso a los centros y servicios sin discriminación por razón de sexo, edad, raza, religión, ideología, orientación sexual, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal; 3) derecho a un plan de atención sociosanitaria individualizado (PAI) dirigido a promover su autonomía; 4) derecho a la permanencia y cese en la utilización del servicio o centro por voluntad propia, y a consentir los tratamientos (lo que conecta con la problemática de los ingresos involuntarios y las contenciones terapéuticas); 5) derecho a la coordinación de la asistencia sociosanitaria y sanitaria, especialmente en el caso de las personas con problemas de salud mental; 6) derecho al mantenimiento de relaciones interpersonales, incluyendo la posibilidad de desarrollar su vida afectiva y sexual con garantías de intimidad y con acceso a la educación sexual; 7) derecho a la confidencialidad de la información sobre la asistencia y derecho a la protección de sus datos personales, incluyendo expresamente la posibilidad de acceso a los datos de su expediente personal; 8) derecho a la protección frente a posibles agresiones, malos tratos, acoso y abusos de otras personas atendidas, y amparo ante situaciones de abandono, desafecto familiar y necesidad de proteger su patrimonio; 9) derecho a la con-

(11) MOSTERÍN, J., «El triunfo de la compasión», *El País*, 9 mayo 2010. Disponible en: https://elpais.com/diario/2010/05/09/opinion/1273356011_850215.html. Con cierto detenimiento PRECHT, R. D., *¿Quién soy yo y cuántos? Un viaje filosófico*, Editorial Ariel, 2009, págs. 147 y ss.

(12) Propuesta formulada en la obra *Derechos en cuidados sociosanitarios. Manual práctico*, *op. cit.*

sideración y respeto de sus decisiones y preferencias en el proceso final de la vida (importancia de las instrucciones previas o testamento vital y la coordinación asistencial para su aplicación); 10) derecho a ser atendido en un recurso especializado adaptado a su situación clínica y psicosocial y a contar con los cuidados profesionales más adecuados a sus necesidades sociosanitarias. En las siguientes líneas, y por razones de espacio, se profundizará solo en algunos de estos derechos, en particular en los que guardan mayor relación con la autonomía personal.

3.1. Información adecuada sobre los recursos y prestaciones sociales disponibles

Todas las personas en situación de vulnerabilidad y sus familias necesitan ayuda y contar con información adecuada a sus necesidades sobre las posibilidades de apoyo disponible, pues la realidad es que existen baremos diferentes de acceso a los recursos en cada CA. Este aspecto informativo siempre ha sido labor de los servicios sociales, concretamente de los trabajadores sociales más cercanos a la residencia habitual de la persona atendida.

A) Normativa estatal

La LAPAD, unificó tanto la puerta de acceso y los recursos de apoyo disponibles, como los derechos y obligaciones de las personas que solicitaban valoración del grado de dependencia. Ahora bien, no todas las familias cuando se encuentran en situaciones de crisis, ante un diagnóstico o una enfermedad aguda que ha cambiado su escenario vital por completo, saben dónde acudir para pedir orientación y apoyo. Muchas veces la falta de coordinación entre servicios sanitarios y sociales hace que se retrasen tanto la obtención de información adecuada, como los trámites para solicitar un recurso. La información menos accesible, en general, es la lista de espera existente para acceder a cada recurso, así como el tiempo de espera para ser valorado y obtener la prestación establecida. Estos aspectos son más opacos en algunas CCAA o en la mayoría de ellas⁽¹³⁾. Actualmente es mejorable el acceso a esta información, ya que en situaciones de crisis y de incertidumbre es cuando se hace más necesario el apoyo desde los servicios sociales. La sensación de «desamparo» es frecuente en estos momentos, podemos llamarlo un «momento crítico» en el que es fundamental contar con los máximos apoyos y la información más transparente.

Entre los derechos de los ciudadanos figura sin duda el de conocer los recursos sanitarios y sociosanitarios a su alcance, de manera que puedan acceder a ellos y beneficiarse de la atención que precisen. Corresponde a los poderes

(13) *Ibid.*, págs. 11-12.

públicos, a las Administraciones, procurar la máxima difusión posible de la cartera de estos servicios. Uno de los elementos esenciales del denominado «empoderamiento» de los ciudadanos es precisamente el de la información, que les permite tomar conciencia de sus posibilidades y decidir lo que más les convenga. Debajo de este derecho se halla uno de los grandes principios de la bioética como es el principio de autonomía, que en esencia consiste en la libertad para tomar decisiones con conocimiento sobre su trascendencia e implicaciones.

El empoderamiento es especialmente importante cuando se trata de colectivos vulnerables como es sin duda el de las personas mayores. A este respecto, el art. 34 de la CDFUE, proclama que la UE reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de S. S. y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la dependencia o la vejez, lo que conlleva la necesidad de que los EEMM informen de manera adecuada sobre las citadas prestaciones⁽¹⁴⁾.

En España, la regulación más importante del derecho a la información sobre las prestaciones sociosanitarias es la que se va generando por parte de las CCAA, que en su gran mayoría han desarrollado leyes de servicios sociales. No obstante, en el ámbito estatal hay que aludir a dos normas también relevantes en esta materia como son, por un lado, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, y, por otro lado, el Texto Refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (LGD). La primera de ellas, la de cohesión y calidad, regula las prestaciones sociosanitarias pero en el ámbito estrictamente sanitario, mientras que la segunda referida a las personas con discapacidad se realiza de manera más amplia.

De esta manera, la Ley de cohesión y calidad, además de definir en qué consiste la atención sociosanitaria, prescribe que los servicios de salud informarán a la ciudadanía de sus derechos y deberes, de las prestaciones y de la cartera de servicios del SNS, de los requisitos necesarios para el acceso a éstos y de los restantes derechos recogidos en la LAP y de derechos y obligaciones de los pacientes en materia de información y documentación clínica, así como de los derechos y obligaciones establecidos en la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de Salud Pública y en las correspondientes normas autonómicas, en su caso

(14) Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, hecha en Niza el 7 de diciembre de 2000 (Diario Oficial de las Comunidades Europeas 2000/C 364/01, de 18 de diciembre). La CDFUE, en su adaptación de 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, fue reconocida con el mismo valor jurídico que los Tratados, a raíz del Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007, por el que se modificó el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Unión Europea (Art. 6.1 del Tratado, DOUE, 2007/C 306/01, de 17.12.2007).

(art. 26). Para garantizar la información referida, la misma norma contempla la existencia de registros públicos de los centros, disponibles tanto en el plano estatal como autonómico.

Por su parte, si nos referimos a la Ley de los derechos de las personas con discapacidad, hay que significar que al describir los derechos a la protección social, se afirma que tanto dichas personas como sus familias tienen derecho a los servicios sociales de apoyo familiar, de prevención de deficiencias y de intensificación de discapacidades, de promoción de la autonomía personal, de información y orientación, de atención domiciliaria, de residencias, de apoyo en su entorno, servicios residenciales, de actividades culturales, deportivas, ocupación del ocio y del tiempo libre⁽¹⁵⁾.

B) Normativa de las CCAA

Además, y como complemento de las medidas específicamente previstas en la citada ley de los derechos de las personas con discapacidad, la legislación autonómica podrá prever servicios y prestaciones económicas para las personas con discapacidad y sus familias que se encuentren en situación de necesidad y que carezcan de los recursos indispensables para hacer frente a la misma (art. 50). Es el caso de las leyes de servicios sociales y demás normativa desarrollada por las CCAA, que en ocasiones da lugar a que existan diferencias de prestaciones entre distintos territorios, creando con ello un problema de equidad dentro del Sistema (en algunos casos los afectados tratan de acceder a mejores prestaciones empadronándose en municipios distintos al que residen)⁽¹⁶⁾.

Dentro de las clases de servicios sociales, la ley estatal que se comenta describe, entre otros, «*el servicio de apoyo familiar*», que tendrá como objetivo la orientación e información a las familias, el apoyo emocional, su capacitación y formación para atender a la estimulación, maduración y desarrollo físico, psíquico e intelectual de los niños y niñas con discapacidad, y a las personas con discapacidad y para la adecuación del entorno familiar y próximo a las necesidades de todos ellos (art. 51.1). Y, también, «*los servicios de orientación e información*», a quienes corresponde facilitar a las personas con discapacidad y a sus familias el conocimiento de las prestaciones y servicios a su alcance, así como las condiciones de acceso a los mismos (art. 51.2).

Ya en el terreno de la legislación autonómica, puede destacarse la Ley 16/2010, de 20 de diciembre, sobre regulación de los servicios sociales de Cas-

(15) BELTRÁN, J. L. y EZQUERRA, A. (Dirs.), *Atención y protección jurídica de la discapacidad*, Aranzadi, 2015.

(16) Derechos de los pacientes crónicos. Con especial referencia a la Esclerosis Múltiple, *op.cit.*

tilla y *León*, que perfila un mecanismo unificado de información al ciudadano sobre sus derechos, prestaciones y procedimientos en materia de servicios sociales en el que se integren todos los datos relativos a los sectores público y privado del sistema (art. 35). Incluye dentro del elenco de derechos a su favor el de recibir una información inicial suficiente, veraz, accesible y facilitada en términos comprensibles, sobre las prestaciones sociales disponibles, los requisitos para el acceso a ellas, y los derechos y deberes que les correspondan (art. 11.2, a). Y dando un paso más para afianzar esta cuestión, la norma castellano leonesa ubica entre lo que considera prestaciones esenciales las de información, orientación y asesoramiento (art. 19.2, a).

También, la Ley 5/2009, de 30 de junio, de servicios sociales de *Aragón*, al detallar los derechos y deberes en materia de servicios sociales, incorpora el de recabar y recibir información comprensible sobre los servicios y prestaciones disponibles, los criterios de adjudicación y las prioridades para recibirlos, sobre los derechos y deberes de las personas destinatarias y usuarias y sobre los mecanismos de presentación de quejas y reclamaciones (art. 6, o). Y precisa igualmente entre las funciones del Centro de Servicios Sociales las de información, orientación, valoración, diagnóstico y asesoramiento (art. 15, b), con mención especial para la atención, información y asesoramiento sobre los recursos existentes a las mujeres víctimas de violencia (art. 15, l). La norma enfatiza estos temas al prescribir que los servicios sociales han de organizarse territorialmente de acuerdo con los principios, entre otros, de accesibilidad a la información y a los servicios sociales (art. 18, f).

Por su parte, la Ley 12/2007, de 11 de octubre, que regula los servicios sociales de *Cataluña*, proclama un derecho específico a la información en el ámbito de los servicios sociales, que concreta en recibir información suficiente y comprensible sobre los servicios y prestaciones disponibles, los criterios de adjudicación y las prioridades para recibirlos, sobre los derechos y deberes de los destinatarios y usuarios, e, igualmente, sobre los mecanismos de presentación de quejas y reclamaciones, que deben ser expuestos de forma visible en los centros de atención (art. 10, a). De la misma manera, como función de los servicios sociales básicos, enuncia la de ofrecer información, orientación y asesoramiento a las personas con relación a los derechos y recursos sociales y a las actuaciones sociales a que pueden tener acceso (art. 17, b). También, entre las prestaciones de servicios, describe una serie de actuaciones e intervenciones realizadas por los equipos de profesionales donde se halla la información sobre los recursos sociales disponibles y sobre el acceso a los mismos (art. 21.2,a).

La Ley 5/1997, de 25 de junio, de la *Comunidad Valenciana* orienta la información sobre los recursos desde el concepto de participación ciudadana como uno de los elementos de la gestión que facilita el conocimiento de dichos recursos y su mejor identificación (Apdo. III del Preámbulo). En la legislación valen-

ciana se establece también que los centros sociales tienen entre sus funciones la información, orientación y asesoramiento a la ciudadanía sobre sus derechos y los recursos existentes en el ámbito de los Servicios Sociales (art. 27, a).

En el País Vasco, su Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de servicios sociales, diseña un sistema de información específico al objeto de garantizar un conocimiento actualizado del conjunto de los servicios sociales de dicha comunidad (EM).

Por lo que se refiere a la información específica sobre los derechos y deberes de las personas atendidas, puede destacarse la previsión de la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de servicios sociales de *Andalucía*, donde se recoge el derecho a recibir información de una manera comprensible e individualizada sobre el reglamento interno del centro, a conocer los derechos y deberes que les incumben, así como el derecho a conocer el coste de los servicios que reciben y, en su caso, a conocer la contraprestación que les corresponde satisfacer (art. 11, c). En el plano específico de la información sobre las prestaciones, la norma andaluza enuncia como primera función de los servicios sociales comunitarios la de la información, valoración, orientación y asesoramiento a la población sobre las prestaciones y servicios del Sistema Público de Servicios Sociales y de otros posibles recursos de otros sistemas de protección social en Andalucía (art. 28, 1ª).

En la misma línea de la información sobre los derechos y deberes de las personas atendidas, la Ley 11/2002, de 18 de diciembre, de centros y servicios de acción social y mejora de calidad de los servicios sociales de *Madrid*, perfila dentro de las condiciones funcionales de los centros de servicios sociales y servicios de acción social, la publicidad de aquella documentación exigible por la normativa que garantice una información completa sobre los derechos y deberes del usuario, así como los datos acreditativos tanto del centro como de la entidad que presta la actividad.

En definitiva, del recorrido llevado a cabo por la legislación de las CCAA se desprende un reconocimiento claro y contundente del derecho a la información sobre las prestaciones y sobre los derechos y deberes de las personas atendidas, al tratarse de uno de los factores claves para garantizar la accesibilidad a dichas prestaciones.

3.2. Acceso a los centros y servicios sin discriminación por razón de sexo, edad, raza, religión, ideología, orientación sexual, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal, así como su derecho a participar en las actividades que se promuevan, y a formular las quejas, reclamaciones y sugerencias que considere oportunas

La interdicción de la discriminación constituye un valor ético de primera magnitud, como lo pone de relieve el hecho de que la DUBDH, incluye un

precepto específico titulado «No discriminación y no estigmatización», donde manifiesta que «ningún individuo o grupo debería ser sometido por ningún motivo, en violación de la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales a discriminación o estigmatización alguna» (art. 11).

La CDPD⁽¹⁷⁾ contiene un precepto titulado «Igualdad y no discriminación», en el que se establece que los Estados parte reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella, y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna. También que prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal, igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo. Además, que, a fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables. Y, por último, que no se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad, lo que supone en la práctica un aval a la denominada discriminación positiva⁽¹⁸⁾.

En el espacio europeo destaca el CDHB⁽¹⁹⁾, en cuyo art. primero se advierte de que la partes en dicho convenio protegerán al ser humano en su dignidad y su identidad y garantizarán a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina (art. 1). De manera específica, este convenio prohíbe también toda forma de discriminación de una persona a causa de su patrimonio genético.

Asimismo, la CDFUE, veda 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. De la misma manera, en relación a las personas mayores proclama que la UE reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social

(17) Vid. Instrumento de ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 23 de diciembre de 2006, publicada en el BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008.

(18) SÁNCHEZ CARO, J. y ABELLÁN, F. (Coords.), *Aspectos bioéticos, jurídicos y médicos de la discapacidad*, Fundación Salud 2000, Madrid, 2012.

(19) 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, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997. La incorporación a la normativa española se produjo a través de Instrumento de ratificación publicado en el BOE núm. 251, de 20 de octubre de 1999.

y cultural (art. 25). Finalmente, la UE 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. 26).

En España hay que aludir en primer lugar a la *Carta Magna*, esto es, a la CE de 1978, en cuyo art. 14 se proclama que los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Descendiendo del árbol constitucional, la reiterada Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (LGD), tras afirmar como uno de sus principios el de la no discriminación, diferencia la discriminación directa, la discriminación indirecta y la discriminación por asociación, que define de la siguiente manera (art. 2, apdos. c, d y e):

— *Discriminación directa*: es la situación en que se encuentra una persona con discapacidad cuando es tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por motivo de o por razón de su discapacidad.

— *Discriminación indirecta*: existe cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral o un criterio o práctica, o bien un entorno, producto o servicio, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por motivo de o por razón de discapacidad, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios.

— *Discriminación por asociación*: existe cuando una persona o grupo en que se integra es objeto de un trato discriminatorio debido a su relación con otra por motivo o por razón de discapacidad.

Por lo que se refiere a las previsiones de las leyes de servicios sociales de las CCAA, puede mencionarse la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de servicios sociales de *Andalucía*, donde se contempla la adopción de medidas de discriminación positiva, manifestándose al respecto que en el establecimiento de los conciertos sociales se atenderá a los principios de atención personalizada e integral, arraigo de la persona en el entorno de atención social, elección de la persona y continuidad en la atención y la calidad. Por ello, se podrán establecer como requisitos cláusulas, medidas de preferencia o medidas de discriminación positiva: criterios sociales, de promoción de la igualdad de género, de calidad, de experiencia y trayectoria acreditada, u otros que se determinen reglamentariamente (art. 102). Esta norma andaluza se traza como uno de los objetivos de la política de servicios sociales el de promover la igualdad efectiva de las personas, eliminando discriminaciones o estigmas por razón de sexo, orienta-

ción sexual, identidad de género, origen de las personas, discapacidad, o por cualquier otra condición o circunstancia personal o social (art. 5, ñ).

Siguiendo con la ley de Andalucía, la misma contiene entre los derechos de la ciudadanía en relación con los servicios sociales el de participar, individual o colectivamente, en la definición, planificación, provisión y evaluación de los mismos (art. 9, b). Y, también, en otro plano distinto, el de participar en el proceso de toma de decisiones sobre su situación personal y familiar (art. 10 f), y en aquellas cuestiones relacionadas con el funcionamiento del centro que les afecten individual o colectivamente, así como a asociarse para favorecer tal participación (art. 11, f).

En materia de quejas y reclamaciones, la ley andaluza contempla que se pueda exigir de las AAPP el cumplimiento de los derechos contemplados en su articulado, mediante el ejercicio de los recursos, reclamaciones y demás vías de impugnación y de las acciones judiciales contempladas en las leyes administrativas y procesales del Estado (art. 8.2). Como refuerzo de lo anterior, prevé como infracción grave la conducta consistente en vulnerar el derecho a que exista un sistema de recepción y resolución de quejas y sugerencias para las personas usuarias de los servicios residenciales (art. 126, a, 16º).

La Ley 12/2007, de 11 de octubre, de *Cataluña*, recoge dentro del derecho de información la parte relativa a los mecanismos de presentación de quejas y reclamaciones, significando que deben ser expuestos de forma visible en los centros de atención (art. 10, a). Subraya esta cuestión al manifestar el derecho a presentar sugerencias, obtener información, poder presentar quejas y reclamaciones, y recibir respuesta dentro del período legalmente establecido (art. 10, e), lo que refuerza con el derecho complementario y específico para los usuarios de servicios residenciales y diurnos de acceder a un sistema interno de recepción, seguimiento y resolución de sugerencias y quejas (art. 12, j).

También la Ley 11/2002, de 18 de diciembre, de centros y servicios de acción social y mejora de la calidad de los servicios sociales de *Madrid*, al incluir dentro de su Decálogo de derechos del usuario de centros de servicios sociales y servicios de acción social, el derecho a presentar reclamaciones y sugerencias (art. 14.7), donde igualmente luce el derecho a participar en las actividades que se desarrollen en el centro o servicio (art. 14.5). En la misma línea hallamos la Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de servicios sociales de *Castilla y León*, que reconoce expresamente el derecho a formular quejas y reclamaciones sobre la atención y las prestaciones recibidas, y a obtener en todo caso contestación a las mismas, así como a presentar sugerencias sobre dichas cuestiones (art. 11, l), como también ocurre en la Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de servicios sociales de *Castilla La Mancha* (art. 7.3, e) y en la Ley 13/2008, de 3 de diciembre, reguladora de los servicios sociales de *Galicia* (art. 6.3, k).

En resumen, tanto la prohibición de discriminación como el reconocimiento de los derechos de participación y de formulación de quejas y reclamaciones, están garantizados en la normativa analizada con gran profusión y detalle.

3.3. Derecho a un plan de atención sociosanitaria individualizado e integral dirigido a promover la autonomía de la persona

El plan integral e individualizado de atención, conocido como PAI, debe abordar las metas y objetivos de la persona en aquellas áreas de su vida que señale (social, médica, laboral y educacional...), incluir también el desarrollo de habilidades para el desempeño de roles sociales significativos y estará orientado a promover la capacidad y autonomía para vivir con independencia en la comunidad.

La mencionada CDPD, en su preámbulo reconoce: «la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y el entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en la igualdad de condiciones de los demás». De esta manera, asume el enfoque social de la discapacidad, que requiere también un modelo social de abordaje que adopte un punto de vista integral en el tratamiento de la discapacidad, asumiendo la importancia de los factores sociales, y contemplando a la persona con discapacidad como un ciudadano de pleno derecho, y con plenos derechos, esto es, como un agente que aspira a actuar en todas las facetas y esferas de la vida en sociedad⁽²⁰⁾.

Desde esta perspectiva, se pone el énfasis en potenciar las capacidades y la autonomía, situando a la persona como el centro de todas las decisiones que le afectan. Esto supone un giro fundamental en la práctica sociosanitaria, pues las personas se contemplan como sujetos activos a la hora de ejercer los derechos de los que son titulares, valiéndose para ello de los apoyos que sean necesarios. Se deja atrás el enfoque médico que se centraba en «reparar» a la persona y el enfoque de beneficencia que se limitaba a proporcionar cuidados a través de programas asistenciales, y ahora son las personas las que controlan las decisiones fundamentales que afectan a su proyecto de vida, pasado el entorno a ser el que necesita adaptarse para prestar los apoyos necesarios para el ejercicio de esos derechos.

De la normativa autonómica sobre el PAI, puede mencionarse, a modo de ejemplo, la previsión de la citada Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de servicios sociales de *Andalucía*, que reconoce como derecho de las personas atendidas, el de recibir una atención directa, adecuada a sus necesidades, mediante un

(20) CUENCA, P., «Derechos y modelos de tratamiento de la discapacidad», *Papeles El Tiempo de los Derechos*, núm. 3, 2011, pág. 7.

proyecto de intervención social en el que se consideren los aspectos individual, familiar, convivencial y comunitario, en función de la valoración de su situación (art. 10, a). Y, también, la de la Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de servicios sociales de *Castilla y León*, que, entre sus principios rectores, incluye la atención personalizada mediante la valoración de conjunto de las necesidades de cada persona usuaria, la planificación de caso, la individualización de la intervención y la continuidad de ésta mientras sea necesario (art. 7,f). Esto se refuerza dentro de la misma norma, haciendo alusión expresa al PAI, cuando reconoce a las personas atendidas el derecho a disponer, siempre que la intervención haya de prolongarse en el tiempo, de un plan individual de atención social, cuya elaboración se realizará con la participación del interesado, de su representante o de su familia en la toma de decisiones, en función de la previa valoración y diagnóstico, que deberá aplicarse técnicamente por procedimientos reconocidos y homologados, y que será revisable (art. 11.2, d).

3.4. Derecho a la permanencia y cese de la utilización del servicio o centro por voluntad propia, y a consentir los tratamientos

En este apartado resulta de interés abordar la problemática de los internamientos voluntarios e involuntarios así como, dentro de los tratamientos, las denominadas contenciones terapéuticas, al ser un tipo de tratamiento singular y controvertido que se aplica tanto en el campo sanitario como sociosanitario.

A) Internamientos voluntarios e involuntarios

La regla general para el internamiento de una persona en un centro socio-sanitario es la de la voluntariedad, es decir, nadie puede ser ingresado sin su consentimiento. Cuando se trata de personas que, por razón de un trastorno psíquico, no están en condiciones de decidirlo, se exige una autorización judicial previa del tribunal del lugar donde residan los afectados. En la práctica se pueden dar tres tipos de situaciones:

— La primera sería la del internamiento urgente, previsto exclusivamente para cuando se producen razones de urgencia que aconsejan el internamiento inmediato. En este supuesto recae en el responsable del centro la obligación de dar cuenta al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, con el fin de que se proceda a la ratificación o no de la medida. El tribunal tiene un plazo máximo de 72 horas para pronunciarse desde que conozca el internamiento, de acuerdo con lo establecido en el art. 763 de la LEC. Establece esta norma que antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado, el tribunal oirá a la persona afectada por la decisión, al MF y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida. Además, y sin perjuicio de que pueda practicar

cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado.

— La segunda situación sería la del internamiento no urgente de personas con trastorno psíquico, en contra de su voluntad o sin contar con ella porque no son conscientes de la realidad que les rodea o están impedidos para comunicarse y expresar su parecer (p. ej., drogodependientes bajo los efectos de sustancias tóxicas). Respecto de estos supuestos, muchas veces consumados sin supervisión judicial, el TC, en su S de 29 de febrero de 2016, recuerda la exigencia de dicho control previo⁽²¹⁾.

— En tercer lugar, estaría el resto de situaciones en las que las personas —normalmente mayores con cierto trastorno psíquico— ingresan en apariencia voluntariamente, aunque con el paso del tiempo pierden su capacidad (lo que conlleva a partir de ese momento que el internamiento deje de poder calificarse como voluntario). En estos casos, como tiene dicho el TC en la misma sentencia aludida de 2016, cuando existan datos que desde el principio permitan sostener que el padecimiento mental que sufre la persona, por sus características, es de larga duración o irreversibilidad, es procedente instaurar un régimen jurídico de protección más completo (declarando su discapacidad e imponiendo un tutor o curador para que complete su capacidad, con los consiguientes controles del órgano judicial en cuanto a los actos realizados por uno u otro) y el internamiento puede acordarse como medida cautelar, o como medida ejecutiva en la sentencia, dentro de un proceso judicial para declarar la incapacidad.

El citado TC, respecto de los tres escenarios referidos, ha resaltado que los internamientos involuntarios que se prolongan durante mucho tiempo (situaciones consumadas que se detectan *a posteriori*), no se pueden regularizar al margen de la tutela de los tribunales. A este respecto, manifiesta que pocas dudas ofrece que el proceso de incapacitación resulta el más adecuado desde una perspectiva de protección jurídica integral para las personas ingresadas de manera involuntaria, ya que las medidas que dentro del mismo se acuerden no conciernen única y exclusivamente a su persona, sino también el aseguramiento de su patrimonio. Corresponde al MF promover la correspondiente demanda de incapacitación cuando no pueda hacerlo el propio afectado ni lo lleven a cabo sus parientes. Sobre esta cuestión es importante recordar también la doctrina establecida por el TS en su S de 19 de febrero de 2020⁽²²⁾, en el sentido de que la adaptación de los

(21) STC 2ª, 34/2016, de 29 de febrero de 2016, Rec. amparo 4984/14 (BOE núm. 85, de 8 de abril de 2016).

(22) STS 1ª, 3904/2019, de 19 de febrero de 2020, Rec. 118/2020.

sistemas tutelares del CC en una interpretación acorde a la Convención de Nueva York de 2006, conduce a entender *la tutela* como la institución adecuada para los casos de una limitación total del alcance de la capacidad y *la curatela* para los supuestos en que procede tan solo una limitación parcial del alcance de la capacidad, matizando que la curatela es una institución flexible que se caracteriza por su contenido de asistencia y supervisión, no por el ámbito personal o patrimonial o por la extensión de los actos en los que esté llamada a prestarse (de hecho, en el caso enjuiciado, el TS se decantó por la idoneidad de la curatela como sistema de apoyo para la representación de la persona incapacitada en actos personales como su sometimiento a tratamiento médico y cumplimiento de las prescripciones facultativas y toma de medicación).

B) *Las contenciones terapéuticas*

Por lo que se refiere al consentimiento de los tratamientos en el ámbito socio-sanitario, interesa detenerse en el caso particular de las denominadas contenciones terapéutica que, si no están debidamente adoptadas y supervisadas, pueden conducir al maltrato de la persona atendida. Se utiliza diferente terminología para referirse a esta figura: sujeciones, restricciones, inmovilizaciones o contenciones. En las siguientes líneas se prefiere utilizar la expresión «contenciones terapéuticas» por dos razones: la primera, porque la palabra «contención», según el diccionario de la RAE, es suficientemente amplia, pues expresa la acción de «contener», que en su segunda acepción se refiere a reprimir o sujetar el movimiento o impulso de un cuerpo; y la segunda, porque al utilizar la palabra «terapéutica» se deja clara constancia del fin pretendido, obviando cualquier otro objetivo de conveniencia, mecánico o químico, que se persiga.

La primera ley que afrontó la cuestión, bajo la forma de un derecho, fue la Ley foral 15/2006, de 14 de diciembre, de Navarra, que lo formuló de la siguiente manera: «derecho a no ser sometido a ningún tipo de inmovilización o de restricción física o tratamiento farmacológico sin prescripción facultativa y supervisión, salvo que exista peligro inminente para la seguridad física del usuario o de terceros. En este último caso, las actuaciones efectuadas se justificarán documentalmente y constarán en el expediente del usuario, en la forma que se establezca reglamentariamente. Asimismo, se comunicarán al Ministerio Fiscal». Este mismo texto, con ligeras variantes, se recoge en la Ley 2/2007, de 2 de marzo, de Cantabria (art. 6.1,g); en la Ley 12/2007, de 2 de marzo, de Cataluña (art. 12.1 p); en la Ley 4/2009, de 11 de junio, de Islas Baleares (art. 9.1,n); en la Ley 5/2009, de 30 de junio, de Aragón (art. 11m); y en la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Andalucía (art. 91).

La Ley 12/2008, de 5 de diciembre, del País Vasco (art. 91), lo contempla desde la perspectiva de su constitución como una infracción muy grave, recogiendo el mismo texto que la ley navarra, si bien añade que también constituye dicha infracción silenciar o encubrir las actuaciones sin cumplir los requisitos

establecidos (prescripción médica y supervisión, salvo caso de peligro inminente). Y a esta forma de contemplar las contenciones terapéuticas se suma la Ley 7/2009, de 14 de diciembre, de La Rioja (art. 85.b). En todo caso, debe reconocerse la supletoriedad de la ley de autonomía del paciente, en lo referente a los derechos de información, intimidad, etc.

No se ignora que la contención puede estar justificada por razones de seguridad, pero éstas tienden a mezclarse o solaparse con las de terapia, sobre todo cuando se utilizan por razones preventivas. Las contenciones terapéuticas se dividen, por lo que ahora interesa, en físicas y farmacológicas o químicas. En Navarra se generó en 2014 un protocolo oficial sobre esta cuestión⁽²³⁾, que ha sido el primero promulgado en España, en el que se detalla el funcionamiento de las contenciones, y del pueden extraerse las siguientes definiciones:

— Contención terapéutica física: intencionada limitación de la espontánea expresión o comportamiento de una persona o de la libertad de sus movimientos, o de su actividad física, o el normal acceso a cualquier parte de su cuerpo con cualquier método físico aplicado a ella, o adyacente a su cuerpo, del que no puede liberarse con facilidad.

— Contención terapéutica farmacológica: intencionada limitación de la espontánea expresión o comportamiento de una persona, o de la libertad de sus movimientos, o su actividad física, mediante cualquier fármaco.

Las contenciones citadas se utilizan en el ámbito sociosanitario, hospitales psiquiátricos, instituciones penitenciarias, hospitales generales y centros de menores con trastornos de conducta, fundamentalmente. Las razones para la utilización de las diferentes contenciones se deben a una de las cuatro causas que se enumeran a continuación⁽²⁴⁾:

— Por disciplina, con la finalidad de castigar una conducta (obvio es decir que se trata de un supuesto inadmisibile).

— Por conveniencia organizativa, o sea, para ahorro de trabajo o esfuerzo, o de recursos del centro o de sus trabajadores, y no en el mejor beneficio para la persona, lo que también debe ser objeto de rechazo (p. ej., cuando se practican en los momentos de mayor trabajo del personal de atención directa, tales como con ocasión de levantar a las personas atendidas, durante los desayunos, las comidas y las cenas, al acostar a las persona atendidas y, en general, durante toda la noche, pues suele ser el turno peor dotado de personal).

(23) Orden foral 186/2014, de 2 de abril, del Consejero de Políticas Sociales, por la que se aprueba el Protocolo para el uso de sujeciones en los centros residenciales de tercera edad y discapacidad. Gobierno de Navarra.

(24) *Vid.* Contenciones terapéuticas en personas mayores. Enfoque ético, *op.cit.*

— Como medida terapéutica, con el objetivo de evitar alteraciones del plan establecido (p. ej., retirada de vías intravenosas, sondas nasogástricas, o calmar la ansiedad o agitación extrema).

— Por razones de seguridad frente a conductas violentas o agresivas, para prevenir lesiones a la persona o a terceros. Sin embargo, el aislamiento o la contención no deben emplearse más que en instituciones apropiadas, cumpliendo el principio de menor restricción y para prevenir un inminente daño para la persona concernida o para otro, siendo siempre proporcionales a los eventuales riesgos existentes.

El uso indebido o excesivo de las contenciones terapéuticas puede acarrear graves riesgos o inconvenientes en la salud de las personas a las que van dirigidas y, en consecuencia, una vulneración de derechos fundamentales y principios constitucionales. En concreto, pueden afectar a la libertad, impidiendo el libre desarrollo de la personalidad, a la dignidad, a la libertad física, a la integridad física y moral y a no sufrir tratos inhumanos o degradantes. Por todo ello, la restricción de la libertad sólo es razonable cuando el beneficio para la persona supere ampliamente el perjuicio que la limitación cause, y cuando además la medida sea proporcional.

El mencionado protocolo de Navarra establece las condiciones fundamentales que deben darse para las contenciones, al afirmar el derecho a no ser sometido a ningún tipo de inmovilización o de restricción física o tratamiento farmacológico sin *prescripción facultativa y supervisión*, y previa valoración individualizada de las necesidades y problemas del afectado, salvo que exista peligro inminente para la seguridad física de la persona atendida o de terceros. En este último caso, las actuaciones efectuadas se justificarán documentalmente y se harán constar en el expediente de la persona atendida, en la forma que se establezca reglamentariamente. Se pedirá el CI a la persona atendida o, en su defecto, al representante legal o de hecho. En aquellos casos en los que el equipo interdisciplinar y el personal facultativo considere necesaria la aplicación de una sujeción y el tutor o tutora no esté de acuerdo y se niegue a firmar el documento de CI y el documento de rechazo al mismo, se informará al MF y al juez si la persona estuviera incapacitada, quien dictaminará si la sujeción se precisa o no. De la misma manera, cuando se considere pertinente retirar una sujeción, porque las consecuencias de su utilización pueden suponer graves riesgos o inconvenientes para la salud de la persona residente, y la persona que ejerce la tutela o representación de hecho, no se muestre de acuerdo con la retirada de dicha sujeción, se informará al MF y al juez, en el caso de que se encuentre incapacitada para que dictamine la conveniencia o no de la retirada de dicha sujeción. Por último, es obligado revisar periódicamente la pertinencia e idoneidad de las sujeciones prescritas.

3.5. Derechos relacionados con las prestaciones y ayudas públicas: discapacidad y dependencia

Los derechos más importantes en este terreno se refieren a los beneficios que se derivan de la valoración y reconocimiento del grado de discapacidad y de la valoración y reconocimiento de la situación de dependencia. A continuación, se detalla el mecanismo de ejercicio y contenido de estos derechos⁽²⁵⁾:

A) *Valoración, reconocimiento del grado de discapacidad y beneficios*

Se trata de un requisito previo imprescindible para acceder a las prestaciones y recursos de los distintos Sistemas (Servicios Sociales, Empleo, Transporte, Salud, etc.). A lo anterior hay que añadir que el acceso a determinados recursos o prestaciones requiere disponer de un determinado grado de discapacidad. Los requisitos varían según el tipo de prestación o servicio. Las normas que contemplan esta cuestión son el LGSS; y el ET.

Respecto del grado de discapacidad necesario para tener la condición de persona con discapacidad, se requiere disponer de un reconocimiento igual o superior al 33% de grado de discapacidad. En todo caso, se consideran incluidos los pensionistas de la S. S. que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez y los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio. En cuanto a los órganos encargados de realizar la valoración y el reconocimiento del grado, son los órganos correspondientes de las CCAA a quienes se hubieran transferido las funciones en esta materia y las direcciones territoriales del IMSERSO en Ceuta y Melilla donde residan habitualmente los interesados. El procedimiento de solicitud requiere la presentación de la documentación correspondiente (la situación de salud y la situación social). La valoración se lleva a cabo por el Equipo del Centro de Valoración y Orientación (EVO), que está conformado por un médico, un trabajador social y un psicólogo. En la notificación del grado de discapacidad se indicará si es definitivo o está sujeto a la posibilidad de revisión.

La valoración, en porcentaje, se realiza mediante la aplicación de criterios técnicos unificados y fijados en los baremos correspondientes, que tienen en cuenta, por un lado, las limitaciones en la actividad originadas por deficiencias permanentes de los distintos órganos, aparatos o sistemas y, por otro lado, las circunstancias personales y sociales que pueden influir sobre la persona con discapacidad en sentido negativo, agravando la situación de desventaja originada por las propias limitaciones en la actividad.

(25) Derechos de los pacientes crónicos. Con especial referencia a la Esclerosis Múltiple, *op. cit.*

Contra las resoluciones en las que se notifique el grado de discapacidad, se puede interponer una reclamación administrativa previa a la judicial, de acuerdo a los plazos y formas que se indiquen. Por último, la acreditación del grado de discapacidad obtenida en cualquier CA, de acuerdo con el procedimiento descrito, tiene validez en todo el territorio del Estado Español.

Por lo que se refiere a los beneficios a que da derecho el disponer de un grado de discapacidad igual o superior al 33%, se debe tener en cuenta que se trata de una materia propia de la legislación autonómica, por lo que dependerá de los recursos y requisitos que cada una de ellas pueda establecer. Una vez más debe llamarse la atención sobre las diferencias regionales y el problema de falta de equidad dentro del Sistema. No obstante, se puede destacar los siguientes:

— En materia de empleo y trabajo: acceso a las medidas de fomento del empleo para personas con discapacidad, adaptación del puesto de trabajo y adaptación de pruebas selectivas en el acceso al empleo público.

— Jubilación anticipada, siempre que se cumplan los requisitos correspondientes.

— Acceso a la vivienda de protección pública.

— Subvenciones y ayudas de carácter individual, tales como tratamientos rehabilitadores, productos de apoyo, accesibilidad y adaptaciones en el hogar, etc.

— Tratamientos rehabilitadores de apoyo, así como recursos y apoyos educativos.

— Pensión no contributiva por invalidez.

— Prestaciones de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social: asistencia sanitaria, prestación farmacéutica, subsidio de movilidad y compensación para gastos de transporte, recuperación profesional, rehabilitación y habilitación profesionales.

— Prestaciones familiares de diferente tipo: asignación económica por hijo o menor con discapacidad acogido a cargo, o mayores de 18 años con un grado de discapacidad igual o superior al 65%. Ampliación del período de descanso por maternidad en los supuestos de discapacidad del hijo o menor acogido.

— Acceso a prestaciones y servicios del Sistema de Servicios Sociales: servicios de centro de día, servicios de centro ocupacional, servicios de centro de noche, servicios residenciales, pisos tutelados, etc.

— Beneficios fiscales.

— Tarjeta de estacionamiento para personas con movilidad reducida y descuentos en medios de transporte.

En fin, otras ayudas y servicios municipales, autonómicas, estatales o de la iniciativa privada social.

B) *Valoración, reconocimiento del grado dependencia y beneficios*

Disponer de dicho reconocimiento constituye un requisito previo imprescindible para acceder a las prestaciones y recursos del SAAD. Además, para el acceso a determinados recursos o prestaciones se requiere disponer de un determinado grado de dependencia reconocida, que varía según el tipo de prestación o servicio al que se desea acceder. La disposición legal de referencia en este asunto es la LAPAD.

Tras el reconocimiento del grado de dependencia, se procede a la elaboración del Programa Individual de Atención (PIA), en el que se determinan las prestaciones más adecuadas para la atención de la persona declarada dependiente. El PIA es válido en el territorio o CA donde se ha elaborado pero, en el caso de que la persona traslade su residencia a otro territorio o CA, es preciso un nuevo procedimiento para la elaboración de otro PIA adaptado a las prestaciones disponibles en el lugar correspondiente. Es decir, el PIA se debe realizar de nuevo cada vez que se produzca un cambio de CA (porque depende de la cartera de servicios de cada territorio), mientras que el reconocimiento de la dependencia es válido para todo el territorio del Estado.

En la valoración de la dependencia, básicamente se valora la capacidad de la persona para llevar a cabo por sí misma las actividades básicas e instrumentales de la vida diaria. Las actividades básicas son las primarias para el autocuidado y la movilidad; son universales, muy específicas y poco influenciadas socioculturalmente; permiten el grado de autonomía e independencia necesarios para que una persona pueda vivir sin ayuda continua de otros (alimentación, vestido, cuidado personal, aseo, etc.). Por su parte, las actividades instrumentales de la vida diaria son actividades más complejas que permiten a la persona adaptarse a su entorno y mantener su independencia en la sociedad (p. ej., uso del teléfono y medios de transporte, compras, manejo de la medicación, etc.).

Con arreglo a la aplicación del baremo de valoración de la dependencia, los grados de dependencia que se pueden reconocer son los siguientes:

Grado I. Dependencia moderada: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día, o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal.

Grado II. Dependencia severa: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no

requiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal.

Grado III. Gran dependencia: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal.

La valoración y el reconocimiento es competencia de las CCAA, diputaciones forales y direcciones territoriales del IMSERSO. La solicitud requiere acompañar la documentación correspondiente. Se requiere la elaboración de un informe social y de un informe de salud. Los organismos encargados de la valoración de la dependencia son los Equipos de Valoración y Orientación, constituidos por profesionales de las áreas social y sanitaria, que aplican el baremo correspondiente y la valoración se efectúa mediante una entrevista, siendo posible la revisión del grado reconocido. El reconocimiento de la situación de dependencia tiene validez en todo el territorio del Estado español y permite acceder a las prestaciones económicas y servicios previstas en la legislación vigente.

En lo que respecta al Programa individual de atención, se lleva a cabo tras el reconocimiento del grado de dependencia y sobre la base de los servicios o prestaciones que corresponden al solicitante y con la participación del beneficiario o, como en su caso, de su familia o entidades tutelares que le representen. El procedimiento de revisión le corresponde a cada CA o entidad territorial correspondiente pero solo es válido en donde se haya elaborado, ya que hace referencia a las prestaciones y servicios existentes en el mismo.

IV. DEBERES DE LAS PERSONAS ATENDIDAS EN LOS CENTROS SOCIO-SANITARIOS

Aunque las leyes de servicios sociales ponen énfasis en el desarrollo de los derechos de las personas atendidas en los centros, es necesario contemplar también una serie de obligaciones mínimas de dichas personas que favorezcan una cierta simetría o equilibrio en la relación sociosanitaria y que, a la postre, permitan un uso responsable de los servicios y prestaciones. A modo de ejemplo, los profesionales sociosanitarios son también acreedores de un respeto y consideración, imprescindible para que puedan realizar su trabajo de manera eficaz y en condiciones adecuadas.

El establecimiento de deberes en este terreno es un fenómeno que ya tiene su antecedente en el ámbito sanitario. De esta manera, la LAP y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, al tiempo que recoge todas las garantías y facultades para los pacientes, contempla también dentro de sus principios básicos el deber de los pacientes o usuarios de facilitar

los datos sobre su estado físico o sobre su salud de manera leal y verdadera, así como el de colaborar en su obtención, especialmente cuando sean necesarios por razones de interés público o con motivo de la asistencia sanitaria (art. 2.5). En el ámbito autonómico, otras leyes sanitarias han completado estos deberes de los pacientes con otros como el de utilizar adecuadamente los recursos y prestaciones del sistema sanitario, el de colaborar en su sostenibilidad, cuidar las instalaciones y equipos, etc.

Como no podía ser de otra manera, en el ámbito sociosanitario también se han perfilado una serie de deberes de las personas atendidas, en este caso a instancia de las leyes de servicios sociales de las CCAA. La relación más actualizada puede encontrarse en la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de servicios sociales de *Andalucía*, la última publicada a la fecha de cierre de estas líneas, y que viene a constituir un compendio de lo recogido en normas anteriores. Así, en la citada ley se relacionan los siguientes deberes (art. 12):

— Conocer y cumplir las normas, requisitos, condiciones y procedimientos establecidos para la obtención y el uso y disfrute de las prestaciones y servicios, haciendo un uso responsable de los mismos.

— Facilitar a la AP información veraz de los datos personales, convivenciales, familiares, económicos y patrimoniales necesarios, y presentar los documentos fidedignos que sean imprescindibles para valorar y atender su situación, salvo que estos obren en poder de la Administración requirente, y autorizar su obtención cuando exista convenio entre las Administraciones.

— Colaborar en el cumplimiento del correspondiente proyecto de intervención social y participar activamente en el proceso de mejora, autonomía e inserción social establecidos.

— Comunicar los cambios que se produzcan en su situación personal y familiar que puedan afectar al proceso de inserción social o a las prestaciones solicitadas o recibidas.

— Contribuir a la financiación del coste de los servicios recibidos, cuando así lo establezca la normativa aplicable, en función de la capacidad económica de la persona usuaria y, en su caso, de la unidad de convivencia.

— Destinar la prestación recibida a la finalidad para la que se ha concedido y llevar a efecto las contraprestaciones y obligaciones que en cada caso se establezcan.

— Reintegrar las prestaciones económicas y materiales recibidas indebidamente, o no aplicadas al objeto de las mismas.

— Comparecer ante la Administración, a requerimiento del órgano que tramite o haya otorgado una prestación o servicio.

— Observar una conducta basada en el respeto, la no discriminación y la colaboración para facilitar la convivencia en el establecimiento o centro en el que se les presten servicios sociales, así como la resolución de los problemas.

— Respetar la dignidad y los derechos del personal que presta los servicios que reciben y atender a sus indicaciones.

— Utilizar con responsabilidad y cuidar las instalaciones y bienes muebles de los centros en los que se les presten servicios sociales.

— Firmar el contrato social pertinente con la entidad prestadora del servicio.

Los deberes de las personas atendidas en los centros sociosanitarios aparecen también recogidos en términos similares en la Ley 12/2007, de 11 de octubre, de servicios sociales de *Cataluña* (art. 13); en la Ley 5/2009, de 30 de junio, de servicios sociales de *Aragón* (art. 8); en la Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de servicios sociales del *País Vasco* (art. 10); en la Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de servicios sociales de *Galicia* (art. 7); en la Ley 4/2009, de 11 de junio, de servicios sociales en las *Islas Baleares* (art. 8); en la Ley 2/2007, de 27 de marzo, de servicios sociales de *Cantabria* (art. 7); en la Ley 14/2015, de 9 de abril, de servicios sociales de *Extremadura* (art. 8); en la Ley 1/2003, de 24 de febrero, de servicios sociales de *Asturias* (art. 40.1); y en la Ley 7/2009, de 22 de diciembre, de servicios sociales de *La Rioja* (art. 10).

En la Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de servicios sociales de *Castilla La Mancha*, se enuncia de manera específica el compromiso de colaborar en el cumplimiento de las disposiciones contenidas en el Plan de Atención Social y en los acuerdos correspondientes (art. 8.3,b); y, en términos parecidos, se prevé en la Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de servicios sociales de *Castilla León*, que recoge la obligación de seguir el plan individual de la intervención (art. 12.1, c).

Por su parte, la Ley 11/2002, de 18 de diciembre, de centros y servicios de acción social y mejora de la calidad de los servicios sociales de *Madrid*, formula los deberes de manera mucho más reducida circunscribiéndolos a cuatro aspectos: 1) cumplir las normas determinadas en las condiciones generales de utilización del centro o servicio; 2) observar una conducta basada en el mutuo respeto, tolerancia y colaboración encaminada a facilitar una mejor convivencia; 3) abonar el precio establecido, en su caso, en el documento de admisión al centro o servicio; 4) y facilitar toda la información necesaria para valorar sus circunstancias y responsabilizarse de la veracidad de dicha información, así como informar de los cambios que se produzcan respecto a su situación, sin perjuicio de las obligaciones del centro o servicio en esta materia.

La formulación de todos estos deberes de las personas atendidas viene a constituir un exponente imprescindible de corresponsabilización con el sostenimiento y buen funcionamiento de los servicios sociosanitarios.

V. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

— El aumento de la esperanza de vida ha dado lugar a la preponderancia de un tipo de paciente crónico, con frecuencia dependiente y envejecido, que requiere de una asistencia sanitaria y social durante muchos años. Esta situación ha conducido a que la actividad sociosanitaria haya adquirido una gran importancia en las sociedades modernas, ya que no se proyecta exclusivamente sobre los problemas de salud, sino también hacia las necesidades de cuidado psicológico y social, para favorecer en definitiva una atención integral de la persona.

— La relación sociosanitaria, que tiene lugar entre los profesionales sociosanitarios y las personas atendidas, evidencia similitudes con la relación clínico-asistencial que se desarrolla entre los profesionales sanitarios y los pacientes, pero también particularidades que la hacen diferente, pues ambas se desarrollan con fines y en escenarios distintos. Uno de los objetivos a mejorar es el de la coordinación de los dos ámbitos de actuación.

— A instancia fundamentalmente de las CCAA, se han dictado en España diversas leyes de acción social y servicios sociales, donde se recoge un estatus de derechos y deberes de las personas atendidas en el ámbito sociosanitario, que está generando un cuerpo de doctrina específico. A futuro, deben contemplarse mecanismos y políticas que permitan consolidar y completar estos derechos en todo el Estado.

— Hay un camino muy importante todavía por recorrer para aumentar los estándares de calidad de la atención sociosanitaria y la protección de las personas atendidas, como se puso de manifiesto durante la grave pandemia del *COVID-19*, donde así como la red sanitaria, no sin dificultades y con las limitaciones derivadas del desconocimiento científico del virus, consiguió dar una respuesta a los pacientes, la red sociosanitaria, particularmente los centros de mayores, sufrió con especial dureza los embates de la crisis registrando altísimos índices de mortalidad por contagios.

VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA

BEAUCHAMP, T. L. y CHILDRESS, J. F., *Principios de ética biomédica*, Editorial Masson, 1999.

BELTRÁN, J. L. y EZQUERRA, A. (Dir.), *Atención y protección jurídica de la discapacidad*, Aranzadi, 2015.

CASADO, A., *Bioética para legos. Una introducción a la ética asistencial*, Ed. Plaza y Valdés, 2008.

Comité de Ética Asistencial de Eulen Sociosanitarios, «Contenciones terapéuticas en personas mayores. Enfoque ético», 2017. Disponible en: <https://sociosanitarios.eulen.com/main-files/uploads/2016/06/CONTENCIONES-TERAPEUTICAS-1.pdf> (accedido en abril de 2020).

CUENCA, P., «Derechos y modelos de tratamiento de la discapacidad», *Papeles El Tiempo de los Derechos*, núm. 3, 2011.

FINNIS, J., «Un argumento filosófico contra la eutanasia», en KEOWN, J. (Compilador), *La eutanasia examinada, perspectivas éticas, clínicas y legales*, Fondo de cultura económica, México, 2004.

Instituto para el Desarrollo e Integración de la Sanidad (IDIS), «El reto de los cuidados sociosanitarios intermedios. Mapa de recursos y propuestas de futuro», 2016. Disponible en: <https://www.fundacionidis.com/informes/otros-informes/reto-de-los-cuidados-sociosanitarios-intermedios-mapa-de-recursos-propuestas-de-futuro> (accedido en abril de 2020).

MOSTERÍN, J., «El triunfo de la compasión», *El País*, 9 mayo 2010. Disponible en: https://elpais.com/diario/2010/05/09/opinion/1273356011_850215.html

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, «Informe Mundial sobre el Envejecimiento y la Salud», 2015. Disponible en: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/186466/9789240694873_spa.pdf;jsessionid=1D4C7C842CFBD1829FF73318F55D614A?sequence=1 (accedido en abril de 2020).

PRECHT, R. D., *¿Quién soy yo y cuántos? Un viaje filosófico*, Editorial Ariel, 2009.

RAMOS MONTES, J., en «La ética en los servicios de atención a las personas con discapacidad intelectual severa», *Cuadernos de la Fundación Víctor Grífols i Lucas*, 2010

SÁNCHEZ-CARO, J. y ABELLÁN, F., «Derechos de los pacientes crónicos. Con especial referencia a la Esclerosis Múltiple», *Fundación Merck Salud*, Informe del Experto núm. 16. Disponible en: https://www.fundacionmercksalud.com/wp-content/uploads/2018/03/16_Derechos-de-los-pacientes-crónicos-1.pdf (accedido en abril 2020).

SÁNCHEZ-CARO, J. y ABELLÁN, F. (Coords.), *Aspectos bioéticos, jurídicos y médicos de la discapacidad*, Fundación Salud 2000, Madrid, 2012.

SÁNCHEZ-CARO, J., MARTÍN GARCÍA, S., ABELLÁN, F. y NAVARRO IZQUIERDO, A., *Derechos en cuidados sociosanitarios. Manual práctico*. Eulen Sociosanitarios, 2017.

CAPÍTULO 19

DEPENDENCIAS. DISCAPACIDADES Y CAPACIDADES ESPECIALES

M.^a Ángeles Rueda Martín⁽¹⁾

Catedrática de Derecho Penal, Universidad de Zaragoza

-
- (1) La realización del trabajo que se presenta a los lectores desarrolla uno de los objetivos de investigación del Grupo de Estudios Penales de la Universidad de Zaragoza, cofinanciado por el Gobierno de Aragón y el programa operativo del Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) Aragón 2014-2020. El Grupo de Estudios Penales se ha reconocido como grupo de investigación de referencia por el Departamento de Innovación, Investigación y Universidad del Gobierno de Aragón (BOA 26/03/2020).

I. INTRODUCCIÓN

En el art. 25 CDFUE se dispone que «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.». El porcentaje de población mayor de 65 años en el año 2019 en España, según el INE, es de 19,4⁽²⁾. El mismo organismo expone que la esperanza de vida al nacimiento puede alcanzar los 82,9 años en los hombres y los 87,7 en las mujeres en el año 2033. Estos valores podrían ser de 86,4 años para los hombres y de 90,8 años para las mujeres en el año 2067⁽³⁾. Ante estos datos, una de las preguntas que nos debemos plantear es si nuestra forma de vida ofrece las condiciones adecuadas para desarrollar un envejecimiento saludable, definido por la OMS en el año 2015 como «el proceso de fomentar y mantener la capacidad funcional que permite el bienestar en la vejez.»⁽⁴⁾. La capacidad funcional del individuo se caracteriza por ser «la combinación final entre la persona y su entorno, y la interacción entre ellos (...)»⁽⁵⁾. Se trata de capacidad para tener movilidad, crear y mantener relaciones, satisfacer necesidades básicas, contribuir, aprender, crecer y tomar decisiones de manera

(2) Disponible en: <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=1488&L=0> [Última consulta: 20 de marzo de 2021].

(3) Vid. el análisis del INE publicado en el mes de abril de 2020. Disponible en: https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259926380048&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout¶m1=PYSDetalle¶m3=1259924822888 [Última consulta: 20 de marzo de 2021]. FOREMAN, K. J.; MARQUEZ, N.; DOLGERT, A.; FUKUTAKI, K.; FULLMAN, N.; MCGAUGHEY, M. *et. al.* han expuesto, asimismo, que en el año 2040 España, junto con Japón, Singapur y Suiza, puede ser uno de los países del mundo donde la esperanza de vida de su población alcance los 85 años. Vid. FOREMAN, K. J. / MARQUEZ, N. / DOLGERT, A. / FUKUTAKI, K. / FULLMAN, N. / MCGAUGHEY, M. *et. al.*, «Forecasting life expectancy, years of life lost, and all-cause and cause-specific mortality for 250 causes of death», *The Lancet*, vol. 392, November 2018, pág. 2052. Disponible en: [https://www.thelancet.com/pdfs/journals/lancet/PIIS0140-6736\(18\)31694-5.pdf](https://www.thelancet.com/pdfs/journals/lancet/PIIS0140-6736(18)31694-5.pdf) [Última consulta: 20 de marzo de 2021].

(4) Vid. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Informe mundial sobre el envejecimiento y la salud*, 2015, pág. 30. Disponible en: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/186466/9789240694873_spa.pdf;jsessionid=E89BD8B8F371F9233E88A9A22D953DF9?sequence=1 [Última consulta: 20 de marzo de 2021].

(5) Vid. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *op. cit.*, pág. 32.

autónoma⁽⁶⁾. Si bien es cierto que no es correcto identificar, de entrada, el envejecimiento con una dependencia o una discapacidad, resulta obvio afirmar que la capacidad funcional del ser humano puede verse limitada en mayor o menor medida cuando se produce el envejecimiento de una persona, en función de una serie de circunstancias que afectan más negativamente a esta última época de la vida. Como consecuencia de ello, en la ancianidad o en la edad avanzada⁽⁷⁾ podemos encontrarnos más frecuentemente con personas a las que es necesario reconocer unas capacidades especiales o una discapacidad para desenvolverse en sociedad, que según el art. 1 CDPD, incluye a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás⁽⁸⁾. Como en el art. 9.2 CE se dispone que corresponde a los poderes públicos remover los obstáculos que impidan o dificulten las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, de modo que se facilite la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social, el Estado debe asumir, entonces, una política jurídica que tenga como objetivo la eliminación de dichos obstáculos a través de la promoción de medidas que garanticen la participación plena y efectiva de las personas de edad avanzada con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo, para que continúen siendo parte activa de la sociedad. Una de estas medidas es el reconocimiento de capacidades especiales o una discapacidad a aquella persona que reúna determinadas características, con importantes consecuencias jurídicas según el sector del ordenamiento jurídico en el que nos encontremos. La meta que tiene este trabajo es, por un lado,

(6) *Vid. id.*

(7) La definición del envejecimiento, la ancianidad, la tercera edad, la edad avanzada, la senectud, personas mayores, etc., no contiene unos contornos precisos y aceptados con validez universal. No obstante, la OMS se refiere a este grupo de la población cuando tiene 60 años o más. *Vid.* ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *op. cit.* Sobre la diferente terminología utilizada en torno a estas situaciones, *vid.*, PÉREZ MONGE, M., «La mujer de edad avanzada: aspectos personales, familiares y sucesorios», en CAÑIZARES LASO, A. (Dir.) / LÓPEZ DE LA CRUZ, L. / SABORIDO SÁNCHEZ, P. (Coords.), *El reto del envejecimiento de la mujer. Propuestas jurídicas de futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 139 y ss.; GARCÍA CANTERO, G., «La senectud: ¿estado civil de la persona?», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 106, 2018, págs. 105 y ss., págs. 109 y ss.; CARIO, R., «El mayor como víctima. ¿Fin de un tabú?», en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. (Ed.), *El maltrato a las personas mayores. Detección y prevención desde un prisma criminológico interdisciplinar*, Hurkoa Fundazioa-Instituto Vasco de Criminología, Donostia-San Sebastián, 2006, pág. 150.

(8) Sobre los principios que acoge esta Convención, *Vid.* ÁLVAREZ GARCÍA, H., «La dimensión constitucional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad», en MORCILLO MORENO, J. (Dir.), *Discapacidad intelectual y capacidad de obrar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 29 y ss.

ofrecer una descripción y una valoración del concepto de persona dependiente, discapacitada o con capacidades especiales en la ancianidad, teniendo presente lo previsto en los diversos sectores de nuestro ordenamiento jurídico y en la mencionada CDPD. Por otro lado, se pretenden señalar aquellas insuficiencias e incongruencias en torno a dicho concepto que aparezcan en nuestro marco normativo, y plantear propuestas *de lege ferenda* para superarlas. Su interés se justifica por la elevada tasa de personas mayores que vivirán en la segunda mitad del siglo XXI en nuestro país, casi un cuarto de la población, con capacidades funcionales afectadas en algún grado.

II. DEPENDENCIA, DISCAPACIDAD Y CAPACIDADES ESPECIALES EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO: CONCEPTOS Y REGULACIÓN EN RELACIÓN CON LAS PERSONAS MAYORES

Un aspecto que llama la atención en todo aquello que se relaciona con la dependencia, la discapacidad o las capacidades especiales de un ser humano desde un punto de vista jurídico en España, es la variedad de términos empleados para referirse a situaciones que suelen tener muchos puntos en común. Seguidamente vamos a exponer tanto los términos como las definiciones de estas situaciones que se han adoptado en distintas ramas del Derecho, y los efectos que implica su reconocimiento en las personas de edad avanzada.

2.1. La persona anciana dependiente en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia

Comenzamos por el tratamiento de la persona anciana dependiente, discapacitada o con capacidades especiales en la LAPAD. En el art. 2.2 se define la dependencia⁽⁹⁾. La dependencia y la discapacidad definida en la CDPD aparecen con un elemento en común: la limitación de la autonomía física, mental, intelectual o sensorial de una persona a largo plazo o de forma permanente. En la LAPAD sí se especifican tres causas que propician dicha limitación: la edad, que alude a la edad avanzada como factor que condiciona la capacidad funcional de un ser humano por el transcurso del tiempo, la enfermedad o la discapacidad. En consonancia con la CDPD, una persona anciana dependiente puede tener la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa,

(9) La dependencia es «el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal.»

decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias, así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria a través de un conjunto de servicios sociales, con el fin de fomentar su vida independiente y su autonomía personal, que según el art. 15 LAPAD pueden ser los servicios de ayuda a domicilio, de atención de las necesidades del hogar o de cuidados personales, el servicio de Centro de Día y de Noche o el servicio de Atención Residencial⁽¹⁰⁾. Si no se opta —o no se puede optar— por estos servicios, cabe el acogimiento de los mayores dependientes en sus unidades familiares con derecho a una prestación económica para su cuidado y apoyo, dirigida a cuidadores no profesionales (art. 18 LAPAD), que asumen una guarda de hecho regulada en los arts. 303 y ss. CC⁽¹¹⁾. En esta tarea debe resaltarse el papel fundamental que la mujer asume en los cuidados al dependiente⁽¹²⁾. El reconocimiento de la situación de dependencia en cualquiera de sus grados⁽¹³⁾,

-
- (10) *Vid.* las diferentes soluciones que prevé la LAPAD en la atención de personas mayores expuestas por SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., «Cuestiones jurídico-civiles sobre la feminización de la dependencia», en CAÑIZARES LASO, A. (Dir.) / LÓPEZ DE LA CRUZ, L. / SABORIDO SÁNCHEZ, P. (Coords.), *op. cit.*, págs. 208 y ss. En relación con todos estos servicios y, especialmente, el de Atención Residencial, la gravísima crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 ha puesto de manifiesto la necesidad de establecer medidas de organización y coordinación, entre las residencias de mayores y otros centros socio sanitarios con el SNS, por la vulnerabilidad de las personas que asisten al presentar edad avanzada normalmente con patología de base o comorbilidades. Ello hace que su estrecho contacto con sus cuidadores y otros convivientes pueda incrementar su exposición a distintas enfermedades infecto contagiosas, por lo que el establecimiento de medidas organizativas y de coordinación orientadas a reducir el riesgo de contagio facilitará la atención sanitaria pertinente. *Vid.* en este sentido, p. ej., la Orden SND/265/2020, de 19 de marzo, de adopción de medidas relativas a las residencias de personas mayores y centros socio-sanitarios, ante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2020/03/21/pdfs/BOE-A-2020-3951.pdf> [Última consulta: 20 de marzo de 2021]; y la Orden SND/275/2020, de 23 de marzo, por la que se establecen medidas complementarias de carácter organizativo, así como de suministro de información en el ámbito de los centros de servicios sociales de carácter residencial en relación con la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2020/BOE-A-2020-4010-consolidado.pdf> [Última consulta: 20 de marzo de 2021].
- (11) *Vid.* TOLDRÀ I ROCA, M. D., «Un apoyo que dignifica a la persona en edad avanzada: la guarda», en CAÑIZARES LASO, A. (Dir.) / LÓPEZ DE LA CRUZ, L. / SABORIDO SÁNCHEZ, P. (Coords.), *op. cit.*, págs. 231 y ss.
- (12) *Vid.* el estudio elaborado por SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., «Cuestiones jurídico-civiles sobre la feminización de la dependencia», *op. cit.*, págs. 183 y ss.
- (13) En el art. 26.1 LAPAD se prevé que «La situación de dependencia se clasificará en los siguientes grados: a) Grado I. Dependencia moderada: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal. b) Grado II. Dependencia severa: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no quiere el apoyo permanente de

se efectúa mediante resolución expedida por la Administración Autónoma correspondiente a la residencia del solicitante, y tiene validez en todo el territorio del Estado, como se dispone en el art. 28.2 LAPAD.

2.2. La persona anciana discapacitada en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con Discapacidad y de su inclusión social

Para adaptar nuestra normativa a la CDPD se promulgó la LGD, en cuyo art. 2 se entiende por discapacidad aquella «(...) situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.». Con arreglo al mismo precepto, una persona con discapacidad puede gozar de una vida independiente, cuando «(...) ejerce el poder de decisión sobre su propia existencia y participa activamente en la vida de su comunidad, conforme al derecho al libre desarrollo de la personalidad», mediante los apoyos y recursos previstos en la LGD⁽¹⁴⁾ y en la LAPAD. Puede establecerse claramente una equivalencia entre el concepto de persona dependiente de la LAPAD y el de discapacitada de la LGD, aunque en esta última norma ya no se utiliza expresamente el término «dependencia». El concepto de discapacidad de la LGD también es acorde con la CDPD, conforma la titularidad de los derechos a la protección jurídica de las personas discapacitadas⁽¹⁵⁾ y fija «un molde flexible y dinámico que permite sin necesidad de listar las deficiencias, ni las barreras, ni el grado de participación

un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal. c) Grado III. Gran dependencia: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal». Por último en su DA octava se establece que «Las referencias que en los textos normativos se efectúan a “minusválidos” y a “personas con minusvalía”, se entenderán realizadas a “personas con discapacidad”. A partir de la entrada en vigor de la presente Ley, las disposiciones normativas elaboradas por las AAPP utilizarán los términos “persona con discapacidad” o “personas con discapacidad” para denominarlas.».

(14) A los efectos que nos interesa en este trabajo, indicamos que en la LGD se recogen, entre otras, un conjunto de prestaciones sociales y económicas, medidas de habilitación o rehabilitación médico-funcional, ayudas para la atención, tratamiento y orientación psicológica, condiciones básicas de accesibilidad en diversos ámbitos relacionados con los espacios públicos urbanizados y edificación, con los medios de transporte o con las AAPP, subsidios de movilidad y compensación por gastos de transporte, y medidas de rehabilitación de la vivienda.

(15) *Vid.* LUACES GUTIÉRREZ, A. I., «Marco jurídico de protección de los derechos de las personas con discapacidad: De dónde venimos y a dónde vamos», en LUACES GUTIÉRREZ, A. I. (Dir.),

efectiva en la sociedad, establecer un concepto “para lograr así una solución justa” en cada caso o para un conjunto de personas en situación semejante»⁽¹⁶⁾.

Entonces, cuando nos encontremos con personas ancianas dependientes o discapacitadas que sólo necesiten asistencia para desarrollar actividades cotidianas, pero no requieren una ayuda en su capacidad de autogobierno, el ordenamiento jurídico dispone de los recursos aludidos anteriormente para promover y potenciar su autonomía personal. Ahora bien, ¿y si una persona mayor necesita un complemento por su disminución o falta de las facultades de entender y querer? Para responder este interrogante es preciso entrar en el ámbito del Derecho Civil y profundizar en su regulación.

2.3. La persona anciana, discapacitada o con capacidades especiales en el Código Civil

En nuestro ordenamiento jurídico constituye un principio general la plena capacidad de obrar de la persona física mayor de edad, de modo que es apta para realizar válidamente actos y negocios jurídicos, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por el CC (art. 246 CC). La capacidad de obrar, sin embargo, admite variaciones en función de la mayor o menor capacidad natural que se deriva de la minoría de edad. Hasta la entrada en vigor de la LRLCP, se reconocía también una variación de la capacidad natural de las personas por ciertas enfermedades o deficiencias persistentes, de carácter físico o psíquico, como causas de una incapacitación, que incidían en su capacidad de autogobierno y que daban lugar a un proceso de incapacitación, en su caso, con la correspondiente declaración de incapaz⁽¹⁷⁾. De esta regulación llamaba

Retos y desafíos en materia de discapacidad. Una visión multidisciplinar, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2015, pág. 35.

(16) Vid. DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C., «Sobre el concepto jurídico de persona con discapacidad y la noción de apoyos necesarios», *Revista Española de Discapacidad*, núm. 2, vol. 4, 2016, pág. 83. Dicho concepto tiene como «núcleo de certeza o centro del concepto normativo las barreras sociales por un lado y, por otro, la inexistencia de medidas de apoyo ordinarias o comunes para sortear dichos obstáculos que le impiden a la persona con algún tipo de déficit previsiblemente permanente poder tener una participación real y efectiva en la sociedad». Vid. DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C., *op. cit.*, pág. 84.

(17) Vid. GARCÍA GARNICA, M. C., «Art. 199», pág. 2042. Como se expone en la STS 1.^a, 818/1998, de 28 julio, «[...] para que se incapacite a una persona no es sólo suficiente que padezca una enfermedad persistente de carácter físico o psíquico, [...] lo que verdaderamente sobresale es la concurrencia del segundo requisito, o sea, que el trastorno tanto sea permanente como que oscile en intensidad, impida gobernarse a la afectada por sí misma.». En el art. 199 CC en su redacción anterior a la reforma operada por la LRLCP establecía que «nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley.». Y en el art. 200 CC se disponía que «son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a

particularmente la atención la falta de adaptación terminológica de nuestro CC y también de la LEC, respecto de lo dispuesto en la CDPD, en la LAPAD y en la LGD. Es cierto que mediante la LPPPD, se introdujo una categoría autónoma y jurídicamente relevante en la legislación civil distinta de la incapacidad, la de la persona con discapacidad⁽¹⁸⁾, que según el art. 2 es, exclusivamente, aquella afectada por unos determinados grados de discapacidad —una discapacidad psíquica igual o superior al 33 por ciento y una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65 por ciento—⁽¹⁹⁾, y ello con independencia de que concurrieran o no en ella las causas de incapacitación judicial contempladas en el art. 200 CC y de que, concurriendo, tal persona hubiera sido o no judicialmente incapacitada. Si partíamos de estas distinciones entre persona incapacitada y persona con discapacidad, la regulación de las medidas de protección dispensadas por nuestro ordenamiento jurídico civil aplicables también a una persona anciana, se basaban en las siguientes soluciones, adaptables a cada situación concreta: a) la incapacitación; b) la tutela; c) la curatela; y d) las medidas a tomar en caso de discapacitados no incapacitables respecto a aspectos patrimoniales, introducidas en el CC por la LPPPD⁽²⁰⁾. La solución que se adoptara debía

la persona gobernarse por sí misma.». El presupuesto de la incapacitación era, por tanto, que una persona padeciera una enfermedad o deficiencias persistentes, de carácter físico o psíquico, y su efecto era el impedimento de gobernar su persona o bienes por sí misma. Vid. GARCÍA GARNICA, M. C., «Art. 199», pág. 2050 y «Art. 200», págs. 2050, 2051 y 2052, quien apunta que la persistencia debía entenderse como la presunción de que razonablemente se prolongara en el tiempo o, como afirma nuestra jurisprudencia, entendida como permanencia hacia el futuro.

(18) Vid. GARCÍA GARNICA, M. C., «Art. 199», pág. 2042.

(19) Vid. sobre la correspondencia entre estos grados de discapacidad y los de dependencia la n. 11. El grado de discapacidad se acreditará mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme, según el art. 2.3 LPPPD.

(20) El CC francés en sus arts. 491 y ss. dispone un sistema de protección del mayor de edad denominado "*sauvegarde de justice*", con una tutela específica cuando necesite protección en los actos de la vía civil por una de las causas previstas en la ley. El CC italiano establece dos sistemas de protección. En primer lugar, la denominada "*amministrazione di sostegno*" (art. 404 CC) que constituye una forma de protección de la persona que se encuentra imposibilitada de atender sus propios intereses como consecuencia de una enfermedad o de una discapacidad, aunque sea parcial o temporal. En segundo lugar, la incapacitación (arts. 414 y ss.), que producirá el nombramiento de un tutor que representará al sometido a esta medida, y afecta a los menores emancipados y los mayores de edad que se encuentran en condiciones habituales de enfermedad mental, que les hace incapaces de proveer a sus propios intereses. El CC alemán establece en el § 1896 (1) que «si un mayor de edad, como consecuencia de una enfermedad psíquica o una discapacidad física, psíquica o mental no puede cuidar total o parcialmente de sus asuntos, el juzgado de tutelas, a petición suya o de oficio, le nombrará un asistente legal. [...]. Si el mayor de edad no puede cuidar de sus asuntos a causa de una discapacidad física, el asistente legal sólo puede ser nombrado a petición suya, salvo que no pueda manifestar su voluntad.». Por otra parte, el

tener presente el interés superior del discapacitado lo que imponía el correlativo deber de velar preferentemente por su bienestar y sus intereses⁽²¹⁾, la obligación de que se utilizara el patrimonio del discapacitado en su propio provecho, sin que sufriera restricciones en su calidad de vida, con la finalidad de conservarlo y transmitirlo mortis causa a sus herederos, y la elección de las personas más idóneas para prestarle las ayudas necesarias para el ejercicio de su capacidad jurídica o, en su caso, suplir su voluntad⁽²²⁾.

Sin embargo, la LRLCP que ha reformado la legislación civil y procesal, como se declara en el Preámbulo, ha dado un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la CDPD al modificarse el sistema hasta ahora vigente, en el que predominaba la sustitución en la toma de las decisiones que afectaban a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones en relación con sus asuntos personales (domicilio, salud, comunicaciones...) y de naturaleza patrimonial. Se ha reconocido efectivamente la plena capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad, y se ha roto el tándem enfermedad con relevancia impeditiva y protección a través de la modificación judicial de la capacidad⁽²³⁾. Asimismo, se ha implantado un sistema individualizado de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica con pleno respeto a la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad, desplazando el «interés superior» como criterio a seguir en la toma de decisiones que le competen⁽²⁴⁾. A continuación, se va a exponer sucintamente este sistema individualizado de apoyos asumido en nuestra legislación civil.

A) *Medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica*

En el nuevo T. XI del L. I del CC se recogen las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica, de las que puede beneficiarse cualquier persona que las precise, con independencia de si su situación de discapacidad ha obtenido algún reconocimiento administrativo. En primer lugar, como contempla el art. 249 CC su finalidad es «permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condicio-

§ 1902 CC prevé que «dentro del ámbito de sus funciones, el asistente legal representa al asistido en juicio y fuera de él.».

(21) Vid. la STS 1.^a, 465/2019, de 17 septiembre.

(22) Vid. las SSTs 1.^a, 635/2015, 19 de noviembre; 403/2018, de 27 de junio y 458/2018, de 18 de julio.

(23) Vid. la propuesta planteada por LECIÑENA IBARRA, A., «Envejecimiento y discapacidad», pág. 64.

(24) Vid. la propuesta planteada por LECIÑENA IBARRA, A., «Envejecimiento y discapacidad», pág. 64.

nes de igualdad. Estas medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales. Las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate. Todas ellas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad. Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro. En casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación. La autoridad judicial podrá dictar las salvaguardas que considere oportunas a fin de asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se ajuste a los criterios resultantes de este precepto y, en particular, atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera.».

En el art. 250 CC se describen estas medidas de apoyo cuya función consistirá en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias:

1) Las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria recogidas en los arts. 254 y ss. CC y establecidas por la persona con discapacidad, debiendo señalarse quién debe prestarle apoyo y con qué alcance. Entre estas medidas adquieren especial relevancia los poderes y mandatos preventivos contemplados en los arts. 256 y ss. CC. Cualquier medida de apoyo voluntaria podrá ir acompañada de las salvaguardas necesarias para garantizar en todo momento y ante cualquier circunstancia el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona.

2) La guarda de hecho cuyo desarrollo se encuentra en los arts. 263 y ss. CC. Se trata de una medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente.

3) La curatela con la posibilidad de autocuratela propuesta por la persona discapacitada con las exigencias previstas en los arts. 271 y ss. CC, y el nombramiento del curador por parte de la autoridad judicial regulado en los arts. 275 y ss. CC. Estamos ante una medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen la ayuda de modo continuado. Su extensión vendrá

determinada en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo de conformidad con lo dispuesto en los arts. 268 y ss. CC. El ejercicio de la curatela se desarrolla en los art. 282 y ss. CC.

4) El nombramiento de defensor judicial de los arts. 295 y ss. CC. Es también una medida formal de apoyo y procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente.

Cuando una persona se encuentre en una situación que exija apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica de modo urgente y carezca de un guardador de hecho, el apoyo se prestará de modo provisional por la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada esta función. La entidad dará conocimiento de la situación al MF en el plazo de veinticuatro horas, tal y como dispone el art. 253 CC.

El proceso sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad se recoge en los arts. 756 y ss. LEC. Según el art. 757 LEC puede promoverlo la propia persona interesada, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, su descendiente, ascendiente o hermano. El MF deberá promover dicho proceso si estas personas mencionadas no existieran o no hubieran presentado la correspondiente demanda, salvo que concluyera que existen otras vías a través de las que la persona interesada pueda obtener los apoyos que precisa. Cuando con la demanda se solicite el inicio del procedimiento de provisión de apoyos, las medidas de apoyo correspondientes y un curador determinado, se le dará a este traslado de aquella a fin de que pueda alegar lo que considere conveniente sobre dicha cuestión. Asimismo, se contempla que las personas legitimadas para instar el proceso de adopción de medidas judiciales de apoyo o que acrediten un interés legítimo podrán intervenir a su costa en el ya iniciado, con los efectos previstos en el art. 13 LEC.

Por otra parte, el procedimiento de provisión de apoyos se realiza mediante una resolución judicial que debe determinar los actos para los que la persona con discapacidad requiera el apoyo, sin dar lugar a ninguna declaración de incapacitación ni de privación de derechos, sean estos personales, patrimoniales o políticos.

B) Medidas a adoptar en caso de personas con discapacidad respecto a aspectos patrimoniales

En la LPPPD se han previsto también las medidas a adoptar en caso de personas con discapacidad respecto a aspectos patrimoniales. En concreto se regula el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad, de modo que se favorece la constitución de este patrimonio y la aportación a título gratuito de bienes y derechos a la masa patrimonial, que queda inmediata y di-

rectamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona con discapacidad (arts. 3 y 4 LPPPD). Los bienes y derechos que forman este patrimonio, que no tiene personalidad jurídica propia, se aíslan del resto del patrimonio personal de su titular-beneficiario, sometiéndolos a un régimen de administración y supervisión específico. Se trata de un patrimonio de destino, en cuanto que las distintas aportaciones tienen como finalidad la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares (art. 5 LPPPD).

C) *La capacidad de obrar de las personas mayores en el Código Civil: consideraciones adicionales*

Si nos centramos en la capacidad de obrar de las personas mayores, esto es, en su aptitud para realizar válidamente actos y negocios jurídicos, debemos estimar, en primer lugar, que los hombres y las mujeres cuando tienen una edad avanzada no pierden de manera automática su libre albedrío, la autonomía de la voluntad y la capacidad para poder tomar decisiones propias, es decir, que la ancianidad no constituye una discapacidad *per se*⁽²⁵⁾. El envejecimiento es un proceso en el que la disminución de las capacidades cognitivas no impide que una persona ostente su autonomía de la voluntad y su capacidad de decisión⁽²⁶⁾.

La nueva regulación asumida en la LRLCP en relación con la persona anciana se adecua plenamente al art. 12.2 CDPD, que establece que «los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida», aunque su capacidad mental sea graduable y pueda requerir apoyos en función de su situación. Como afirma LECIÑENA IBARRA, el deterioro de la persona mayor en ningún caso justifica la privación o limitación de su capacidad jurídica, de su derecho a participar de manera plena y efectiva en la toma de las decisiones que le conciernen. Este deterioro solo pone en evidencia la necesidad de conseguir los apoyos necesarios para lograrlo que pueden ser diseñados por el propio sujeto en el ejercicio de la autonomía de su voluntad, con el fin de ordenar *ex ante* la toma de decisiones que le pudieran afectar en el futuro, tal y como se dispone en la CDPD. En este contexto, se reivindica el papel del notario que tiene que indagar en la voluntad concreta que ante él se manifieste⁽²⁷⁾.

(25) En el mismo sentido en relación con las causas de incapacitación, total o parcial, antes de la reforma operada por la LRLCP, *vid.* ALVENTOSA DEL RÍO, J. / COBAS COBIELLA, M. E., «Problemática de la capacidad de obrar durante el envejecimiento de la mujer», págs. 476 y 477; GARCÍA GARNICA, M. C., «Art. 199», pág. 2042; GARCÍA CANTERO, G., «La senectud: ¿estado civil de la persona?», pág. 112.

(26) *Vid.* ALVENTOSA DEL RÍO, J. / COBAS COBIELLA, M. E., «Problemática de la capacidad de obrar durante el envejecimiento de la mujer», pág. 477.

(27) *Vid.* LECIÑENA IBARRA, A., «Envejecimiento y discapacidad», pág. 65. Asimismo, también CORRAL BENEYTO, R., «La protección de las personas con discapacidad en el Derecho Español»,

2.4. La persona anciana discapacitada en el Código Penal

El CP contiene también una regulación específica cuando una persona de edad avanzada, desvalida o vulnerable aparece como sujeto activo o como sujeto pasivo en la realización de un hecho delictivo.

A) *La persona mayor discapacitada como sujeto activo del delito*

En el art. 91.1 CP se establece que cuando un condenado como sujeto activo de un delito hubiera cumplido la edad de 70 años o la cumpla durante la extinción de la condena, podrá obtener la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la concesión de la libertad condicional, siempre que reúna los requisitos exigidos en el art. 90 del mismo cuerpo legal. Cabe señalar que habría sido mejor utilizar la denominación «persona de edad avanzada» para incluir a personas con más de 60 años que puedan presentar una limitación de la capacidad funcional del ser humano, en consonancia con lo establecido por la OMS⁽²⁸⁾. Además, en el art. 91.3 CP se prevé que si el peligro para la vida del interno, a causa de su enfermedad o de su avanzada edad, fuera patente y se acredite, el juez o tribunal podrá acordar la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concederle la libertad condicional sin más trámite que requerir al centro penitenciario el informe de pronóstico final. El motivo por el que se adelanta la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la concesión de la libertad condicional en los supuestos indicados, reside en motivos humanitarios y en la menor necesidad de cumplimiento efectivo de la pena, al considerarse que existe un índice de peligrosidad muy escaso⁽²⁹⁾ por la mencionada limitación de la capacidad funcional del ser humano que puede conllevar tener una edad avanzada.

B) *La persona mayor discapacitada como sujeto pasivo del delito*

En la versión original del CP de 1995 se contemplaba una falta en el art. 619, ya derogada, que imponía la pena de multa de diez a veinte días a «los que dejaren de prestar asistencia o, en su caso, el auxilio que las circunstancias requieran a una persona de edad avanzada o discapacitada que se encuentre desvalida y dependa de sus cuidados.». Para poder ser sujeto pasivo de esta falta se exigía que la persona de edad avanzada se encontrara desvalida y dependiente de los cuidados del sujeto activo⁽³⁰⁾. El concepto de «persona de edad avanzada»

pág. 127; ALVENTOSA DEL RÍO, J. / COBAS COBIELLA, M. E., «Problemática de la capacidad de obrar durante el envejecimiento de la mujer», págs. 482 y ss.

(28) *Vid.* la referencia en n. 6.

(29) *Vid.* GRACIA MARTÍN, L. / ALASTUEY DOBÓN, C., «La ejecución de las penas privativas de libertad (Derecho penitenciario)», págs. 373 y 374.

(30) *Vid.* la SAP Burgos, Secc. 1.^a, 367/2015, de 7 octubre; SAP Sevilla, Secc. 7.^a, 381/2010, de 3 septiembre; SAP León, Secc. 2.^a, 99/2005, de 29 julio.

debía presentar las características de un «incapaz» antes de su modificación por la LO 1/2015, de 30 de marzo: «a los efectos de este Código se considera incapaz a toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma» (art. 25 CP). No era suficiente, entonces, con que el sujeto pasivo tuviera una edad avanzada sin más.

Actualmente, en la reciente reforma de nuestro texto punitivo operada por la LOPIIA, se ha introducido en la circunstancia agravante del art. 22.4 un nuevo motivo discriminatorio que agrava la comisión de un delito centrado en la edad de la víctima, en la que cabe incluir el colectivo de las personas de edad avanzada. En algunos delitos de la PE encontramos determinadas agravaciones del desvalor del hecho cuando las víctimas son «personas desvalidas», «personas especialmente vulnerables por razón de su edad, enfermedad o discapacidad», o «personas discapacitadas necesitadas de especial protección» en las que cabe encuadrar a sujetos pasivos que tienen una edad avanzada⁽³¹⁾. Todas estas referencias incorporan un idéntico desvalor: al sujeto activo le resulta más fácilmente accesible el bien jurídico involucrado en una concreta relación social en tales situaciones, por la indefensión que sufre la víctima en la comisión de un hecho delictivo⁽³²⁾. El reconocimiento de un desvalimiento, de una vulnerabilidad por razón de la edad, la enfermedad o la discapacidad, o de una discapacidad necesitada de una especial protección en el ámbito penal, debe determinarse en cada caso en función de cuál sea la posición del sujeto pasivo en un determinado contexto y en relación con el ámbito de protección del correspondiente tipo delictivo⁽³³⁾. El desvalimiento o la vulnerabilidad por razón de la edad alude a una limitación evidente de la capacidad funcional del ser humano por tener una edad avanzada. El desvalimiento o la vulnerabilidad por la enfermedad se origina por la presencia de una alteración de la salud, ya sea de carácter permanente o transitorio, según un diagnóstico clínico que ponga a la víctima en una situación de indefensión. En relación con la discapacidad el CP ofrece una definición propia. En el art. 25 se establece que «a los efectos de este Código se entiende por discapacidad aquella

(31) Esta técnica legislativa es utilizada en la mayoría de los CP europeos. *Vid.* ALONSO ÁLAMO M. / JAVATO MARTÍN, A. M.^a, «Protección penal de las personas mayores. Cuestiones de técnica legislativa», págs. 55 y ss.

(32) *Vid.* GRACIA IBÁÑEZ, J., *El maltrato familiar hacia las personas mayores*, págs. 113 y ss.

(33) *Vid.* MARTÍNEZ GARAY, L., «Concepto penal de discapacidad y de persona con discapacidad necesitada de especial protección (Art. 25)», págs. 144 y 145 en relación con el actual concepto de discapacidad. En cuanto al concepto de incapaz recogido en el art. 25 antes de la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, *vid.* GRACIA MARTÍN, L., «Art. 153», pág. 443; SANTANA VEGA, D. M.^a, «Protección jurídico-penal de las personas con discapacidad y de las personas mayores (I)», pág. 347.

situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Asimismo a los efectos de este Código, se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente.»⁽³⁴⁾. Es necesario distinguir, por un lado, entre la discapacidad en sentido amplio, cuyo presupuesto es, por tanto, el padecimiento de deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales⁽³⁵⁾ de carácter permanente, y su efecto es la limitación o el impedimento para participar plena y efectivamente en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás al interactuar con diversas barreras. El presupuesto de esta discapacidad coincide materialmente con el de persona con discapacidad de la LPPPD y con el de una dependencia de la LAPAD, de modo que estos conceptos están orientados para dispensar una protección a las personas que tienen dificultades para ejercer materialmente acciones o tareas por sí

(34) En el Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, se dispone que «Las personas con discapacidad deben ser objeto de una protección penal reforzada en atención a su especial vulnerabilidad. Las normas del CP que sirven a este fin deben ser adecuadas a la CDPD hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que pretende prevenir las conductas discriminatorias que puedan impedirles el disfrute de sus derechos en igualdad de condiciones. Es preciso llevar a cabo una adecuación de la referida CDPD a nuestro CP, y ello exige una actualización de los términos empleados para referirse a las personas con discapacidad. El texto original del CP se refiere impropiamente a “minusvalía” o a “incapaces”, una terminología ya superada en nuestro ordenamiento jurídico con anterioridad a la CDPD, desde la aprobación de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y que debe sustituirse por los términos más adecuados de “discapacidad” y de “persona con discapacidad necesitada de una especial protección”. A tal fin, se modifica el art. 25 para actualizar tales términos y ofrecer una definición más precisa de las personas que constituyen objeto de una especial protección penal. Tal modificación encuentra plena consonancia con lo establecido en la LAPAD, que establece en su disposición adicional octava que las referencias que en los textos normativos se efectúan a “minusválidos” y a “personas con minusvalía”, se entenderán realizadas a “personas con discapacidad”. Y para mayor claridad y refuerzo de esta previsión, con la reforma se decide incorporar un apartado para que todas las referencias hechas en el CP al término “minusvalía” se sustituyan por el término “discapacidad”, y que el término “incapaz” se sustituya por el de “persona con discapacidad necesitada de especial protección”.».

(35) Sobre estas deficiencias *vid.* VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., «La protección penal de las personas con discapacidad», págs. 95, 96 y 97.

solas, o que necesitan otros apoyos para ejercer su autonomía personal⁽³⁶⁾. Por otro lado, en el art. 25, segundo inc., CP existe un concepto novedoso y más restringido que el anterior, el de persona discapacitada necesitada de especial protección, cuyo presupuesto es el padecimiento de deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente, y su efecto es la necesidad de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses. El concepto penal de discapacidad necesitada de especial protección suponía más una aproximación al concepto civil de incapacitado⁽³⁷⁾ acuñado normativamente antes de la LRLCP.

Las dos definiciones de discapacidad acogidas en el CP implican, en todo caso, una situación de vulnerabilidad de la víctima, que permite configurar diversos tipos penales o agravar la pena de los ya existentes. El fundamento de esta configuración o agravación basada en la vulnerabilidad de la víctima por una discapacidad en sentido amplio o por una discapacidad con necesidad de especial protección reside, como ha destacado TAMARIT SUMALLA, en que las personas con discapacidad constituyen uno de los colectivos «de riesgo», en el sentido de padecer tasas de victimización superiores a la población general⁽³⁸⁾. No se puede negar que una persona discapacitada por el padecimiento de deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente, p. ej., una persona mayor que precisa apoyo para ejercer materialmente acciones o tareas cotidianas o para ejercer su autonomía personal, se encuentra en una situación de mayor vulnerabilidad que puede facilitar la accesibilidad al bien jurídico involucrado en una determinada relación social por parte un determinado sujeto activo. Asimismo, una discapacidad necesitada de una especial protección evidencia una vulnerabilidad que se define, en particular, por la necesidad de asistencia o apoyo que tiene, p. ej., una persona de edad avanzada, para el ejercicio de su capacidad jurídica, y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente. Debe subrayarse que si esta

(36) Vid. MARTÍNEZ GARAY, L., «Concepto penal de discapacidad y de persona con discapacidad necesitada de especial protección (Art. 25)», pág. 134, aunque también plantea diferencias con el concepto de discapacidad o dependencia acuñado en la LAPAD.

(37) Vid. MARTÍNEZ GARAY, L., «Concepto penal de discapacidad y de persona con discapacidad necesitada de especial protección (Art. 25)», pág. 136; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., «La protección penal de las personas con discapacidad», pág. 98. Considera, sin embargo, que en lo sustancial los conceptos de discapacidad penal y civil se remiten a la misma realidad material TAMARIT SUMALLA, J. M.^a, «El nuevo tratamiento de las personas con discapacidad: ¿tan solo una cuestión conceptual?», pág. 71.

(38) Vid. TAMARIT SUMALLA, J. M.^a, «El nuevo tratamiento de las personas con discapacidad: ¿tan solo una cuestión conceptual?», pág. 75. Vid. también IBORRA MARMOLEJO, I., «Factores de riesgo del maltrato de personas mayores en la familia en población española», pág. 52.

vulnerabilidad se relaciona con deficiencias de carácter transitorio, no estaremos ante una discapacidad en el ámbito penal. No obstante, cuando la víctima padezca una deficiencia de carácter transitorio por una enfermedad, estaremos ante «personas desvalidas» o «personas especialmente vulnerables por razón de su enfermedad», y deberá desvalorarse dicha vulnerabilidad si ha sido recogida en el tenor literal del correspondiente delito, o también a través de algunas circunstancias agravantes genéricas del art. 22 CP como la alevosía, el abuso de superioridad o el abuso de confianza⁽³⁹⁾. El desvalimiento, la vulnerabilidad por la edad, enfermedad o discapacidad, o la discapacidad necesitada de especial protección deben ser objeto de interpretación, debiendo comprobarse en cada caso si la situación de la víctima se corresponde con el fundamento de la protección reforzada que se dispensa en el CP⁽⁴⁰⁾.

Seguidamente, estudiaremos la tipología delictiva en la que aparecen los ancianos como «personas desvalidas», como «personas especialmente vulnerables por razón de su edad, enfermedad o discapacidad», o como «personas discapacitadas necesitadas de especial protección». Comenzaremos por aquellos delitos en los que existe violencia contra las personas mayores⁽⁴¹⁾ que tiene lugar, predominantemente, en el ámbito familiar o en instituciones como las residencias geriátricas encargadas del cuidado de la persona anciana, un problema emergente sobre el que hoy en día existe una gran carencia de investigaciones y estudios⁽⁴²⁾, si bien es cierto que genera una gran alarma social cuando aparece en los medios de comunicación. En cualquiera de estos dos ámbitos el ejercicio de violencia física o psíquica sobre la persona anciana desvalida o vulnerable, puede ser realizado con carácter puntual o habitualmente y se agrupa bajo la etiqueta «violencia doméstica, afectiva o similar», si entre el sujeto activo y la víctima existe una de las relaciones típicas descritas en el art. 173.2 CP. En primer lugar, destacan las relaciones conyugales o de afectividad análogas, aun sin convivencia, presentes o pasadas, que alcanzan a toda clase de parejas homosexuales o heterosexuales. Si se ejerce violencia física o psíquica a una víctima —anciana o no, desvalida o vulnerable o no—, por parte de su pareja,

(39) Vid. MARTÍNEZ GARAY, L., «Concepto penal de discapacidad y de persona con discapacidad necesitada de especial protección (Art. 25)», pág. 140.

(40) Vid. de manera similar MARTÍNEZ GARAY, L., «Concepto penal de discapacidad y de persona con discapacidad necesitada de especial protección (Art. 25)», págs. 143 y 144.

(41) La denominación de este fenómeno es muy variada: violencia contra las personas mayores, maltrato de las personas mayores y, en menor medida, maltrato a ancianos. También se habla de negligencia y maltrato a personas ancianas. Desde una perspectiva esencialmente sociosanitaria se alude al síndrome del anciano maltratado. Vid. GRACIA IBÁÑEZ, J., *El maltrato familiar hacia las personas mayores*, págs. 88 con referencias bibliográficas.

(42) Vid. GRACIA IBÁÑEZ, J., *El maltrato familiar hacia las personas mayores*, pág. 14; MORILLAS FERNÁNDEZ, D., «Malos tratos a personas mayores: otra forma de violencia», *passim*.

nos encontraremos ante esta clase de «violencia doméstica, afectiva o similar», que será, además, «violencia de género» de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1 de la LOVG, si el agresor es un hombre y la víctima una mujer pareja o ex pareja, aunque no haya existido convivencia. En segundo lugar, se señalan las relaciones entre el sujeto activo con descendientes, ascendientes o hermanos, ya sean propios o del cónyuge o conviviente, sin que sea necesario que concorra el requisito de la convivencia. Estaremos ante este tipo de violencia si un descendiente maltrata a un ascendiente —anciano o no, desvalido o vulnerable o no—. Un tercer grupo de relaciones son las mantenidas con menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, vinculados directamente al sujeto activo a través de la convivencia con él o vinculados al mismo sólo mediatamente porque se encuentren sujetos a la patria potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de su cónyuge o conviviente⁽⁴³⁾. Se incluyen, entonces, violencias físicas o psíquicas ejercidas sobre una víctima —anciana o no, que necesite asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente—, por parte del sujeto activo que conviva con dicha víctima, o vinculado con ella porque ostenta la patria potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de su cónyuge o conviviente. El cuarto grupo de relaciones comprende a toda persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de convivencia familiar con el sujeto activo, mantengan o no vínculos familiares. Cabe incluir en este apartado el maltrato físico o psíquico que sufre, p. ej., una víctima anciana dependiente o discapacitada por parte de una persona contratada para su cuidado y atención diurno y/o nocturno. El quinto y último grupo de relaciones típicas del art. 173.2 CP se refiere a las establecidas con personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados. Se está pensando en centros para menores o ancianos⁽⁴⁴⁾. Conviene destacar que en diversos estudios realizados, se ha puesto de relieve que las agresiones de

(43) Por vía interpretativa también se considera necesaria la convivencia en todos los supuestos del grupo tercero; *vid.* MUÑOZ SÁNCHEZ, J., «Arts. 173-177», págs. 109 y 110, siguiendo una tesis ya formulada previamente por GRACIA MARTÍN pues considera que si no se da la relación de convivencia difícilmente puede fundamentarse la relación de dominio y sujeción que define lo injusto específico del delito previsto actualmente en el art. 173.2 CP. Sin embargo, la relación de dominio no depende de la convivencia tras la última reforma en una buena parte de las relaciones incluidas en el art. 173.2, sino que puede venir definida también por otras formas de relación entre las personas y por dependencias de diverso orden.

(44) *Vid.* BOLDOVA PASAMAR, M. A. / RUEDA MARTÍN, M.^a A., «El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo o similar tras las reformas de 2003 del código penal español», págs. 19-21.

personas ancianas con dependencia proceden normalmente de los descendientes, mientras que las personas ancianas sin dependencia sufren más maltrato a manos de sus parejas⁽⁴⁵⁾.

Desde un punto de vista material el ejercicio de violencia física o psíquica, puntual o habitual constitutivo de «violencia doméstica, afectiva o similar», puede revestir distintas manifestaciones delictivas. A continuación, se van a exponer estas concretas manifestaciones ubicadas en la PE del CP que conllevan una agravación de la pena en función de ciertas condiciones de la víctima, entre las que se halla su desvalimiento o vulnerabilidad por razón de la edad, enfermedad o discapacidad. Comenzamos por el delito de asesinato que contempla una agravación del hecho con la pena de prisión permanente revisable, según el art. 140, cuando «la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad.». Destaca en esta agravación la inclusión de tres causas distintas —la edad, enfermedad o discapacidad— como definitorias de una situación de especial vulnerabilidad, que debe ser buscada deliberadamente por parte del sujeto activo con el fin de asegurar la ejecución del hecho sin riesgo para él⁽⁴⁶⁾. La referencia a la edad de la víctima se centra en personas ancianas que presenten por esta circunstancia una especial vulnerabilidad⁽⁴⁷⁾, como factor que condiciona y limita la capacidad funcional de un ser humano por el transcurso del tiempo. Como afirma ROMEO CASABONA, lo decisivo son los efectos que produzcan la enfermedad, la discapacidad o una edad avanzada en la capacidad de manejarse del sujeto física o mentalmente y no la gravedad de estos factores⁽⁴⁸⁾. Como se ha indicado anteriormente, el reconocimiento de una vulnerabilidad por razón de la edad, la enfermedad o la discapacidad en el ámbito penal debe determinarse en cada caso en función de cuál sea la posición del sujeto pasivo dentro de un determinado contexto y en relación con el ámbito de protección del correspondiente tipo delictivo⁽⁴⁹⁾.

Por otra parte, la LOVG incorporó en determinados delitos contra las personas una nueva agravante específica basada en la «especial vulnerabilidad de la víctima que conviva con el autor», junto a la denominada violencia de género, aunque no proporcionó pautas materiales para su determinación. En distintas

(45) Vid. COONEY / MORTIMER, «Elder abuse and dementia: A pilot study», págs. 276-283; GONZÁLEZ, J. A. / FLÓREZ, F. J. / GONZÁLEZ, A. / GARCÍA, D. / SALGADO, A.: «Malos tratos al anciano», págs. 105-119; IBORRA MARMOLEJO, I., «Factores de riesgo del maltrato de personas mayores en la familia en población española», pág. 53.

(46) Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J./VENTURA PÜSCHEL, A., «Delitos contra la vida humana independiente: homicidio y asesinato (arts. 138, 139, 140 y 140 bis)», pág. 322.

(47) Vid. ROMEO CASABONA, C. M.^a, «Capítulo 1. El homicidio y sus formas», págs. 14 y 15.

(48) Vid. ROMEO CASABONA, C. M.^a, «Capítulo 1. El homicidio y sus formas», págs. 14 y 15.

(49) Vid. *supra* n. 32.

resoluciones jurisprudenciales se han considerado de tal modo a víctimas de maltratos de obra de edad avanzada, en concreto mujeres, porque tenían un precario estado de salud psicofísico con un importante deterioro funcional, una pseudodemencia depresiva con síntomas psicóticos y un deterioro cognitivo⁽⁵⁰⁾, o Alzheimer⁽⁵¹⁾. En la evaluación de la especial vulnerabilidad de la víctima deben considerarse los efectos que produzca la situación que origina tal vulnerabilidad en la capacidad de manejarse del sujeto física o mentalmente. En la apreciación de esta circunstancia agravante sí que se requiere la convivencia de la víctima vulnerable con el autor, con independencia de la relación personal que pueda existir entre ellos: parentesco, guardadores, cuidadores, etc. Según la FGE, por convivencia deberá entenderse tanto la de carácter permanente como la que tiene lugar periódicamente, como p. ej. la derivada de la estancia temporal de padres ancianos en casa de los hijos, entre otros supuestos⁽⁵²⁾. Esta agravación se introdujo únicamente en aquellos delitos consistentes en golpes o maltratos de obra sin causar lesión, menoscabos psíquicos o lesiones que no necesiten objetivamente para su sanación un tratamiento médico o quirúrgico subsumibles en el art. 153.1 CP, lesiones que requieran objetivamente para su sanación, además de una primera asistencia facultativa, un tratamiento médico o quirúrgico de acuerdo con el art. 148.5 CP —aquí la agravación es facultativa—⁽⁵³⁾, amenazas leves del art. 171.4 CP y coacciones leves del art. 172.2 CP. En estos tipos delictivos el abuso de la posición de dominio fáctico que ejerce el sujeto activo sobre la víctima especialmente vulnerable fundamenta la mayor punición que reciben estos comportamientos, ya que el bien jurídico protegido se halla directamente bajo el radio de acción del sujeto activo por la relación de dependencia física o mental del sujeto pasivo.

En el delito de detenciones ilegales o secuestros del art. 165 CP se establece la agravación de la pena que corresponda, cuando «la víctima fuere menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección.». Recordemos que una discapacidad necesitada de una especial protección evidencia una vulnerabilidad que se define más particularmente por la necesidad de asistencia

(50) Vid. la SAP Zaragoza, Secc. 1.ª, nº. 121/2014, de 31 marzo.

(51) Vid. la SAP Almería, Secc. 3.ª, nº. 152/2007, de 22 mayo.

(52) Vid. la Circular 4/2005, de 18 de julio, de la Fiscalía General del Estado relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género, pág. 12.

(53) En el art. 148.3 se establece que las lesiones previstas en el apartado 1º del art. anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido «si la víctima fuere menor de doce años o persona con discapacidad necesitada de especial protección.». Si se producen lesiones de este tipo y la víctima es una persona anciana con discapacidad necesitada de especial protección, se podrá aplicar esta agravación cuando el agresor no conviva la víctima.

o apoyo que tiene el ser humano para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente. En este tipo delictivo agravado podrían haberse incluido también aquellas víctimas simplemente discapacitadas a tenor de lo dispuesto en el art. 25, primer inc., CP, esto es, personas discapacitadas por el padecimiento de deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente, que precisen apoyos para ejercer materialmente acciones o tareas cotidianas o para ejercer su autonomía personal. Pensemos en una persona anciana con deficiencias físicas de carácter permanente por las que necesita desplazarse en silla de ruedas, con muletas u otro tipo de apoyos, que es encerrada por parte de su familia en su domicilio, privándole de su libertad en contra de su voluntad. Su vulnerabilidad es análoga a la de un menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección, y el desvalor del atentado a su libertad ambulatoria fundamentaría la aplicación de esta agravación. Asimismo, si el reo de detención ilegal o secuestro no da razón del paradero de la persona detenida, será castigado con una pena de quince a veinte años de prisión, en el caso de detención ilegal, y de veinte a veinticinco años de prisión, en el de secuestro, cuando «la víctima fuera menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección», tal y como prevé el art. 166.2 CP. En este tipo delictivo agravado también podrían haberse incluido aquellas víctimas discapacitadas en sentido amplio según el art. 25, primer inc., CP. Por otra parte, en el delito de acoso llevado a cabo de forma insistente y reiterada sobre una persona, y sin estar legítimamente autorizado, mediante alguna de las conductas indicadas en el art. 172 ter CP, se agrava la pena «si se trata de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación.». Esta fórmula describe las diversas causas de vulnerabilidad en la que se puede encontrar una persona y aunque no aparezca la alusión a la discapacidad, en el término «situación» queda comprendida.

Una atención especial merece el delito de violencia doméstica, afectiva o similar con carácter habitual castigado en el art. 173.2 CP. Las notas que definen este tipo delictivo de violencia habitual son la existencia de un determinado vínculo entre el sujeto activo y el pasivo, que hemos descrito anteriormente, el empleo de violencia física o psíquica, y la habitualidad de ésta, elemento decisivo que dota de independencia a la figura de delito del art. 173.2 y que lo convierte en delito autónomo respecto de la concreta manifestación que suponga el ejercicio de violencia física o psíquica⁽⁵⁴⁾. La violencia física o psí-

(54) Vid. sobre la exposición siguiente BOLDOVA PASAMAR, M. A. / RUEDA MARTÍN, M.^a A., «El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo o similar tras las reformas de 2003 del código penal español», págs. 11 y ss.

quica puede adoptar la forma de cualquier delito contra las personas, y ello es posible porque lo que se castiga en el art. 173.2 CP no son esos delitos de contenido violento practicados contra todos o alguno de los miembros del grupo familiar, afectivo o similar, sino el hecho de obrar de ese modo con habitualidad dentro de aquel círculo de personas. La autoría de este delito se circunscribe a aquellos sujetos que ejercen una posición dominante en el grupo familiar, afectivo o similar, en el que se encuentran involucrados determinados bienes jurídicos como la vida, la integridad corporal y la salud, la libertad, etc., y por ello son más vulnerables ante estos sujetos activos en este tipo relaciones familiares, afectivas o similares. La posición de dominio especialmente destacada en estos comportamientos delictivos cuando la víctima es una persona anciana se fundamenta en la existencia de una relación de dependencia por motivos económicos o de una dependencia física o psíquica para tomar decisiones que afecten a la vida personal de la víctima, etc. O bien, se fundamenta en la existencia de una relación de confianza cuando una parte asume (o se le adjudica) la responsabilidad del cuidado y la protección de una persona mayor, o cuando la relación en su contexto social crea una expectativa de cuidado o de protección, de manera que en esa posición de dominio se menoscaban más fácilmente los mencionados bienes jurídicos⁽⁵⁵⁾. Como se ha indicado, la característica fundamental del delito previsto en el art. 173.2 es la habitualidad en el ejercicio de los actos típicos. El art. 173.3 CP establece un concepto auténtico de habitualidad: «para apreciar la habitualidad a que se refiere el párrafo anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este art., y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.». La habitualidad exige una proximidad temporal entre los actos, y por tanto la existencia de un «estado de agresión permanente» o un «clima de sistemático maltrato»⁽⁵⁶⁾. El elemento de la habitualidad, aun teniendo una base claramente objetiva (que la jurisprudencia ha venido fijando en tres actos o más), evidencia un elemento subjetivo de lo injusto de tendencia interna, esto es, la inclinación o hábito a la reiteración del ejercicio de los actos típicos⁽⁵⁷⁾.

(55) Vid. GRACIA IBÁÑEZ, J., *El maltrato familiar hacia las personas mayores*, págs. 111 y ss., págs. 114 y ss. Vid., con carácter más general, sobre este delito en particular RUEDA MARTÍN, M.^a A., *La violencia sobre la mujer en su relación de pareja con un hombre*, pág. 53.

(56) Vid., p. ej., la síntesis de esta postura mencionada en la STS 2.^a, 1366/2000, de 7 de septiembre.

(57) En sentido semejante, vid. las SSTS 2.^a, 927/2000, de 24 de junio; 1162/2004, de 15 de octubre; 1309/2005, de 11 de noviembre; 716/2009, de 2 de julio; 149/2019, de 19 marzo y 336/2019, de 2 julio.

En diversos delitos contra la libertad e indemnidad sexuales también se agrava la pena «cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, salvo lo dispuesto en el artículo 183», como sucede en los arts. 180.1 y 181.5 CP. En la STS 2.^a, 224/2003, de 11 febrero, se señala que la vulnerabilidad de la víctima se predica de unos factores evaluables legalmente en atención a las causas citadas, «de modo, que la edad puede ser muy escasa o elevada, pero lo importante es que tal edad incida en la eventual vulnerabilidad de su personalidad, a causa solamente de ese dato, o bien que tal estado potencial de agresión a causa de lo vulnerable de su condición se predique de la enfermedad que padezca, cualquiera que sea su edad, o incluso, de las condiciones objetivas de la comisión delictiva, por la situación en que se encuentre, que debe ser interpretado como algo externo a su personalidad.». La misma agravación se establece en los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual del art. 188.3 CP⁽⁵⁸⁾. En el art. 191.1 CP

-
- (58) En el art. 188 CP se tipifica como delito «1. El que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o se lucre con ello, o explote de algún otro modo a un menor o a una persona con discapacidad para estos fines, será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses. Si la víctima fuera menor de dieciséis años, se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses. 2. Si los hechos descritos en el apartado anterior se cometieran con violencia o intimidación, además de las penas de multa previstas, se impondrá la pena de prisión de cinco a diez años si la víctima es menor de dieciséis años, y la pena de prisión de cuatro a seis años en los demás casos. 3. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: a) Cuando la víctima se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia. b) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se hubiera prevalido de una situación de convivencia o de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima. c) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. En este caso se impondrá, además, una pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años. d) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima. e) Cuando los hechos se hubieren cometido por la actuación conjunta de dos o más personas. f) Cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades. 4. El que solicite, acepte u obtenga, a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, será castigado con una pena de uno a cuatro años de prisión. Si el menor no hubiera cumplido dieciséis años de edad se impondrá una pena de dos a seis años de prisión. 5. Las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las infracciones contra la libertad o indemnidad sexual cometidas sobre los menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección.».

se dispone que para proceder por los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales, cuando la víctima sea persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, bastará la denuncia del MF. La referencia a una persona desvalida permite incluir cualquier vulnerabilidad de la que quepa deducir una indefensión de la víctima.

Igualmente, en los delitos de descubrimiento y revelación de secretos (art. 197.5 y 7 CP) se prescribe una agravación de la pena de la correspondiente infracción, cuando la víctima sea «una persona con discapacidad necesitada de especial protección.». Si la víctima es una persona anciana con discapacidad necesitada de especial protección, se requiere que tenga una asistencia o un apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente. Habría sido más adecuado que también se incluyera a cualquier víctima desvalida, en consonancia con la condición objetiva de perseguibilidad del art. 191.1 CP.

Otro grupo de infracciones penales que pueden evidenciar un maltrato en los que el sujeto pasivo puede ser una persona desvalida o vulnerable por su edad, enfermedad o discapacidad, son los delitos contra los derechos y deberes familiares. En el art. 223 se castiga la no presentación de la persona con discapacidad necesitada de especial protección a sus guardadores sin justificación para ello, cuando fuere requerido por ellos. Dentro del término guardadores quedan comprendidos 1) los tutores siempre que, siendo titulares de la guarda material, además de velar por la persona discapacitada necesitada de especial protección decidan tenerla en su compañía; 2) los acogedores residenciales o familiares, incluso si dicho acogimiento es simple o provisional, pues tienen un título legal de guarda, si bien derivado en ocasiones de la tutela que ejerce la correspondiente entidad pública; 3) los guardadores de hecho, entre cuyos deberes se encontrará normalmente el de la guarda material; y 4) todas aquellas personas que por disposición legal o judicial hayan accedido a la guarda material del discapacitado necesitado de especial protección⁽⁵⁹⁾. Se incluyen, por tanto, también como sujetos activos de esta omisión delictiva a los «delegados del guardador», es decir, a aquellas personas a las que los guardadores encomienden temporalmente el cuidado del mencionado discapacitado, para que en su nombre ejerzan sobre él la guarda material o incluso ulteriores funciones de guarda personal, sin adquirir en ningún momento la titularidad de las funciones de guarda delegadas, como puede suceder con el personal en internamientos hospitalarios⁽⁶⁰⁾. Asimismo se incluyen como sujetos activos de este comportamiento delictivo a quienes han asumido la guarda material como consecuencia

(59) Vid. Díez Ripollés, J. L., «Arts. 223-225», págs. 1154 y 1155.

(60) Vid. Díez Ripollés, J. L., «Arts. 223-225», pág. 1156.

de un apoderamiento ilícito del discapacitado necesitado de especial protección⁽⁶¹⁾. En el art. 224 se penaliza la inducción a una persona con discapacidad necesitada de especial protección a que abandone el domicilio familiar o lugar donde resida con anuencia de sus guardadores. En estos tipos delictivos recogidos en los arts. 223 y 224 CP, la limitación del sujeto pasivo a una persona discapacitada necesitada de especial protección que puede ser anciana, es acorde con la protección del bien jurídico protegido, esto es, la seguridad personal de dicha persona en el marco del área de guarda — art. 223—⁽⁶²⁾, y de la que disfruta mientras se mantiene dentro del área de convivencia o en la medida en que es susceptible de reintegro a ella en todo momento — art. 224—⁽⁶³⁾.

Por otra parte, en el art. 226 CP se tipifica como delito, en primer lugar, la conducta consistente en dejar de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes, entre otros, a la tutela o guarda, destinados de modo directo a asegurar las condiciones materiales y morales necesarias para garantizar la integridad personal de la víctima⁽⁶⁴⁾, fundamentalmente, procurar alimentos si se trata de una persona de edad avanzada. En segundo lugar, se penaliza la conducta consistente en dejar de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus ascendientes que se hallen necesitados, entre otros sujetos pasivos, por lo que se incluye la prestación de lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica si la víctima es una persona anciana⁽⁶⁵⁾. La necesidad tiene que interpretarse como una parte de la descripción de la situación generadora del deber⁽⁶⁶⁾. Pese a que la rúbrica de la sec. 3.^a alude expresamente como sujeto pasivo a las «personas con discapacidad necesitadas de especial protección», en el tenor literal de las dos conductas tipificadas como delito, sin embargo, no aparece mencionado dicho sujeto pasivo. Entendemos que la referencia a la necesidad como una parte de la descripción de la situación generadora del deber, permite concluir que el ámbito de protección de la norma recogida en el art. 226 abarca más aspectos que los integrados en el concepto de discapacidad necesitada de una especial protección a causa de las deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente de la víctima, según lo previsto en el art. 25 CP. Más bien las víctimas necesitadas parecen personas desvalidas de acuerdo con el art. 228 CP, que establece que el delito del art. 226 es perseguible con la denuncia del MF si la víctima es una persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida.

(61) Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Arts. 223-225», pág. 1157.

(62) Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Arts. 223-225», pág. 1142.

(63) Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Arts. 223-225», pág. 1145.

(64) Vid. LAURENZO COPELLO, P., «Art. 226», pág. 1247.

(65) Vid. LAURENZO COPELLO, P., «Art. 226», pág. 1255.

(66) Vid. LAURENZO COPELLO, P., «Art. 226», pág. 1256.

En el art. 229 CP se castiga el abandono de una persona con discapacidad necesitada de especial protección por parte de la persona encargada de su guarda. Si el abandono fuere realizado por los tutores o guardadores legales, o si cuando por las circunstancias del abandono se haya puesto en concreto peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual de la persona con discapacidad necesitada de especial protección, sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyera otro delito más grave, se agrava la pena⁽⁶⁷⁾. Según la STS 2.^a, 1138/2003, de 12 septiembre, «el concepto “encargado de su guarda” ha de interpretarse, no con referencia a la situación concreta de guardador de hecho, a la que ahora se refieren los arts. 303 y 304 CC, sino, con una mayor amplitud, a cualquier persona que está de hecho ejerciendo labores de custodia de un menor (o incapaz —art. 229—), de tal manera que ha de considerarse comprendido en los amplios términos aquí utilizados por el legislador quien por cualquier título, oneroso o gratuito, o incluso sin título alguno, tiene de hecho a su cargo el cuidado de una de estas personas tan necesitadas de protección.»⁽⁶⁸⁾. En el art. 230 CP se castiga el abandono temporal de una persona con discapacidad necesitada de especial protección. En estos tipos delictivos de los arts. 229 y 230 CP, la limitación del sujeto pasivo a una persona discapacitada necesitada de especial protección se relaciona con el bien jurídico protegido, la seguridad personal, que se vincula al deber de guarda o custodia ejercitado a través del mantenimiento de dicha persona dentro del área de convivencia que le es propia y con la vigilancia consiguiente⁽⁶⁹⁾. No obstante, en estos tipos delictivos podrían haberse incluido también como sujetos pasivos a aquellas víctimas discapacitadas por el padecimiento de deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente, que puede verse limitada o impedida para participar plena y efectivamente en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás al interactuar con diversas barreras, a tenor de lo dispuesto en el art. 25, primer inc., CP, sin que requieran asistencia o apoyo para

(67) Vid. la SAP Sevilla, Secc. 7.^a, 321/2004, de 11 junio, que castiga a los responsables de una residencia geriátrica que dejan a la víctima de 98 años aquejado de demencia senil en pésimas condiciones higiénicas.

(68) Vid. Díez RIPOLLÉS, J. L., «Arts. 229-233», págs. 1325 y 1326. También se indica en la STS 2.^a, 1138/2003, de 12 septiembre, que «el abandono existe, no sólo cuando se deja a un niño (o incapaz) a su suerte desvinculándolo de su entorno habitual, de modo que queda excluido de la esfera de los cuidados que venía recibiendo... Pero también existe abandono, y este es el caso presente, cuando un menor (o incapaz) no recibe las debidas atenciones por parte de quien lo está cuidando, de modo que llega a encontrarse en una situación tan extrema que hasta vulgarmente se habla de abandono por parte de esa persona que le cuida y lo hace sin la dedicación adecuada. Parece que la primera modalidad se corresponde con la figura del delito instantáneo, mientras que la segunda se comete por acciones u omisiones que se desarrollan en un período de tiempo más o menos prolongado.»

(69) Vid. Díez RIPOLLÉS, J. L., «Arts. 229-233», págs. 1317 y 1318.

el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente. Pensemos en una persona anciana con deficiencias físicas de carácter permanente que es abandonada por parte de la persona encargada de su guarda. Su vulnerabilidad es análoga a la de un menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección, y el desvalor del comportamiento y del atentado al bien jurídico protegido cuando se trate de este tipo de víctimas fundamentaría la aplicación de estos delitos⁽⁷⁰⁾.

Otro grupo de infracciones penales que pueden revelar un maltrato familiar en el que el sujeto pasivo puede ser una persona anciana desvalida o vulnerable por su edad, enfermedad o discapacidad, es el de los delitos contra el patrimonio en los que el abuso de las condiciones personales de la víctima o de su situación de desamparo agrava la pena, tanto en el delito de hurto tipificado en el art. 235.1 6º CP como en el delito de robo del art. 240.2 del mismo texto legal. Asimismo en la determinación del perjudicado por un «engaño bastante» que produzca un error en la víctima en el delito de estafa del art. 248 CP, se tiene en cuenta si el sujeto pasivo estaba en condiciones de adoptar medidas de protección por sí mismo, lo que nos conduce a una situación de desvalimiento o vulnerabilidad por las razones indicadas si no las ha podido adoptar. P. ej., en la STS 2.^a, 328/2015, de 2 junio, se concluyó que la víctima de edad avanzada y enferma en grado moderado de Alzheimer era susceptible de ser engañada al no estar en condiciones de autoproteger su patrimonio ante acechanzas de terceros. En concreto, se apunta que circunstancias personales como el deterioro importante que tal patología había ejercido en las funciones psíquicas de la víctima, la inexistencia de recursos psíquicos necesarios para una vida autónoma e independiente, y el hecho de no poder cuidar la víctima de sí misma ni subvenir a sus necesidades, «permiten reducir al mínimo el ardid o engaño exigible que parte de la acusada para alcanzar sus propósitos apropiativos, ya que el incipiente enfermo de Alzheimer necesitaba de pocas artimañas para confiar en la acusada que se reveló como una persona que espontáneamente estaba dispuesta a prestar ayuda al discapacitado D. Marcelino, sin que ello y debido a sus limitaciones le permitieran sospechar que las intenciones de la acusada eran apoderarse del dinero de las extracciones bancarias. El engaño precisamente consistió en el auxilio y ayuda que desinteresadamente se ofreció a prestar la acusada acompañando al ofendido a las entidades bancarias, ante cuyo acto de altruismo no hizo sospechar nada anómalo a aquél... Existió, por tanto, engaño aunque mínimo, pero suficiente para vencer la débil autoprotección del ofendido. Esta Sala en supuestos de discapacidad que ofrecen dudas sobre aptitud de raciocinio o entendimiento de la víctima, ha considerado que, cuando ésta se

(70) Vid. MARTÍNEZ GARAY, L., «Concepto penal de discapacidad y de persona con discapacidad necesitada de especial protección (Art. 25)», pág. 147.

halla legalmente en condiciones de ejercitar actos dispositivos con eficacia, es susceptible de ser engañada.». Además, en los delitos contra el patrimonio si el sujeto activo es un cónyuge que no estuviera separado legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio, o un ascendiente, descendiente y hermano por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado que conviva con la víctima, si al cometer el hecho ha existido un abuso de la vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad, no se aplica la exención de pena dispuesta en el art. 268 CP⁽⁷¹⁾.

Por último, al margen de estos delitos debemos mencionar estos otros en los que puede ser también sujeto pasivo la persona anciana desvalida o vulnerable por su edad, enfermedad, situación o discapacidad definida según lo previsto en el art. 25 CP: 1) el delito consistente en promover, favorecer, facilitar, publicar o ejecutar el tráfico de órganos humanos conforme al art. 156 bis CP. 2) El delito de trata de seres humanos del art. 177 bis 4º CP. 3) El delito contra los derechos de los trabajadores contemplado en el art. 314 CP relativo a la producción de una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de, entre otras, su edad, la enfermedad que padezca o su discapacidad. 4) El delito contra la salud pública recogido en el art. 361 bis CP sobre la distribución o difusión pública a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación de contenidos específicamente destinados a promover o facilitar, entre personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, el consumo de productos, preparados o sustancias o la utilización de técnicas de ingestión o eliminación de productos alimenticios cuyo uso sea susceptible de generar riesgo para la salud de las personas. 5) El delito farmacológico tipificado en el art. 362 CP agrava la pena cuando los medicamentos, sustancias activas, excipientes, productos sanitarios, accesorios, elementos o materiales referidos «se hubieran ofrecido o facilitado a menores de edad, personas con discapacidad necesitadas de especial protección, o personas especialmente vulnerables en relación con el producto facilitado», de acuerdo con lo establecido en el art. 362 *quater* CP. 6) Los denominados delitos de odio y discriminación de los arts. 510, 510 bis, 511 y 512 CP cuando se cometan sobre un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, con una motivación discriminatoria referente a la enfermedad o discapacidad, entre otros. En los arts. 511 y 512 CP se ha incorporado también recientemente la motivación discriminatoria referente a la edad. 7) Y los delitos de lesa hu-

(71) Sobre este inc. del art. 268 CP relativo al «abuso de la vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad», *vid.* DE VICENTE MARTÍNEZ, R., «La capacidad de obrar de las personas con discapacidad intelectual en el Derecho Penal», págs. 97 y 98.

manidad de los arts. 607 bis y ss., cometidos por razón de pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido con una motivación discriminatoria centrada en la discapacidad, entre otros.

III. PROPUESTAS DE LEGE FERENDA EN RELACIÓN CON LOS CONCEPTOS DE DEPENDENCIA, DISCAPACIDAD Y CAPACIDADES ESPECIALES EN LAS PERSONAS MAYORES EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

La descripción y valoración del concepto de persona dependiente, discapacitada o con capacidades especiales en la ancianidad en los diversos sectores de nuestro ordenamiento jurídico ha puesto de manifiesto algunas insuficiencias e incongruencias. En este epígrafe vamos a sintetizar determinadas propuestas *de lege ferenda* para superarlas.

En el ámbito del Derecho civil debe señalarse la necesidad de introducir en el art. 757 LEC mecanismos que conecten el reconocimiento administrativo de una situación de discapacidad y/o dependencia con la protección que el Derecho civil dispensa a las personas con discapacidad. Por otro lado, en el ámbito del DP pueden aportarse las siguientes propuestas *de lege ferenda* para garantizar una mejor protección de las personas ancianas discapacitadas. En concreto, hemos expuesto que la desaparición del término «incapaz» y la distinción entre discapacidad y discapacidad necesitada de especial protección, efectuadas en una de las últimas reformas del CP, ha traído como consecuencia la sustitución de aquél por la expresión «persona discapacitada necesitada de especial protección» en distintos tipos penales. El legislador, sin embargo, no ha sido consciente de la restricción que ha comportado tal sustitución de conceptos, de manera que en algunos delitos señalados en el epígrafe anterior se ha excluido de una protección penal reforzada a las personas ancianas discapacitadas por el padecimiento de deficiencias físicas o sensoriales de carácter permanente, y dependientes de ayudas o apoyos de terceras personas. Para evitar estas incongruencias y para otorgar una protección penal reforzada más uniforme se propone la introducción en el art. 22 CP de una nueva circunstancia agravante genérica aplicable a cualquier conducta delictiva, cuando la víctima se halle en situaciones de desvalimiento o vulnerabilidad por razón de la edad, enfermedad, situación o discapacidad en cualquiera de las acepciones contempladas en el art. 25 CP⁽⁷²⁾, eliminando expresiones similares en aquellos tipos penales

(72) Vid. ALONSO ÁLAMO, M. / JAVATO MARTÍN, A. M.^{2.}, «Protección penal de las personas mayores. Cuestiones de técnica legislativa», págs. 53 y 61. En el art. 22.4 CP se ha introducido recientemente la agravación por motivos discriminatorios por razón de la edad: «Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su

que las contemplen. El fundamento de esta circunstancia agravante reside en el mayor desvalor del comportamiento y del atentado al bien jurídico protegido cuando se trate de este tipo de víctimas. En el art. 46.2 n) del Código penal peruano de 1991 se recoge una circunstancia agravante parecida⁽⁷³⁾. Algunas voces han planteado también si desde un punto de vista político criminal es oportuno crear figuras específicas de violencia hacia los mayores por su vulnerabilidad a causa de la edad, enfermedad o discapacidad o, incluso, promulgar una ley específica como la LOVG⁽⁷⁴⁾ o la reciente LOPIIA. Desde mi punto de vista, podemos concluir que no es necesario porque, por una parte, nuestro CP ofrece un amplio abanico de calificaciones según las diferentes formas de violencia o maltrato ejercidos contra las personas mayores⁽⁷⁵⁾, sin perjuicio de plantear una ampliación del ámbito de protección de algunos comportamientos delictivos, como se ha indicado, que permita incluir como víctimas a personas desvalidas o vulnerables por razón de su edad, enfermedad, situación o discapacidad en sentido amplio. Por otra parte, no se precisa una ley específica integral sobre el maltrato a personas ancianas vulnerables, porque ya existe un cuerpo normativo regulador de carácter administrativo, civil y penal, muy exhaustivo, aunque mejorable en determinados aspectos.

IV. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALONSO ÁLAMO M. / JAVATO MARTÍN, A. M.^a, «Protección penal de las personas mayores. Cuestiones de técnica legislativa», en JAVATO MARTÍN, A. M.^a / DE HOYOS SANCHO, M., *Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico penal y procesal: conforme a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta.».

Optan, sin embargo, por incorporar la expresión indicada en el texto u otras similares directamente en aquellos tipos penales que lo precisen, MARTÍNEZ GARAY, L., «Concepto penal de discapacidad y de persona con discapacidad necesitada de especial protección (Art. 25)», pág. 148; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., «La capacidad de obrar de las personas con discapacidad intelectual en el Derecho Penal», págs. 97 y 98.

(73) En este precepto se establece como circunstancia agravante genérica que la víctima sea «un niño o niña, adolescente, mujer en situación de especial vulnerabilidad, adulto mayor conforme al ordenamiento vigente en la materia o tuviere deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente o si padeciera de enfermedad en estado terminal, o persona perteneciente a un pueblo indígena en situación de aislamiento y contacto inicial.».

(74) Vid. en este sentido, p. ej., GIRÓ MIRANDA, «La violencia hacia las personas mayores», pág. 30.

(75) Vid. GRACIA IBÁÑEZ, J., *El maltrato familiar hacia las personas mayores*, págs. 307 y ss.

- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. / VENTURA PÜSCHEL, A., «Delitos contra la vida humana independiente: homicidio y asesinato (arts. 138, 139, 140 y 140 bis)», en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- ÁLVAREZ GARCÍA, H., «La dimensión constitucional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad», en MORCILLO MORENO, J. (Dir.), *Discapacidad intelectual y capacidad de obrar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- ALVENTOSA DEL RÍO, J. / COBAS COBIELLA, M. E., «Problemática de la capacidad de obrar durante el envejecimiento de la mujer», en CAÑIZARES LASO, A. (Dir.) / LÓPEZ DE LA CRUZ, L. / SABORIDO SÁNCHEZ, P. (Coords.), *El reto del envejecimiento de la mujer. Propuestas jurídicas de futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- BOLDOVA PASAMAR, M. A. / RUEDA MARTÍN, M.^a A., «El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo o similar tras las reformas de 2003 del código penal español», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 14, 2004.
- CARIO, R., «El mayor como víctima. ¿Fin de un tabú?», en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. (Ed.), *El maltrato a las personas mayores. Detección y prevención desde un prisma criminológico interdisciplinar*, Hurkoa Fundazioa-Instituto Vasco de Criminología, Donostia-San Sebastián, 2006.
- COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONA CON DISCAPACIDAD, *Observación general Número 1 del 2014 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de Naciones Unidas*, marzo-abril de 2014. Disponible en: https://www.plenainclusion.org/sites/default/files/observacion_general_no_1_2014_lf.pdf [Última consulta: 20 de marzo de 2021].
- COONEY, C. / MORTIMER, A., «Elder abuse and dementia: A pilot study», *International Journal of Social Psychiatry*, vol. 4, núm. 4, 1995.
- CORRAL BENEYTO, R., «La protección de las personas con discapacidad en el Derecho Español», *El Notario del siglo XXI*, núm. 48, marzo-abril de 2013.
- DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C., «Sobre el concepto jurídico de persona con discapacidad y la noción de apoyos necesarios», *Revista Española de Discapacidad*, núm. 2, vol. 4, 2016.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R., «La capacidad de obrar de las personas con discapacidad intelectual en el Derecho Penal», *Discapacidad intelectual y capacidad de obrar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Arts. 223-225», en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. / ROMEO CASABONA, C. M.^a (Coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial. Títulos VII-XII y faltas correspondientes*, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Arts. 229-233», en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. / ROMEO CASABONA, C. M.^a (Coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial. Títulos VII-XII y faltas correspondientes*, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «Capacidad. Discapacidad. Incapacitación. Modificación judicial de la capacidad», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 23, 2011.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 4/2005, de 18 de julio, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género*. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2005-00004.pdf [Última consulta: 20 de marzo de 2021].
- FOREMAN, K. J. / MARQUEZ, N. / DOLGERT, A. / FUKUTAKI, K. / FULLMAN, N. / MCGAUGHEY, M. et. al., «Forecasting life expectancy, years of life lost, and all-cause and cause-specific mortality for 250 causes of death», *The Lancet*, vol. 392, November 2018. Disponible en: [https://www.thelancet.com/pdfs/journals/lancet/PIIS0140-6736\(18\)31694-5.pdf](https://www.thelancet.com/pdfs/journals/lancet/PIIS0140-6736(18)31694-5.pdf) [Última consulta: 20 de marzo de 2021].
- GARCÍA CANTERO, G., «La senectud: ¿estado civil de la persona?», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 106, 2018.
- GARCÍA GARNICA, M. C., «Art. 199», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II (arts. 152 a 360), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- GARCÍA GARNICA, M. C., «Art. 200», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. II (arts. 152 a 360), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- GIRÓ MIRANDA, J., «La violencia hacia las personas mayores», *Trabajo Social Hoy*, núm. 72, mayo de 2014.
- GONZÁLEZ, J. A. / FLÓREZ, F. J. / GONZÁLEZ, A. / GARCÍA, D. / SALGADO, A.: «Malos tratos al anciano», en SÁNCHEZ, T. (Coord.), *Maltrato de género, infantil y de ancianos*, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 2005.
- GRACIA IBÁÑEZ, J., *El maltrato familiar hacia las personas mayores. Un análisis sociojurídico*, Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 2012.
- GRACIA MARTÍN, L., «Art. 153», en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. / GRACIA MARTÍN, L. (Coords.), *Comentarios al Código penal. Parte Especial, I, Títulos I a VI y faltas correspondientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- GRACIA MARTÍN, L. / ALASTUEY DOBÓN, C., «La ejecución de las penas privativas de libertad (Derecho penitenciario)», en GRACIA MARTÍN, L. (Coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- IBORRA MARMOLEJO, I., «Factores de riesgo del maltrato de personas mayores en la familia en población española», *Revista de Servicios Sociales*, núm. 45, 2009.

- LAURENZO COPELLO, P., «Art. 226», en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. / ROMEO CASABONA, C. M.^a (Coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial. Títulos VII-XII y faltas correspondientes*, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- LECIÑENA IBARRA, A., «Envejecimiento y discapacidad: la provisión de apoyos en la toma de decisiones a la luz de la futura reforma de la legislación civil y procesal», *El Notario del siglo XXI*, núm. 87, septiembre-octubre de 2019.
- LUACES GUTIÉRREZ, A. I., «Marco jurídico de protección de los derechos de las personas con discapacidad: De dónde venimos y a dónde vamos», en LUACES GUTIÉRREZ, A. I. (Dir.), *Retos y desafíos en materia de discapacidad. Una visión multidisciplinar*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2015.
- MARTÍNEZ GARAY, L., «Concepto penal de discapacidad y de persona con discapacidad necesitada de especial protección (Art. 25)», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.) / MATALLÍN EVANGELIO, Á. / GÓRRIZ ROYO, E. (Coords.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2.^a Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «Malos tratos a personas mayores: otra forma de violencia», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, núm. 2, 2000.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, J., «Arts. 173-177», en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. / ROMEO CASABONA, C. M.^a (Coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial. Títulos VII-XII y faltas correspondientes*, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Informe mundial sobre el envejecimiento y la salud*, 2015. Disponible en: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/186466/9789240694873_spa.pdf;jsessionid=E89BD8B8F371F9233E88A9A22D953DF9?sequence=1 [Última consulta: 20 de marzo de 2021].
- PACHECO JIMÉNEZ, M. N., «Del tradicional procedimiento de incapacitación a la modificación judicial de la capacidad de obrar y la alternativa del sistema de apoyos», *Discapacidad intelectual y capacidad de obrar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- PÉREZ MONGE, M., «La mujer de edad avanzada: aspectos personales, familiares y sucesorios», en CAÑIZARES LASO, A. (Dir.) / LÓPEZ DE LA CRUZ, L. / SABORIDO SÁNCHEZ, P. (Coords.), *El reto del envejecimiento de la mujer. Propuestas jurídicas de futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- ROMEO CASABONA, C. M.^a, «Capítulo 1. El homicidio y sus formas», en ROMEO CASABONA, C. M.^a / SOLA RECHE, E. / BOLDOVA PASAMAR, M. A. (Coords.), *Derecho Penal. Parte Especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Comares, Granada, 2016.
- RUEDA MARTÍN, M.^a A., *La violencia sobre la mujer en su relación de pareja con un hombre*, Análisis doctrinal y jurisprudencial, Reus, Madrid, 2012.

- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., «Cuestiones jurídico-civiles sobre la feminización de la dependencia», en CAÑIZARES LASO, A. (Dir.) / LÓPEZ DE LA CRUZ, L. / SABORIDO SÁNCHEZ, P. (Coords.), *El reto del envejecimiento de la mujer. Propuestas jurídicas de futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- SANTANA VEGA, D. M.^a, «Protección jurídico-penal de las personas con discapacidad y de las personas mayores (I)», en DÍAZ PALAREA, M.^a D. / SANTANA VEGA, D. M.^a (Coords.), *Marco Jurídico y Social de las personas mayores y de las personas con discapacidad*, Reus, Madrid, 2008.
- TAMARIT SUMALLA, J. M.^a, «El nuevo tratamiento de las personas con discapacidad: ¿tan solo una cuestión conceptual?», en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- TOLDRÀ I ROCA, M. D., «Un apoyo que dignifica a la persona en edad avanzada: la guarda», en CAÑIZARES LASO, A. (Dir.) / LÓPEZ DE LA CRUZ, L. / SABORIDO SÁNCHEZ, P. (Coords.), *El reto del envejecimiento de la mujer. Propuestas jurídicas de futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., «La protección penal de las personas con discapacidad. Una aproximación a los delitos de discriminación en el Código penal español», en LUACES GUTIÉRREZ, A. I. (Dir.), *Retos y desafíos en materia de discapacidad. Una visión multidisciplinar*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2015.

Jurisprudencia

- SAP Sevilla, Sec. 7.^a, 321/2004, de 11 de junio.
- SAP León, Sec. 2.^a, 99/2005, de 29 de julio.
- SAP Almería, Sec. 3.^a, 152/2007, de 22 de mayo.
- SAP Sevilla, Sec. 7.^a, 381/2010, de 3 de septiembre.
- SAP Zaragoza, Sec. 1.^a, 121/2014, de 31 de marzo.
- SAP Burgos, Sec. 1.^a, 367/2015, de 7 de octubre.
- STS, Sec. 1.^a, 818/1998, de 28 de julio.
- STS, Sec. 2.^a, 927/2000, de 24 de junio.
- STS, Sec. 2.^a, 1366/2000, de 7 de septiembre.
- STS, Sec. 2.^a, 224/2003, de 11 de febrero.
- STS, Sec. 2.^a, 1138/2003, de 12 de septiembre.
- STS, Sec. 2.^a, 1162/2004, de 15 de octubre.
- STS, Sec. 2.^a, 1309/2005, de 11 de noviembre.

- STS, Sec. 1.^a, 282/2009, de 29 de abril.
- STS, Sec. 2.^a, 716/2009, de 2 de julio.
- STS, Sec. 1.^a, 140/2013, de 20 de marzo.
- STS, Sec. 1.^a, 341/2014, de 1 de julio.
- STS, Sec. 2.^a, 328/2015, de 2 de junio.
- STS, Sec. 1.^a, 435/2015, de 10 de septiembre.
- STS, Sec. 1.^a, 635/2015, de 19 de noviembre.
- STS, Sec. 1.^a, 403/2018, de 27 de junio.
- STS, Sec. 1.^a, 458/2018, de 18 de julio.
- STS, Sec. 2.^a, 149/2019, de 19 de marzo.
- STS, Sec. 2.^a, 336/2019, de 2 de julio.
- STS, Sec. 1.^a, 465/2019, de 17 de septiembre.

CAPÍTULO 20

MEDIDAS DE APOYO PARA EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA

M.^a Concepción Nicolás García
*Fiscal, Fiscalía Especial contra la Corrupción
y la Criminalidad Organizada*

Luis Azúa Romeo
Abogado, ALAE Abogados

I. INTRODUCCIÓN

Conforme a los últimos datos publicados por el INE, en España la población con más de sesenta y cinco años se ha incrementado en casi tres puntos porcentuales, pasando del 16,53% en el año 2000 al 19,40% en 2019⁽¹⁾. Este significativo incremento de personas denominadas *mayores* no sólo tiene consecuencias económicas, en cuanto que gran parte de dichas personas ya no se encuentran activas laboralmente y son receptoras de prestaciones sociales, sino que conlleva otro tipo de consecuencias, casi más importantes, de carácter social y jurídico. En este sentido, no es infrecuente encontrarnos casi a diario en los medios de comunicación situaciones en las que personas faltas de escrúpulos aprovechan la vulnerabilidad de nuestros mayores, que a menudo viven solos y son víctimas de todo tipo de abusos cuando no directamente de estafas.

En muchos casos, estas situaciones se producen porque se trata de personas de avanzada edad, cuya capacidad de discernimiento se encuentra mermada o incluso, anulada, de forma que, sin la oportuna protección jurídica, se encontrarían en una evidente situación de desamparo, situación que los poderes públicos pueden y deben afrontar para, por una parte, evitar que se produzcan y, por otra, posibilitar, en la medida de lo posible, la retroacción de dichas situaciones, liberando a estas personas mayores de las responsabilidades asumidas, actuación que pasa por facilitar y realizar más accesible la adopción de medidas de protección y apoyo para estas personas mayores.

El presente cap. se limitará al análisis jurídico de la situación de aquellas personas discapacitadas que precisan de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica. Estas medidas de apoyo, así como la terminología jurídica actual han sido recientemente introducidas en nuestro Ordenamiento Jurídico con la aprobación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, publicada en el BOE el 3 de junio de 2021 y que entró en vigor el 3 de septiembre de 2021.

(1) INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, «Avance de la Estadística del Padrón Continuo a 1 de enero de 2020», 21 de abril de 2020, pág. 2. Disponible en: https://www.ine.es/prensa/pad_2020_p.pdf [Última consulta: 4 de junio de 2020].

Dicha Ley supone un cambio sustancial tanto en lo relativo al derecho material, por la profunda modificación del Código Civil en materia de capacidad de las personas, como en derecho instrumental puesto que supone una transformación radical en el procedimiento judicial que debe desarrollarse para la adopción de las medidas de apoyo.

En cuanto a la capacidad de las personas, con la nueva regulación dejamos atrás la terminología relativa a la incapacidad de las personas, de forma que en lo sucesivo, desde un punto de vista legal, deberemos referirnos a personas discapacitadas que precisan de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica.

Se analizarán los supuestos en los que cabe la adopción de las medidas de apoyo, haciendo una revisión de la situación actual del proceso legal para la adopción de dichas medidas, así como de la intervención del Ministerio Fiscal en el mismo, intervención obligatoria en cuanto a su carácter de garante de los derechos de los más vulnerables. Asimismo, se analizarán las consecuencias legales, desde el punto de vista civil y patrimonial, así como penal, tanto para la persona discapacitada que precisa medidas de apoyo como para aquéllos que asumen la responsabilidad de prestar dicho apoyo en cualquiera de las figuras legalmente establecidas, y especialmente cuando se asume la curatela. Vamos, por tanto, a obviar aquellas situaciones en las que la persona mayor deviene discapacitado desde un punto de vista físico o funcional, que no requiere necesariamente la adopción de medidas de apoyo, ya que dicha discapacidad o las capacidades especiales son objeto de otro cap. de la presente obra colectiva.

Debe entenderse, pues, la discapacidad (que requiere la adopción de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica), en el caso concreto que nos ocupa, no como una limitación de la capacidad de obrar de las personas mayores, sino más bien como una medida de protección de las mismas, que precisan, o pueden precisar puntualmente, la asistencia de terceros. Así lo señalaba la STS 282/2009, de 29 de septiembre, en materia de incapacidad y relativa a la interpretación de las normas vigentes en relación a la Convención de Nueva York de las Personas con Discapacidad, firmada el 13 de diciembre de 2006 (ratificada por España el 23 de noviembre de 2007)⁽²⁾.

También el Alto Tribunal ha declarado que la incapacitación, «(...) no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de

(2) «(...) la incapacitación, al igual que la minoría de edad, no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. De aquí, que deba evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado. (...) Una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona.»

la persona afectada.»⁽³⁾. Como hemos expuesto anteriormente, ya no podemos hablar de incapacidad, pero es indudable que el espíritu de dicha afirmación sigue vigente, puesto que la adopción de medidas de apoyo debe tener como finalidad exclusiva la protección de la persona discapacitada.

Estas personas de edad avanzada, que pueden verse afectadas por una disfunción, habitualmente cognitiva consecuencia de la propia edad, pueden, o incluso podríamos decir deben, poder recurrir a mecanismos de protección tanto personal como patrimonial, mecanismos que se encuentran regulados en nuestro Derecho Civil a través de las medidas de apoyo y que a continuación se analizarán.

Si bien es evidente que a estas fechas no pueden existir estadísticas relativas a la adopción de medidas de apoyo de personas discapacitadas por lo reciente de su introducción en nuestro Ordenamiento Jurídico, recurrimos a la incapacitación como figura jurídica más próxima, de forma que resulta llamativo que actualmente no existan, de forma pública, estadísticas sobre procedimientos de incapacitación judicial en la página web del CGPJ, en donde encontramos estadísticas de todo tipo, pero sorprendentemente no relativas a la incapacidad. En este sentido, únicamente existen estadísticas facilitadas por el Ministerio Fiscal, de forma que anualmente en la memoria que publica la FGE se recogen los datos numéricos de los asuntos en los que ha intervenido; dada la obligatoriedad de su intervención, es lógico pensar que, en consecuencia, sus estadísticas reflejan el número total de asuntos y que se trata de una estadística veraz y completa.

Así, en las mencionadas memorias anuales de la FGE se recogen ciertas menciones sobre la situación de las personas mayores y de la diversa problemática a la que se enfrentan cotidianamente. P. ej., en la memoria publicada el 9 de septiembre de 2019 se hace mención a que la Sec. Civil de la Fiscalía Provincial de Teruel expuso que el Instituto de Medicina Legal puso de manifiesto su preocupación por el incremento de las personas que vivían solas y que fallecieron en su domicilio sin que nadie hubiera dado noticia de los hechos, de forma que en concreto en Teruel se habían dado trece casos, recomendando que los organismos competentes deberían prestar mayor atención a este tipo de personas, solicitando su internamiento en centros especiales o incluso instando o declarando su incapacidad cuando se considere que estas medidas son las oportunas para mejor protección de los mayores⁽⁴⁾.

(3) STS 1.ª, de 11 de octubre de 2012 (Rec. 262/2012).

(4) FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, «Memoria elevada al Gobierno de S.M.», 9 de septiembre de 2019. Disponible en: <https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/Inicio.html> [Última consulta: 4 de junio de 2020].

Asimismo, la Sec. Civil de la Fiscalía Provincial de Zamora puso de manifiesto el incremento de situaciones en las que se encuentran las personas de edad avanzada, que, a pesar de no sufrir una enfermedad que implique la modificación parcial o total de su capacidad legal, se encuentran en situación de riesgo por la soledad y desamparo, puesto que carecen de familiares directos o personas de confianza que velen por ellos y sus intereses, de tal manera que se lamentaban de la inexistencia de un sistema alternativo de apoyo para estas personas más allá de figuras previstas en el CC.

Se hará mención a las consecuencias registrales de la adopción de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica, puesto que dicha adopción necesariamente debe inscribirse en el Registro Civil, si bien de forma restringida para preservar la intimidad del discapacitado que precisa las medidas de apoyo.

Por último, se realizarán una serie de recomendaciones de carácter práctico que, si fueran adoptadas e introducidas en nuestro ordenamiento jurídico, facilitarían la protección de las personas que precisan medidas de apoyo, así como de las personas que asumen su cuidado y de aquéllos que en un momento dado puedan alcanzar cualquier tipo de negocio jurídico con ellos.

II. CUESTIONES GENERALES

2.1. Principio de presunción de capacidad y medidas de apoyo

El punto de partida debe ser la consideración de que la capacidad jurídica se le reconoce en nuestro ordenamiento jurídico a toda persona por el mero hecho del nacimiento, así el art. 29 CC establece: «El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente.»; y el art. 30 dispone: «La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno.»⁽⁵⁾, es decir, para instar la adopción de medidas de apoyo, se requiere la concurrencia de una serie de circunstancias y requisitos legalmente establecidos.

Nuestro ordenamiento jurídico atribuye a todos los seres humanos nacidos, que han adquirido personalidad jurídica, dos tipos de capacidad: la capacidad jurídica y la capacidad de obrar.

En términos generales, la capacidad jurídica se define como la aptitud o idoneidad de una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones, y se confiere a todas las personas sin depender de ningún otro aspecto. Por su parte, la ca-

(5) Precepto modificado por la DF 3 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, de reforma del RC.

pacidad de obrar es la aptitud o idoneidad de una persona para poder ejercitar esos derechos y obligaciones, capacidad que es graduable y variable, pues no es conferido a todas las personas por el simple hecho de nacer, y depende de la edad de la persona y de su capacidad de entender y querer.

La adopción de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas discapacitadas, introducidas por la Ley 8/2021, supone una drástica modificación en el sistema legal que hasta ahora venía aplicándose, puesto que con la declaración judicial de incapacidad prevista anteriormente en nuestro CC se establecía una verdadera limitación y una privación de la capacidad de obrar del incapacitado. Actualmente, no se produce ninguna privación de derechos sino que se adoptan las medidas que se consideran oportunas, y sobre todo necesarias, para que la persona discapacitada pueda ejercer todos sus derechos, sin limitaciones pero con ayuda, tendiéndose a la intervención mínima posible.

La adopción de las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica se encuentra regulada en el art. 249 y siguientes CC, estableciéndose que las mismas tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de la personalidad del discapacitado y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad. Asimismo se establece que estas medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales, y las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate, pero en todo caso deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad.

Respecto a las personas que presten apoyo, éstas deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, procurando que pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias, debiendo asimismo fomentar que pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro.

Se establece que en casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, las medidas de apoyo puedan incluir funciones representativas, de forma que en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado en caso de no requerir representación.

Por último, la autoridad judicial podrá dictar las salvaguardas que considere oportunas a fin de asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se ajuste a los criterios mencionados y, en particular, atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad que las requiera.

2.2. Medidas de apoyo: medidas voluntarias, guarda de hecho, curatela, autcuratela y el defensor judicial

Con la adopción de medidas de apoyo se pretende no limitar la voluntad y la independencia de la persona discapacitada. Tal y como el Convenio de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad, reconoce en su preámbulo «la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones».

Al determinar las medidas de apoyo se procurará evitar situaciones en las que se puedan producir conflictos de intereses o influencia indebida, de forma que no podrán ejercer ninguna de las medidas de apoyo quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo, siendo esta prohibición una novedad que viene impuesta por la realidad social en la que se han producido situaciones de abuso.

Asimismo, y para evitar dichas situaciones de abuso o de conflicto de intereses, se establecen expresamente las siguientes prohibiciones a quienes desempeñen las medidas de apoyo: i) recibir liberalidades de la persona discapacitada que precisa el apoyo o sus causahabientes mientras no se haya aprobado su gestión (excepción hecha de regalos de costumbre o de bienes de escaso valor); ii) prestar medidas de apoyo cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses; y iii) adquirir por título oneroso bienes de la persona que precisa el apoyo o transmitirle por su parte bienes por igual título. Dichas prohibiciones no serán aplicables en caso de que la persona con discapacidad, en la adopción de medidas voluntarias, las haya excluido expresamente en el documento de solicitud de adopción de las medidas.

Medidas Voluntarias

En el art. 250 CC se establece que las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica son, además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial.

La función de las medidas de apoyo consistirá en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias.

Las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria son las establecidas por la propia persona con discapacidad, en las que designa quién debe prestarle apoyo y con qué alcance. Cualquier medida de apoyo voluntaria podrá ir acompañada de las salvaguardas necesarias para garantizar en todo momento y ante cualquier circunstancia el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

La Guarda de hecho

La guarda de hecho, regulada en los arts. 263 y ss. CC es una medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente.

Conforme a lo establecido en el art. 263 CC quien estuviera ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad continuará en el desempeño de su función incluso si existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial, siempre que estas no se estén aplicando eficazmente.

Cuando excepcionalmente, se requiera la actuación representativa del guardador de hecho, este debe de obtener la autorización judicial para realizarla a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se oír a la persona con discapacidad. La autorización judicial para actuar como representante se podrá conceder, previa comprobación de su necesidad, en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias del caso, pero siempre teniendo en consideración la voluntad de la persona discapacitada.

Para salvaguardar los intereses de la persona discapacitada, la autoridad judicial podrá requerir al guardador de hecho en cualquier momento, de oficio, a solicitud del Ministerio Fiscal o a instancia de cualquier interesado, para que informe de su actuación, pudiendo asimismo exigir la rendición de cuentas de su actuación, de forma que, en caso de considerarlo necesario, se establecerían las salvaguardias que estime necesarias.

Como compensación por el ejercicio de sus funciones, el guardador de hecho únicamente tendrá derecho al reembolso de los gastos justificados y a la indemnización por los daños derivados de la guarda, a cargo de los bienes de la persona discapacitada a la que presta apoyo.

Por último, la guarda de hecho se extingue por los siguientes motivos:

- a) Cuando la persona a quien se preste apoyo solicite que este se organice de otro modo.
- b) Cuando desaparezcan las causas que la motivaron.
- c) Cuando el guardador desista de su actuación, en cuyo caso deberá ponerlo previamente en conocimiento de la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada las funciones de promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad.
- d) Cuando, a solicitud del Ministerio Fiscal o de quien se interese por ejercer el apoyo de la persona bajo guarda, la autoridad judicial lo considere conveniente

Cuando una persona se encuentre en una situación que exija apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica de modo urgente y carezca de un guardador

de hecho, el apoyo se prestará de modo provisional por la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada esta función, que pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal la situación en el plazo de veinticuatro horas.

La Curatela

La curatela, regulada en los arts. 268 a 270 CC, es una medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado. Su extensión se determinará en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo.

Las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos deben ser proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetando siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias, siempre que sea posible y dicho respeto no suponga una exponerla a una situación de invulnerabilidad.

Como novedad respecto al régimen anterior, las medidas de apoyo adoptadas judicialmente deben ser revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años, si bien la autoridad judicial podrá de manera excepcional y motivada, en el procedimiento de provisión o, en su caso, de modificación de apoyos, establecer un plazo de revisión superior que no podrá exceder de seis años.

Sin perjuicio de lo anterior, las medidas de apoyo adoptadas judicialmente se revisarán, en todo caso, ante cualquier cambio en la situación de la persona discapacitada que pueda requerir una modificación de dichas medidas.

La curatela se prevé como un régimen excepcional, de forma que para su constitución la autoridad judicial deberá emitir la correspondiente resolución motivada y sólo en aquellos casos en los que no exista otra medida de apoyo suficiente para salvaguardar de forma conveniente los intereses de la persona con discapacidad. Asimismo, y únicamente en casos excepcionales en los que resulte imprescindible, en la resolución judicial se establecerán, motivadamente, los actos concretos en los que el curador deberá asumir la representación de la persona con discapacidad.

Por otra parte, los actos en los que el curador deba prestar apoyo deben fijarse de manera precisa, indicando en su caso en cuáles de ellos además debe asumir la representación de la persona con discapacidad.

Hay que tener en cuenta, como se ha expuesto anteriormente, que con el nuevo régimen legal no cabe la mera privación de derechos de la persona con discapacidad ya que el art. 269 CC lo prohíbe expresamente.

Tal y como sucede en el caso de la guarda de hecho, la autoridad judicial puede en cualquier momento requerir al curador para que informe sobre la situación personal y patrimonial de la persona discapacitada. Por otra parte, el Ministerio Fiscal como garante de los derechos de los más vulnerables está facultado para solicitar en cualquier momento la información que considere oportuna para garantizar el buen funcionamiento de la curatela.

El nombramiento del curador se encuentra regulado en los arts. 275 a 281 del CC, tal y como sucedía en el régimen anterior para la tutela, cabe la posibilidad de designar no sólo a personas físicas sino también a fundaciones y demás personas jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas, entre cuyos fines figure la promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad.

En el art. 275 CC se establecen prohibiciones absolutas para ser nombrado curador en los siguientes supuestos: i) quienes hayan sido excluidos por la persona discapacitada que precise apoyo (en los casos de autocuratela que se verá en el siguiente apartado); ii) quienes por resolución judicial estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o, total o parcialmente, de los derechos de guarda y protección; y iii) quienes hubieren sido legalmente removidos de una tutela, curatela o guarda anterior.

Asimismo, únicamente en casos excepcionales y debidamente motivados, se podrá designar como curador a las siguientes personas: i) quien haya sido condenado por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la curatela; ii) quien tenga conflicto de intereses con la persona que precise apoyo; iii) el administrador que hubiese sido sustituido en sus facultades de administración durante la tramitación del procedimiento concursal; y iv) quien le sea imputable la declaración como culpable de un concurso, salvo que la curatela lo sea solamente de la persona.

En el caso de que la persona discapacitada haya designado con anterioridad la persona que deba asumir la función de curador, la autoridad judicial deberá respetar dicha designación, salvo que concurran circunstancias que, en interés de la persona discapacitada, aconsejen el nombramiento de otra persona, en cuyo caso deberá motivarse oportunamente.

En caso de que no exista designación previa, conforme al art. 276 CC se designará curador, respetando el siguiente orden:

1. Al cónyuge, o a quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, siempre que conviva con la persona que precisa el apoyo.
2. Al hijo o descendiente. Si fueran varios, será preferido el que de ellos conviva con la persona que precisa el apoyo.
3. Al progenitor o, en su defecto, ascendiente. Si fueran varios, será preferido el que de ellos conviva con la persona que precisa el apoyo.

4. A la persona o personas que el cónyuge o la pareja conviviente o los progenitores hubieran dispuesto en testamento o documento público.

5. A quien estuviera actuando como guardador de hecho.

6. Al hermano, pariente o allegado que conviva con la persona que precisa la curatela.

7. A una persona jurídica entre cuyos fines figure la promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad.

No obstante, dicho orden podrá ser alterado teniendo en consideración las manifestaciones de la persona discapacitada y, si no resulta clara su voluntad, nombrando a la persona más idónea para comprender e interpretar su voluntad, deseos y preferencias.

Como novedad respecto al régimen anterior, cabe la posibilidad de nombrar más de un curador si la voluntad y necesidades de la persona que precisa el apoyo lo justifican y en particular podrán separarse como cargos distintos los de curador de la persona y curador de los bienes. En este caso, la autoridad judicial deberá establecer el modo de funcionamiento de la curatela, respetando la voluntad de la persona discapacitada que precisa el apoyo.

La persona que haya sido propuesta como curador podrá excusarse en el desempeño de la curatela si resulta excesivamente gravoso o entraña grave dificultad, debiendo presentar la causa de excusa en el plazo de quince días a contar desde que tenga conocimiento de su nombramiento.

También podrá excusarse el curador de continuar ejerciendo la curatela cuando durante su desempeño le sobrevengan los motivos de excusa.

Las personas jurídicas privadas (las públicas no podrán excusarse en ningún caso) podrán excusarse cuando carezcan de medios suficientes para el adecuado desempeño de la curatela o las condiciones de ejercicio de la curatela no sean acordes con sus fines estatutarios.

Mientras la autoridad judicial resuelva acerca de la excusa, el nombrado estará obligado a ejercer su función. Si no lo hiciera y fuera necesaria una actuación de apoyo, se procederá a nombrar un defensor judicial que sustituya al curador, quedando el sustituido responsable de los gastos ocasionados por la excusa, si esta fuera rechazada.

Admitida la excusa, se procederá al nombramiento de nuevo curador.

En ningún caso, la admisión de causa de excusa o la decisión de remoción de las personas físicas o jurídicas designadas para el desempeño de los apoyos podrá generar desprotección o indefensión a la persona que precisa dichos apoyos, debiendo la autoridad judicial actuar de oficio, mediante la colaboración necesaria de los llamados a ello, o bien, de no poder contar con estos, con la

inexcusable colaboración de los organismos o entidades públicas competentes y del Ministerio Fiscal.

Siempre que el patrimonio de la persona con discapacidad lo permita, el curador tiene derecho a una retribución, así como al reembolso de los gastos justificados y a la indemnización de los daños sufridos sin culpa por su parte en el ejercicio de su función, cantidades que serán satisfechas con cargo a dicho patrimonio, correspondiendo a la autoridad judicial fijar el importe y el modo de percibir dicha retribución, para lo cual tendrá en cuenta el trabajo a realizar y el valor y la rentabilidad de los bienes.

El ejercicio de la curatela se encuentra regulado en los arts. 282 a 290 CC, en los que se establece que la toma de posesión del cargo deberá realizarse ante el Letrado de la Administración de Justicia.

Durante el ejercicio del cargo, el curador estará obligado a mantener contacto personal con la persona a la que va a prestar apoyo y a desempeñar las funciones encomendadas con la diligencia debida, debiendo asistir a la persona a la que preste apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica respetando su voluntad, deseos y preferencias y procurando que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, fomentando las aptitudes de la persona a la que preste apoyo, de modo que pueda ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro.

En caso de que el curador esté impedido de modo transitorio para actuar en un caso concreto, o cuando exista un conflicto de intereses ocasional entre él y la persona a quien preste apoyo, el Letrado de la Administración de Justicia nombrará un defensor judicial que lo sustituya, para lo cual se deberá oír a la persona que precise el apoyo y se respetará su voluntad, deseos y preferencias. En caso de que la situación de impedimento o conflicto fuera prolongada la autoridad judicial de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal, de cualquier persona legitimada para instar el procedimiento de provisión de apoyos o de cualquier persona que esté desempeñando la curatela y previa audiencia a la persona con discapacidad y al Ministerio Fiscal, podrá reorganizar el funcionamiento de la curatela, e incluso proceder al nombramiento de un nuevo curador.

En principio, el curador no tiene obligación de prestar fianza que asegure el cumplimiento de sus obligaciones, salvo en casos excepcionales en los que la autoridad judicial lo considere necesario, determinando tanto la modalidad como la cuantía de la misma, que podrá ser modificada o dejar sin efecto la garantía constituida.

Sólo en el caso de que el curador tenga facultades de representación estará obligado a hacer inventario del patrimonio de la persona en cuyo favor se ha establecido el apoyo dentro del plazo de sesenta días, a contar desde aquel en que hubiese tomado posesión de su cargo. Consideramos reseñable que en el caso de

que el curador no incluya en el inventario los créditos que tenga contra la persona a la que presta apoyo, se entenderá que renuncia a ellos. Cabe la posibilidad de que el dinero, alhajas, objetos preciosos y valores mobiliarios o documentos que, a juicio del Letrado de la Administración de Justicia, no deban quedar en poder del curador, sean depositados en un establecimiento destinado a este efecto.

En el art. 287 CC se establecen los actos para los que el curador precisará en todo caso autorización judicial, entre los que destacan realizar actos de trascendencia personal o familiar; la enajenación o gravamen de bienes inmuebles, establecimientos mercantiles, etc; el arrendamiento de inmuebles por plazo inicial superior a seis años; disposición a título gratuito de bienes o derechos; renuncia de derechos; aceptación de herencia sin beneficio inventario o repudiar ésta; interposición de demandas; dar y tomar dinero a préstamo; prestar aval o fianza, etc.

Por su parte, el art. 289 CC determina que no precisarán autorización judicial la partición de herencia o la división de cosa común realizada por el curador representativo, pero una vez practicadas requerirán aprobación judicial.

En todo caso, las autorizaciones judiciales expresadas anteriormente precisarán con anterioridad la intervención del Ministerio Fiscal y de la persona discapacitada, debiéndose recabar los informes que sean solicitados o que se consideren pertinentes.

La extinción de la curatela se encuentra regulada en los arts. 291 a 294 CC, de forma que, además de las causas de renuncia o remoción expresadas anteriormente, se produce dicha extinción de pleno derecho por la muerte o declaración de fallecimiento de la persona discapacitada y, mediante resolución judicial, cuando esta medida ya no sea precisa o cuando se adopte una medida que sea más adecuada a las necesidades de la persona incapacitada.

Tras la extinción de la curatela, el curador deberá rendir cuentas ante la autoridad judicial que deberá oír, en su caso al nuevo curador, a la persona incapacitada y/o a sus herederos.

El curador responderá de los daños que hubiese causado por su culpa o negligencia a la persona a la que preste apoyo y la acción para reclamar esta responsabilidad prescribe a los tres años contados desde la rendición final de cuentas.

La Autocuratela

Tal y como ya sucedía en el régimen anterior, si bien bajo denominación de autotutela, el actual art. 255 CC establece la figura de la autocuratela de forma que cualquier persona que prevea su necesidad, determine en escritura pública la adopción de medidas de apoyo concretas que considere necesarias, pudiendo determinar tanto la identidad —o incluso la exclusión— de la persona que deba prestar su apoyo como las facultades de éstas, estableciendo si lo considera oportuno

tuno las medidas u órganos de control así como las salvaguardas necesarias para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida. En este caso, el Notario autorizante debe comunicar las medidas de apoyo al Registro Civil competente.

Entre las medidas de apoyo, se podrán también establecer disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la curatela y, en especial, sobre el cuidado de su persona, reglas de administración y disposición de sus bienes, retribución del curador, obligación de hacer inventario o su dispensa y medidas de vigilancia y control, así como proponer a las personas que hayan de llevarlas a cabo.

Tanto las medidas voluntarias incluidas en la escritura pública como la propuesta de nombramiento de curador, vincularán a la autoridad judicial al constituir la curatela, si bien se podrá prescindir total o parcialmente de éstas, o complementarlas, siempre mediante resolución motivada, cuando existan circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ésta o que se presuma que tuvo en consideración en el momento de establecer dichas disposiciones. En todo caso dichas modificaciones deberán, en la medida de lo posible, respetar la voluntad de la persona discapacitada, y siempre velando por sus intereses.

Como novedad, se introduce la posibilidad de delegar en el cónyuge o en otra persona la elección del curador entre los que figuren en la escritura pública.

Por último, respecto al nombramiento del curador, el ejercicio de la curatela y la extinción de ésta, se aplican las normas mencionadas en el apartado anterior.

El Defensor Judicial

El nombramiento de defensor judicial como medida formal de apoyo procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente.

Se nombrará un defensor judicial de las personas con discapacidad en los casos siguientes:

1. Cuando, por cualquier causa, quien haya de prestar apoyo no pueda hacerlo, hasta que cese la causa determinante o se designe a otra persona.
2. Cuando exista conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la que haya de prestarle apoyo.
3. Cuando, durante la tramitación de la excusa alegada por el curador, la autoridad judicial lo considere necesario.
4. Cuando se hubiere promovido la provisión de medidas judiciales de apoyo a la persona con discapacidad y la autoridad judicial considere necesario proveer a la administración de los bienes hasta que recaiga resolución judicial.

5. Cuando la persona con discapacidad requiera el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente.

Una vez oída la persona con discapacidad, la autoridad judicial nombrará defensor judicial a quien sea más idóneo para respetar, comprender e interpretar la voluntad, deseos y preferencias de aquella.

Al defensor judicial se le aplican las mismas causas de inhabilidad, excusa y remoción del curador, así como las obligaciones que a este se atribuyen de conocer y respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona a la que se preste apoyo.

Por último, tal y como sucede con el curador, a la finalización de su gestión deberá rendir cuentas de dicha gestión.

III. PROCEDIMIENTO DE CONSTITUCIÓN DE MEDIDAS DE APOYO

Tal y como venimos poniendo de manifiesto, para la adopción o constitución de medidas de apoyo de personas con discapacidad es necesaria una resolución judicial en la que se determinen, motivadamente, tanto la extensión de dichas medidas como las facultades del curador, especialmente en aquellos casos en los que éste disponga de facultades de representación.

La principal diferencia con el procedimiento judicial anterior, es que actualmente se lleva a cabo mediante un procedimiento de jurisdicción voluntaria conforme a lo establecido en la Ley 15/2015, de 2 de julio, considerando de manera esencial la participación de la propia persona discapacitada, facilitando que pueda expresar sus preferencias e interviniendo activamente y, donde la autoridad judicial interese la información precisa, ajustándose siempre a los principios de necesidad y proporcionalidad.

Únicamente en caso de que no pudiera resolverse el expediente de jurisdicción voluntaria o cuando se haya formulado oposición, se iniciaría un procedimiento contradictorio, tal y como venía haciéndose en las declaraciones de incapacidad.

Hay que tener en cuenta que la ya reiterada Ley 8/2021 introduce una modificación sustancial en la LEC que introduce un nuevo artículo, el 7 bis, en el que se regulan los ajustes necesarios en todos los procedimientos judiciales afectados por dicha norma, para la participación de las personas con discapacidad, con independencia de la calidad en la que participen.

3.1. El procedimiento en la Jurisdicción Voluntaria

Con la reciente modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, se incorpora un nuevo Capítulo III bis al Título II denominado Del expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con dis-

capacidad, que regula el procedimiento en sede de Jurisdicción Voluntaria más sencillo y a priori más rápido pues prevé la posibilidad de adoptar las medidas de apoyo que precise la persona discapacitada siempre que ni éste ni ninguno de los interesados se oponga a las mismas.

El procedimiento se desarrolla ante el Juez de domicilio de la persona discapacitada, que tras la práctica de las pruebas oportunas (informes periciales, entrevista con la persona discapacitada, a instancia de la persona discapacitada, su cónyuge, descendientes, ascendientes, hermanos, o el Ministerio Fiscal), y teniendo en consideración la voluntad de la persona discapacitada emitirá un Auto acordando las medidas de apoyo que considere oportunas designando, en su caso, el curador con las facultades que éste ostentará, así como la duración de las medidas de apoyo.

En caso de oposición de la persona discapacitada, del Ministerio Fiscal o de cualquiera de los interesados en la adopción de las medidas de apoyo solicitadas, se pondrá fin al expediente, sin perjuicio de que la autoridad judicial pueda adoptar provisionalmente las medidas de apoyo de aquella o de su patrimonio que considere convenientes. En este caso se iniciará el procedimiento contradictorio que se analiza a continuación.

3.2. El procedimiento en la Jurisdicción Ordinaria

A) Competencia del juez (arts. 52.1.5º y 756 LEC)

El art. 52.1.5º LEC establece que en los juicios en que se ejerciten acciones relativas a las medidas judiciales de apoyo de personas con discapacidad será competente el Tribunal del lugar en que resida la persona con discapacidad, conforme se establece en el art. 756 LEC, que a su vez establece que será competente para conocer de las demandas sobre la adopción de medidas de apoyo a personas con discapacidad la autoridad judicial que conoció del previo expediente de jurisdicción voluntaria, salvo que la persona a la que se refiera la solicitud cambie con posterioridad de residencia, en cuyo caso lo será el juez de primera instancia del lugar en que esta resida. Asimismo, y como novedad se establece que si antes de la celebración de la vista la persona a la que afecta el proceso cambiara de residencia, las actuaciones deberá remitirse al Juzgado correspondiente en el estado en que se encuentren.

B) Legitimación para promover el procedimiento de adopción de medidas de apoyo (art. 757 LEC)

El proceso para la adopción judicial de medidas de apoyo a una persona con discapacidad puede promoverlo la propia persona interesada, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, su descendiente, ascendiente o hermano, y si tales personas

no la promoviesen, deberá hacerlo el Ministerio Fiscal (art. 757 LEC), salvo que considere que existen otras vías a través de las que la persona interesada pueda obtener los apoyos que precisa.

En caso de que en la solicitud de adopción de medidas éstas se concreten y se solicite la designación de un curador determinado, se le debe dar traslado a ésta para que pueda alegar lo que considere oportuno.

C) *Personación de la persona discapacitada (art. 758 LEC)*

La persona afecta por el proceso está plenamente legitimada para personarse en el procedimiento, y en caso de que no lo haga el Letrado de la Administración de Justicia deberá designar un defensor judicial a no ser que ya estuviera nombrado o su defensa corresponda al Ministerio Fiscal por no ser el promotor del procedimiento.

Como se ha expuesto, se pretende que la persona afectada participe plenamente en el proceso de forma que se establece que el Letrado de la Administración de Justicia debe llevar a cabo las actuaciones necesarias para que la persona con discapacidad comprenda el objeto, la finalidad y los trámites del procedimiento, de conformidad con lo previsto en el mencionado art. 7 bis LEC.

D) *Práctica de pruebas y audiencias preceptivas (art. 759 LEC)*

En los procesos de adopción de medidas de apoyo, el Tribunal deberá entrevistarse con la persona con discapacidad, y debe dar audiencia al cónyuge no separado de hecho o legalmente o a quien se encuentre en situación de hecho asimilable, así como a los parientes más próximos de la persona con discapacidad.

Asimismo debe acordarse la práctica de los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con lo solicitado en la demanda, sin que pueda adoptarse una resolución sobre las medidas de apoyo sin el previo dictamen pericial, para cuya emisión se debe contar en todo caso con profesionales especializados de los ámbitos social y sanitario, y podrá contarse también con otros profesionales especializados que aconsejen las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso.

Las mencionadas audiencias preceptivas pueden no practicarse, únicamente y de forma excepcional caso de que la demanda haya sido presentada por la propia persona con discapacidad y se considere más conveniente para la preservación de su intimidad.

En caso de que no se hubiera propuesto la designación de una persona en concreto como curador, se deberá oír sobre esta cuestión a la persona con discapacidad, así como al cónyuge no separado de hecho o legalmente o a quien se encuentre en situación de hecho asimilable, a sus parientes más próximos y a las demás personas que el Tribunal considere oportuno.

Si la Sentencia que decida sobre las medidas de apoyo fuere apelada, se ordenará también de oficio en la segunda instancia la práctica de las pruebas preceptivas a las que se ha hecho mención.

E) Sentencia dictada en la adopción de medidas de apoyo (art. 760 LEC)

El actual redactado del art. 760 LEC que regula el contenido de la Sentencia adoptando las medidas de apoyo parece demasiado parco puesto que se limita a establecer: «Las medidas que adopte la autoridad judicial en la sentencia deberán ser conformes a lo dispuesto sobre esta cuestión en las normas de derecho civil que resulten aplicables.» El redactado anterior recogía el contenido que debía incluirse en las sentencias de declaración de incapacidad, de forma que no se limitaba a un reenvío normativo.

En todo caso tal y como se ha expuesto en apartados anteriores, la Sentencia adoptando las medidas de apoyo deberá contener no sólo las medidas específicas de apoyo sino también su alcance, así como la identidad de la persona designada como curador, y el alcance de dichas funciones, especialmente en aquellos casos en los que las facultades incluyan las de representación.

Debido a la novedad de la norma, todavía ningún Tribunal se ha pronunciado sobre la fecha de efectos de la Sentencia, de forma que consideramos que, al menos inicialmente, se mantendrá el criterio actual en virtud del cual los efectos de la misma se producirán desde su firmeza, no desde el momento en que se produjo la circunstancia que dio lugar a la adopción de las medidas de apoyo. Así lo entendía el TS, respecto a la sentencia de incapacitación, que considera que ésta es constitutiva de la misma e irretroactiva (entre otras, STS 1.ª 535/2018, 28 de septiembre).

F) Revisión de las medidas de apoyo adoptadas judicialmente (art. 761 LEC)

La sentencia donde se declara la adopción de medidas de apoyo no es inamovible, es revisable, ya que no tiene eficacia de cosa juzgada, puesto que las condiciones físicas o psíquicas de la persona que precisa dichas medidas pueden variar (para mejorar o para empeorar), necesitando, por tanto, un ajuste del contenido de la Sentencia.

Así el art. 761 LEC establece que las medidas de apoyo contenidas en la Sentencia serán revisadas conforme a lo establecido en la legislación civil, debiendo seguirse los trámites previstos en la Ley de Jurisdicción Voluntaria, y en caso de que se produzca oposición deberán aplicarse las normas establecidas en la LEC.

De nuevo el legislador en este artículo hace un reenvío a la legislación de civil, de forma que recordamos que en cualquier momento tanto la persona discapacitada como el curador pueden solicitar una modificación de las medidas de apoyo

en función de las circunstancias que concurran y que en todo caso las medidas adoptadas en la resolución judicial deberán ser revisadas cada tres años.

Lógicamente, en caso de que deba tramitarse un nuevo procedimiento judicial deberán respetarse las prevenciones establecidas para el procedimiento inicial.

G) *Establecimiento de medidas cautelares (art. 762 LEC)*

El Tribunal competente, cuando tenga conocimiento de la existencia de persona en situación de discapacidad que requiera medidas de apoyo adoptará de oficio las medidas que considere necesarias para la adecuada protección de la persona discapacitada o de su patrimonio y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que promueva, si lo estima procedente, un expediente de jurisdicción voluntaria.

El Ministerio Fiscal también puede solicitar del Tribunal la inmediata adopción de dichas medidas, pudiendo ser adoptadas en cualquier estado del procedimiento.

Con carácter previo a la adopción de estas medidas de protección cautelares, se deberá escuchar a la persona discapacitada siempre que la urgencia de la situación no lo impida.

H) *Internamiento (art. 763 LEC)*

Como se ha expuesto anteriormente, en el redactado actual del art. 760 LEC, relativo al contenido de la Sentencia de adopción de medidas de apoyo, el legislador se ha limitado a realizar un reenvío normativo a la norma material civil, de forma que ya no se contempla expresamente la posibilidad que en la sentencia de adopción de medidas de apoyo el Tribunal se pueda pronunciar, en su caso, sobre la necesidad de internamiento de la persona discapacitada.

La enfermedad y el progresivo e inevitable deterioro de las facultades físicas y psíquicas producido por la edad pueden llegar a imposibilitar a las personas a valerse por sí mismas. Cuando la atención personal o familiar del anciano no es factible, se opta por el ingreso en centros, más o menos especializados, donde se le procure la asistencia y vigilancia necesarios. Esta opción plantea innumerables objeciones jurídicas porque, en definitiva, se trata de una reclusión no voluntaria, vetada por la STC 132/2010, de 2 diciembre (Sala Pleno), con el efecto establecido en el Fundamento Jurídico 3º, sin el consentimiento del sujeto a quien se ingresa, ya que no está en condiciones de prestarlo, por lo que pudiera llegar a calificarse de una privación de libertad ilegal, y, aunque lo prestara, quizá su consentimiento estuviera viciado por carencia de entendimiento o voluntad; no obstante, dicha carencia puede ser suplida por la decisión judicial, de forma que se garantiza la procedencia de esta medida y, en su caso, su mantenimiento a través de la intervención del Ministerio Fiscal, como se expondrá posteriormente.

Respecto de la persona mayor que con plenas facultades quiere ingresar, basta su consentimiento expreso y el del director o gerente del centro, constituyendo un acto complejo donde confluyen diversas figuras contractuales.

En cualquier caso, los internamientos, su naturaleza y forma se analizarán seguidamente de forma detenida, dada la preceptiva intervención del Fiscal en los mismos.

IV. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

4.1. Creación de Fiscalías Especializadas

El art. 124 de la CE atribuye al Ministerio Fiscal «(...) promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, (...)». Dentro de dichas competencias existe un cometido mucho menos conocido del Ministerio Fiscal, al que normalmente se identifica con «el papel del acusador» puesto que es mucho más conocida su faceta del ejercicio del *ius puniendi* del Estado que como «Magistratura de Amparo», el Fiscal como protector de los más vulnerables, menores, personas discapacitadas y víctimas. Dicha faceta tuitiva y asistencial ya aparece contemplada en los arts. 3 y 4 del EOMF. El art. 3, núms. 6º y 7º, establece, entre las atribuciones del Ministerio Fiscal:

«6. Tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley.».

«7. Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación.».

Por su parte, el art. 4.2 EOMF atribuye al Fiscal la facultad-deber de «visitar en cualquier momento los centros o establecimientos de detención, penitenciarios o de internamiento de cualquier clase de su respectivo territorio, examinar los expedientes de los internos y recabar cuanta información estime conveniente.».

El acercamiento del Ministerio Público a la realidad y la necesidad de dar respuesta a dichas atribuciones supuso, a partir del 2005, una reorganización de la Fiscalía presidida por el principio de especialización. Ello se tradujo en la formación e implementación de Fiscales especialistas en distintas áreas. Se fueron creando, entre otras, la Fiscalía de Menores, la Fiscalía de Protección y Tutela de las Víctimas en el Proceso Penal, la Fiscalía de Violencia sobre la Mujer, la Fiscalía de Extranjería, la Fiscalía de Protección y Defensa de los Derechos de las Personas Mayores y la Fiscalía de Personas con Discapacidad.

Son estas dos últimas las únicas cuyo análisis nos interesa al ser las más apegadas a la realidad y problemática que nos ocupa. Ambas se adaptaron rápidamente a las exigencias de la entrada en vigor el 3 de mayo de 2008, de la

Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada el 13 de diciembre de 2006 aprobada por la Asamblea General en Nueva York, y no sólo en cuestiones meramente nominales, como el uso del término persona con discapacidad y no incapaz, sino en garantizar de manera efectiva, el pleno ejercicio en condiciones de igualdad de todos los derechos y libertades fundamentales para la personas de la tercera edad.

Este proceso de especialización de la Fiscalía, y, en concreto, de estas dos secciones, ha alcanzado, recientemente, su punto más álgido con la creación, por RD 255/2019, de 12 de abril, de la figura del Fiscal de Sala Coordinador de los Servicios Especializados en la Protección de las Personas con Discapacidad y Atención a las Personas Mayores.

La Fiscalía Especializada en la Protección y Defensa de los Derechos de las Personas Mayores, creada en 2008, pretende abordar de forma integral las necesidades y problemas de este sector de población sin limitarse simplemente a completar o sustituir la capacidad de obrar. Su tarea se aborda desde una perspectiva protectora y preventiva, tratando de proporcionar información suficiente en cada situación de los derechos que asisten a los mayores y familiares e instrumentos que los poderes públicos han instaurado para ellos. En esta especialidad se protegen y promocionan los derechos a la dignidad, a la integridad física y moral, a disfrutar de un trato adecuado de nuestros mayores y se acomete el aseguramiento de los derechos económicos e integridad del patrimonio de los mayores.

La Fiscalía de las Personas con Discapacidad coordina los servicios especializados en la protección de las personas con discapacidad y curatelas (anteriormente tutelas). La intervención del Fiscal en la protección y garantía de los derechos de las personas más vulnerables por su edad va más allá de la tradicional intervención en los procesos civiles sobre capacidad. Así, como veremos más adelante, la Fiscalía toma la iniciativa en la incoación de diligencias preprocesales, incoa procesos de adopción de medidas de apoyo o internamientos, forma y divulga información sobre el adecuado ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, a sus familias y organismos de apoyo, así como del adecuado ejercicio de sus obligaciones, proponiendo, en su caso, medidas cautelares de protección y ejerce la vigilancia y control de las instituciones o centros en los que residan.

4.2. La intervención del Ministerio Fiscal en los Procesos de Adopción de Medidas de Apoyo⁽⁶⁾

Antes incluso de ejercitar cualquier tipo de acción, que pueda implicar la adopción de medidas de apoyo de la capacidad de obrar, el Fiscal tiene la po-

(6) La función constitucional del Fiscal de defensa de colectivos o personas especialmente vulnerables ha tenido también su desarrollo normativo en la doctrina de la FGE instaurando

testad de incoar «diligencias preprocesales». En esta fase prejudicial, el Fiscal podrá investigar y conocer el contexto, las circunstancias y elementos fácticos de cada individuo cuya capacidad se pretende complementar mediante la adopción de medidas de apoyo y los ponderará posteriormente en la demanda. Esta fase permite determinar, de forma muy aproximada, el grado de discapacidad y el régimen de apoyo que deba designarse en función, no sólo de la enfermedad, problema o deficiencia psíquica o física sino también de sus circunstancias familiares, económicas, sociales, etc. Es, pues, el Fiscal quien en determinadas circunstancias, tras recabar todos los elementos médicos, documentales, familiares y patrimoniales, valorará la idoneidad y procedencia de la incoación de la fase judicial y el alcance de las medidas a solicitar. La incoación de tales diligencias no obliga al Fiscal a iniciar el procedimiento de adopción de medidas de apoyo. En aquellos casos en que este expediente prejudicial concluya sin demanda, se notificará al interesado que haya promovido el expediente para que pueda reproducir, en su caso, la petición ante la autoridad judicial.

El CC y la LEC dibujan el perímetro de la necesaria intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos referentes a la adopción de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídicas de las personas discapacitadas. A pesar de que la tan esperada LJV en su Preámbulo preveía la adaptación a la Convención de las Naciones Unidas, incluida la terminología, en la que se abandona el empleo de los términos de incapaz o incapacitación y se sustituyen por la referencia a las personas cuya capacidad está modificada judicialmente, dicha modificación no se ha producido sino hasta la reciente Ley 8/2021 de 3 junio, introduciendo el término de personas discapacitadas que requieren de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y realizando las modificaciones oportunas en las normas correspondientes, especialmente en el CC y en la LEC. A pesar de este retraso en la trasposición en nuestro Ordenamiento Jurídico, el TS, venía considerando que «el sistema de protección establecido en el Código Civil sigue vigente», dado que el afectado sigue conservando sus

guías claras y uniformes de actuación para todos los fiscales especialistas. Dicha doctrina se remonta a la «Circular 2/1984, de 8 de junio, en torno al art. 211 del Código Civil: el internamiento de incapaces presuntos» y también se ha visto renovada e impregnada de nuevos principios desde la Convención de la ONU de 2006. En este sentido cabe destacar: la Instrucción 4/2008 de la Fiscalía General del Estado, sobre el control y vigilancia por el Ministerio Fiscal de las tutelas de personas discapaces; Instrucción 4/2009, de 29 de diciembre, sobre organización de las secciones de lo civil y del régimen especializado en materia de protección de las personas con discapacidad y tutelas; Instrucción 3/2010, sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo; Circular 9/2015, sobre intervención del Ministerio Fiscal en la nueva ley de jurisdicción voluntaria; o la Circular 2/2017, sobre el ingreso no voluntario urgente por razón de trastorno psíquico en centros residenciales para personas mayores.

derechos fundamentales y los procedimientos regulados, en clara alineación con el Convenio de la ONU, no son sino «formas de protección»⁽⁷⁾.

La citada regulación atribuye al Fiscal, en los arts. 265 CC, y 757 y 762 LEC, el impulso inicial del procedimiento, bien porque tenga conocimiento directo o cualquier persona le traslade «un hecho determinante» de una posible modificación de la capacidad, estableciéndose asimismo la intervención de oficio del Ministerio Fiscal en determinadas cuestiones relativas a las medidas de apoyo, como puede ser su modificación, la rendición de cuentas por el curador, etc.

El art. 749 LEC recoge la necesaria intervención del Ministerio Fiscal y el 750 LEC le asigna la representación y defensa de cualquier persona discapacitada que precise medidas de apoyo, si bien también cabe la posibilidad conforme al art. 758 LEC de nombramiento de un defensor judicial de la persona incapacitada, pero en todo caso la intervención del Ministerio Fiscal queda garantizada.

El Fiscal, en su demanda sobre determinación de capacidad, concretará la extensión y alcance de las medidas de apoyo a las circunstancias personales, familiares y patrimoniales particulares de cada individuo. Deberá precisar los actos en los que se deban intervenir para complementar la capacidad de obrar mediante la representación de la persona discapacitada, así como solicitar las salvaguardias adecuadas y efectivas para asegurar que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica que respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona discapacitada, evitando posibles conflictos de intereses. Si no es el Fiscal quien interpone la demanda, dada su necesaria intervención en el procedimiento, deberá contestar a la misma y, en ambos casos, proponer las pruebas que deban practicarse durante la vista (arts. 752 y 753 LEC). Las pruebas que se practican son básicamente documentales, audiencia de los parientes más próximos y entrevista personal de la persona discapacitada que precisa medidas de apoyo, así como su exploración por el médico forense.

La sentencia que pone fin al procedimiento determina la extensión de las medidas de apoyo adoptadas, la designación de la persona que debe prestar dicho apoyo así como los límites de las facultades de ésta, pudiendo pronunciarse, en su caso, sobre la *necesidad del internamiento*. No obstante, la intervención del Fiscal no se agota con la sentencia (art. 760 LEC), correspondiéndole tras ella la vigilancia del régimen de apoyo fijados en la sentencia.

El curador tiene el deber de informar a la autoridad judicial, que dará traslado al Ministerio Fiscal de las incidencias acaecidas en el ejercicio del cargo. Asimismo, a la finalización de su cargo, y en caso de que así se considere oportuno, deberá rendir cuentas de su gestión.

(7) SSTS 421/2013, de 24 de junio, y 337/2014, de 30 de junio.

El Fiscal, además, deberá intervenir en cada autorización o aprobación judicial de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a los bienes y derechos de personas discapacitadas con medidas de apoyo, y deberá también supervisar la rendición de cuentas que deberá presentar el curador, sobre su gestión al extinguirse su cargo.

Para garantizar la protección de la persona discapacitada que precisa medidas de apoyo y en la que se designe un curador, el Fiscal podrá promover la remoción de éste si detecta un mal desempeño del cargo o cuando el designado se encuentre en una situación que le impida temporal o permanentemente el correcto ejercicio del cargo, pudiendo promover un nuevo expediente para el nombramiento de otro nuevo.

Finalmente, y para los casos en que los deterioros o enfermedades que inicialmente llevaron a la adopción de medidas de apoyo se agraven, o en cada revisión trianual de dichas medidas, el Fiscal podrá iniciar un nuevo proceso.

4.3. Internamientos

La Recomendación CM/Rec(2014)2, de 19 de febrero, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la promoción de los derechos humanos de las personas mayores recoge un apdo. sobre el cuidado de los ancianos en centros asistenciales o residenciales⁽⁸⁾.

El TC, a través de sus sentencias⁽⁹⁾, ha elaborado una diáfana doctrina sobre las garantías judiciales y procesales en los internamientos, zanjando las diferentes interpretaciones y prácticas existentes en las distintas audiencias provinciales evidenciando que internamiento y discapacidad (anteriormente incapacidad) son institutos diferentes⁽¹⁰⁾.

(8) COMITÉ DE MINISTROS, «Recomendación CM/Rec(2014)2, de 19 de febrero, del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la promoción de los derechos humanos de las personas mayores», 19 de febrero de 2014, pág. 17, art. 43: «Las personas mayores, en principio, solo deberían ser internadas para atención residencial, institucional o en establecimiento psiquiátrico con su consentimiento libre e informado. Cualquier excepción a este principio tiene que cumplir los requerimientos del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en particular el derecho a la libertad y seguridad (artículo 5).». Disponible en: https://fiapam.org/wp-content/uploads/2015/08/cmrec_2014_2_es.pdf [Última consulta: 4 de junio de 2020].

(9) SSTC 13/2016, de 1 de febrero, y 34/2016, de 29 de febrero.

(10) Aunque siguiendo la STC 132/2016, de 18 de junio: «tal cosa no significa lógicamente que sean instrumentos jurídicos opuestos, ni que en ocasiones, y esta es una de ellas, no puedan operar conjuntamente en una relación de continente a contenido, cuando cabe la apertura de un proceso de declaración de incapacidad, al hilo del cual promover la inmediata adopción de la medida.».

Como guardián de la legalidad y de los derechos fundamentales de los más desvalidos, le corresponderá también al Fiscal, después de dictarse la sentencia que adopta medidas de apoyo, o aun sin ella, instar el internamiento de aquellos que se encuentren en situaciones de precisar, por razón de su capacidad, «una institución de protección y apoyo». El Fiscal deberá, además, vigilar que durante el internamiento no se restrinjan los derechos del afectado más de lo estrictamente necesario.

Vamos a referirnos solo a los internamientos *involuntarios o forzosos* porque, incluso aunque hubiera sido inicialmente voluntario, la práctica nos demuestra que la ausencia de capacidad de decisión no se manifiesta en el acto del ingreso, sino en un momento posterior. Muchas personas ingresan en residencias con plena capacidad para prestar consentimiento, aceptando que dicho establecimiento constituya su lugar de domicilio y residencia, pero después su conocimiento y voluntad se deterioran haciendo necesario una renovación, o mejor, la convalidación de dicho inicial consentimiento.

Frente a este internamiento «ordinario», utilizado para el ingreso de personas de tercera edad con deterioros mentales de evolución progresiva donde no es necesario el ingreso inminente, cabe diferenciar el internamiento «urgente» para aquellas ocasiones en que sea necesaria una intervención inmediata e ineludible como situaciones de desorientación, abandono, maltrato y cuando la red de apoyo familiar desaparece por acontecimientos imprevistos o por imposibilidad de asumir el cuidado, ambos recogidos en el art. 763 LEC.

La naturaleza de dichos procesos se ha ido definiendo a través de la doctrina del TC, que, finalmente, se ha alineado con la postura constante de la Fiscalía, entendiéndose⁽¹¹⁾ que el actual art. 763 LEC, sucesor del art. 211 CC, era también aplicable a los internamientos en centros para mayores y no solo para internamientos psiquiátricos. El internamiento deja de entenderse como un proceso de jurisdicción voluntaria en la que el juez deba suplir la falta de voluntad para consentir el internamiento. El juez debe determinar si el ingreso involuntario es conforme a derecho, lo que supone que nos encontramos ante un *proceso contradictorio* que la LJV ni siquiera menciona en su T. II.

En todos estos procesos de internamiento es preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, sea o no el solicitante de la medida. Su intervención está

(11) A pesar de la modificación del CC operada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela que introdujo el art. 211, precedente del actual 763 LEC, y que siempre defendió que era también aplicable a los internamientos en centros residenciales, y no solo en los centros psiquiátricos. Como muestra, la Instrucción 3/1990, de 7 de mayo sobre el régimen jurídico que debe regir para el ingreso de personas en residencias de la tercera edad.

expresamente prevista en el art. 763.3 LEC, y de forma genérica en el art. 749 LEC. El TC, en la STC 50/2016, de 14 de marzo⁽¹²⁾, reconoce al Fiscal como un actor indispensable y necesario «en su condición de defensor de los derechos fundamentales en juego» como portador del interés público según la posición institucional fijada en el art. 124.1 CE.

La Circular de la FGE 1/2000, de 5 de abril, ya afirmaba que el Fiscal no tiene la condición de parte en estos procesos, sino que su función es dictaminadora, ya que la ley indica que el juez «oír al Ministerio Fiscal». A efectos prácticos, antes de que el juez dicte el auto acordando o denegando el internamiento, deberá darse traslado del expediente al Ministerio Fiscal para que pueda emitir el correspondiente informe. Con ello se pretende garantizar que el curador (anteriormente el tutor) no pueda disponer de la libertad individual de la persona discapacitada y que el internamiento suponga una delegación del cargo de curador sino un ejercicio del cargo en función del más desvalido o enfermo.

La forma de sustanciarse está regulada también en el actual art. 763 LEC, norma procesal que condensa presupuestos, competencia, actividad probatoria, resolución y control. Aunque dicho precepto solo prevé que la persona internada pueda designar un abogado, no menciona al solicitante del ingreso. Sin embargo, en el art. 750 de la LEC, aplicable también a este proceso, dice que «Fuera de los casos en que, conforme a la Ley, deban ser defendidas por el Ministerio Fiscal, las partes actuarán en los procesos a que se refiere este título con asistencia de abogado y representadas por un procurador.».

Como prevé la Circular 2/2017, de 6 de julio, sobre ingreso no voluntario urgente por razón de trastorno psíquico en centros residenciales para personas mayores, es obligatorio informar al afectado de las razones de la privación de libertad sin presuponer un conocimiento previo que deberá ser realizada por el órgano judicial. La exigencia de informar de los motivos de la detención deriva del art. 5.2 CEDH, situación que no es predicable únicamente de los procedimientos penales, sino también de cualquier forma de privación de libertad. La información de derecho incluirá la designación de abogado y procurador⁽¹³⁾.

(12) Afirma que «debe tenerse en cuenta que el art. 749.1 LEC señala de manera clara que en los procesos sobre capacidad de las personas (...) será siempre parte el Ministerio Fiscal, aunque no haya sido promotor de los mismos ni deba, conforme a la Ley, asumir la defensa de alguna de las partes. El precepto no hace distinción dentro de los distintos procesos sobre capacidad que regula la ley procesal, y el art. 763 LEC se incluye al final, pero dentro, del Capítulo correspondiente a todos ellos.».

(13) Como prevé la STC 22/2016, de 15 de febrero, la persona cuyo internamiento se pretende «puede optar por un Abogado y Procurador “que sean de su confianza o designados por el Juzgado de entre los del turno de oficio”. Si nada manifiesta al respecto, “bien porque no desea hacerlo, bien porque no es capaz de comprender lo que el Juez le dice o de

4.4. Supervisión y vigilancia de los centros

Otra de las funciones que el EOMF le otorga al Fiscal es la inspección, control y supervisión de los centros residenciales o asistenciales en las que estén ingresadas las personas mayores, nuclear para la protección de los mismos.

No obstante, el compromiso de todos los poderes públicos de vigilar, cuidar, atender y proteger eficazmente a nuestros mayores parece actualmente, en plena pandemia de *COVID-19*, absolutamente malograda. En esta crisis nuestros ancianos, los más débiles y vulnerables, han sido inicialmente los más desprotegidos, un flanco olvidado en esta batalla. Las condiciones en que se ha vivido la pandemia en los centros residenciales y asistenciales de personas mayores son aterradoras: aislados, desatendidos, angustiados, enfermos y, en algunos casos, conviviendo con los cadáveres de compañeros fallecidos. Este último y macabro relato fue trasladado por el Ejército y dio lugar a la iniciación de las correspondientes Diligencias de Investigación en las Fiscalías de cada región. Es imposible en este momento sin haber superado la epidemia y con la opacidad con que las AAPP están manejando los datos estadísticos, hacer una radiografía precisa de la situación, pero en una primera aproximación, algunos recuentos apuntan a que más del 50% de los contagios se han producido en los centros de mayores y más de un tercio de los fallecidos eran residentes de los mismos. Hay mucho que analizar y muchas respuestas por dar, y no hay excusas para esquivar este fracaso global de nuestras instituciones en la protección de nuestros mayores.⁽¹⁴⁾

La labor inspectora del Ministerio Fiscal de los centros asistenciales de las personas mayores está presidida también por el espíritu de la Convención de Nueva York, eje principal para la protección de los derechos y dignidad de las personas con discapacidad dado que los Estados parte, firmantes de la misma, tienen la obligación de promover, proteger y garantizar el pleno disfrute de los DD. HH. de las personas con discapacidad y garantizar que gocen de plena igualdad ante la ley. Al hilo de esta Convención, la Fiscalía Especializada en la Protección de Personas con Discapacidad elaboró un *Manual de Buenas Prácticas de los Servicios Especializados del Ministerio Fiscal en la protección a las personas con discapacidad y apoyos, en la aplicación de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006*⁽¹⁵⁾. Dicho texto dedica los epígrafes (61), (62) y (63) del apartado V a la

comunicar una respuesta”, su representación y defensa deben ser asumidas por el Fiscal actuante en la causa».

(14) RADIO TELEVISIÓN ESPAÑOLA. Disponible en: <https://www.rtve.es/noticias/20200607/radiografia-del-coronavirus-residencias-ancianos-espana/2011609.shtml> [Última consulta: 8 de junio de 2020].

(15) GANZENMÜLLER ROIG, C.; SANTOS URBANEJA, F.; LÓPEZ EBRI, G.; FABREGA RUIZ, C.; LÓPEZ-MORA GONZÁLEZ, N.; ALCÁNTARA BARBANY, F.; MAYOR FERNÁNDEZ, D. y DE LA BLANCA GARCÍA, A., *Manual*

forma en la que deben realizarse las inspecciones a los centros asistenciales de ancianos. Dicha guía práctica se completa con la Instrucción 4/2016, de 22 de diciembre, sobre las funciones del Fiscal Delegado de la especialidad civil y de protección jurídica de las personas con discapacidad de las CCAA.

Ambos textos confirman un principio esencial: las visitas del Fiscal a los centros de mayores en ningún caso deben tener un carácter «ceremonial o institucional» sino que tienen un propósito y un contenido. Se debe comprobar algunos aspectos mínimos como:

- Cumplimiento de la normativa de la protección de datos.
- Que el centro disponga de un reglamento de derechos y deberes de los residentes.
- Organización de visitas y comunicaciones con familiares y allegados.
- Atención personalizada y respeto a la capacidad de decisión de los residentes cuando esto es posible.
- Respeto a la intimidad de los internos y al resto de sus derechos fundamentales.
- Atención sanitaria, respetuosa con la autonomía del paciente y en condiciones de igualdad.
- Actividades de ocio.
- Cuestiones de carácter jurídico: incapacidades, autorizaciones de internamiento, información sobre tutelas, etc.
- Temas de carácter económico con el fin de evitar los expolios, abusos y controlar a los guardadores de hecho.

En el caso de que durante las revisiones de los centros se constaten actividades de tipo fraudulento, una asistencia precaria o peligrosa para la salud y el bienestar psíquico y físico de los residentes el Fiscal deberá ejercitar inmediatamente las acciones correspondientes penales o civiles.

Para una mejor gestión del control de los centros se hace imprescindible potenciar la relación y coordinación de las Fiscalías con los servicios sociales de la CCAA, pudiendo incluso colaborar en las tareas de investigación dado que ellos

de Buenas Prácticas de los Servicios Especializados del Ministerio Fiscal en la protección a las Personas con Discapacidad y Apoyos en la aplicación de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, según las conclusiones de las Jornadas de fiscales especialistas en la protección de personas con discapacidad, septiembre de 2010. Disponible en: https://sid.usal.es/idocs/F8/FDO25865/ministerio_fiscal.pdf [Última consulta: 4 de junio de 2020].

visitan con frecuencia las residencias y hará más fluida y ágil la comunicación de los casos de mayor trascendencia.

Respecto a la forma en que pueden realizarse las visitas del Fiscal cabe diferenciar, según el «Manual» dos tipos de visitas: *las ordinarias* y *las extraordinarias*.

— Las visitas *ordinarias* deben ser programadas anualmente atendiendo a las necesidades de cada centro y los recursos de cada Fiscalía. En ellas se revisarán especialmente todos aquellos temas que puedan afectar a los derechos y libertades sirviendo como guía los mínimos arriba señalados. De dicha visita deberá levantarse acta e informar al centro de las irregularidades detectadas para su corrección inmediata, así como iniciar un seguimiento de las mismas. Asimismo, se iniciarán todos los procedimientos judiciales que se consideren necesarios cuando ello sea preciso para la defensa y protección de los derechos de los ancianos.

— Las visitas *extraordinarias* surgen de una denuncia, comunicación o queja llegada a Fiscalía, debiendo incoarse las correspondientes Diligencias Informativas previstas en el art. 5 último pfo. EOMF, practicando las diligencias de pruebas que se estimen convenientes, incluyendo una visita extraordinaria al centro residencial, entrevistas con residentes y familiares, etc. Una vez practicadas las mismas, podrá acordarse su archivo, con comunicación al denunciante para que pueda reproducir su denuncia, en su caso, ante la autoridad judicial o administrativa, o la interposición de la correspondiente denuncia o querrela.

V. CONSECUENCIAS DE LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE APOYO

Con carácter previo, hay que tener en cuenta que no cabe retrotraer los efectos de la adopción de medidas de apoyo, de forma que ésta tiene efectos desde que es firme⁽¹⁶⁾.

5.1. Alcance de las medidas de apoyo

Como se ha expuesto anteriormente, el alcance de la adopción de las medidas de apoyo viene determinado en la sentencia dictada por el juez, en la que

(16) Así, el TS ha declarado en sus STS 289/2008, de 26 de abril, y 535/2018, de 28 de septiembre: «(...) Pretender el traslado de todas estas deficiencias a diez años antes, simplemente por el interés patrimonial de los que concurren, resulta improcedente, ya que lo que debe tenerse en cuenta es el estado de la enfermedad en el momento de su reconocimiento judicial y pruebas periciales practicadas en el pleito, que no autorizan para nada la retroactividad pretendida, sobre todo cuando ninguna probanza convincente se aportó en este sentido.».

debe señalar la extensión y los límites de dichas medidas, el régimen de apoyo y los límites de las facultades de la persona que presta dicho apoyo, así como el posible internamiento de la persona incapacitada.

El alcance de las medidas de apoyo depende de la situación y circunstancias concretas en que se halle la persona discapacitada y no queda al arbitrio judicial, ya que debe respetar la voluntad de la persona discapacitada, en especial en los casos de adopción voluntaria de medidas de apoyo, si bien en función de las circunstancias concretar podrá alterar o complementar las medidas de apoyo propuestas por la persona discapacitada.

5.2. Extensión y límites de las medidas de apoyo

Como se ha expuesto reiteradamente, las medidas de apoyo son graduables y la autoridad judicial en su resolución puede establecer las limitaciones y la necesidad de representación por parte del curador en aquellos casos en los que lo considere oportuno.

En todo caso, la autoridad judicial puede en su resolución establecer de modo preciso los actos para los que la persona discapacitada precisará o no apoyo o incluso representación. Asimismo, recordemos que para determinados actos de disposición, el curador incluso con facultades de representación necesitará la autorización judicial previa.

5.3. Consecuencias civiles

Más allá de las consecuencias de orden privado como son la facultad de otorgar testamento notarial y el derecho a contraer matrimonio, que vienen determinados tanto por las modificaciones introducidas recientemente en el CC como por la Sentencia de adopción de medidas de apoyo, existen una serie de consecuencias en el orden civil de la persona discapacitada.

Hay que tener en cuenta que se pretende dotar a la persona incapacitada de la mayor libertad posible, respetando su voluntad y adoptando únicamente las medidas estrictamente necesarias, de forma que la resolución judicial adoptando las medidas de apoyo debería ser lo más extensa posible respecto a sus consecuencias civiles. Hay que tener en cuenta que la limitación restrictiva de derechos se ha visto trasladada a nuestro ordenamiento jurídico, p. ej. la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad, suprimió los apartados b) y c) del punto primero del art. 3, que establecían una limitación automática e inmediata del derecho de sufragio activo de los declarados incapaces, de forma que, a partir de la entrada en vigor de dicha Ley, los incapaces, léase personas con discapacidad, quedaron reintegrados plenamente en dicho derecho.

A) De la publicidad registral

Una consecuencia inmediata de la adopción de medidas de apoyo es su inscripción en el Registro Civil, de forma que, una vez que la sentencia sea firme, el juzgado lo notificará al Registro Civil competente, que, procederá a la inscripción de la resolución judicial.

No obstante, esta inscripción tiene la naturaleza de dato con publicidad restringida de forma que conforme a lo establecido en el art. 84 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, sólo el inscrito o sus representantes legales, quien ejerza el apoyo y que esté expresamente autorizado, el apoderado preventivo general o el curador en el caso de una persona con discapacidad podrán acceder o autorizar a terceras personas la publicidad de los asientos que contengan datos especialmente protegido.

Lógicamente, las Administraciones Públicas y los funcionarios públicos podrán acceder a los datos especialmente protegidos cuando en el ejercicio de sus funciones deban verificar la existencia o el contenido de medidas de apoyo.

Consideramos que la publicidad del Registro Civil podría ser un cauce de protección tanto para la persona discapacitada y su curador o guardador de hecho, como para terceros que, eventualmente, estén en disposición de llevar a cabo cualquier acto con trascendencia jurídica. En consecuencia, la limitación a la publicidad de la adopción de medidas de apoyo introducida por la Ley 8/2021, si bien respeta la intimidad de la persona discapacitada, entendemos que es, o puede ser, contraproducente para sus propios intereses de forma que debería modificarse, como posteriormente se analizará, tanto el actual sistema de acceso a dicha información como las consecuencias de un uso irregular de la misma.

Por último, la resolución judicial se comunicará a petición de parte a cualquier otro Registro Público, si bien en la reciente redacción del art. 755 LEC se establece que en el caso de medidas de apoyo, la comunicación se realizará únicamente a petición de la persona a favor de la cual el apoyo se ha constituido.

B) De los actos con trascendencia jurídica

Conforme se ha expuesto anteriormente, la sentencia que acuerde la adopción de medidas de apoyo debe determinar la extensión de las mismas, de forma que cualquier acto que realice la persona discapacitada que requiera la intervención del curador podrá declararse nulo. En este sentido, la jurisprudencia de nuestros tribunales ha optado bien por la declaración de la nulidad absoluta, bien por la nulidad relativa a través de la anulabilidad de dichos negocios jurídicos, debiendo analizarse la situación en concreto⁽¹⁷⁾.

(17) En este sentido, la STS 1^a 1169/2016, de 16 de marzo, realiza la distinción de ambas figuras: «(...) la Audiencia Provincial de Lleida el 17 de julio de 2009 en los siguientes

En consecuencia, en función de la situación en la que nos encontremos, podrá declararse la nulidad absoluta o la nulidad relativa, que, en todo caso, conllevará que el negocio jurídico llevado a cabo por la persona discapacitada no tendrá efectos, si bien con las consecuencias que dicha diferencia de calificación de la nulidad conlleva en términos generales.

C) *Responsabilidad civil extracontractual*

Como venimos exponiendo, la adopción de medidas de apoyo para personas discapacitadas no supone automáticamente la imposibilidad absoluta de ésta para poder comprender las consecuencias de su conducta dañosa derivada de las actuaciones culposas o negligentes, tal y como establece el art. 1902 CC, aunque, en la práctica, muy posiblemente el deterioro cognitivo que originó la adopción de medidas se traduzca en lo que podemos llamar una «inimputabilidad civil».

En tales casos, y dado que no es posible exigir la responsabilidad a quienes han causado el daño, el CC acude a la «responsabilidad por hecho ajeno» que establece en el art. 1903 . El origen de dicha responsabilidad radica en la presunción por parte de la ley de que si se produce un daño es porque el mecanismo de guarda o vigilancia ha fallado (culpa in vigilando) y, por tanto, hay una culpa concurrente de quien ejerce la curatela o guarda de hecho.

términos: “[N]o es preciso que exista una declaración judicial de incapacidad para que el acto sea nulo si el sujeto que lo realiza carece de la capacidad natural para llevarlo a cabo. Por tanto, como indica la STS de 19-11-2004, debe partirse de la distinción entre incapacidad natural —a consecuencia de que un sujeto se encuentre en una situación física o psíquica que elimine su entendimiento y voluntad y le impida entender y querer al acto que realiza—, e incapacidad resultante del estado civil de incapacitado. A ésta última es a la que se refieren los arts. 199 y siguientes C.C., mediante sentencia judicial que así la declare y constituya, por concurrir alguna de las circunstancias previstas en la ley, y dará lugar a que los contratos que a partir de ese momento celebre el sujeto serán anulables arts. 1.263-2 y 1.301 C.C.). Sin embargo, el hecho de que una persona no haya sido judicialmente incapacitada no significa que sean válidos los actos que realice sin la capacidad natural precisa en cada caso, porque esa carencia excluye la voluntad negocial e impide que lo hecho valga como declaración (como indica la STS de 4-4-1984 la incapacidad mental determina que el negocio sea radicalmente nulo o inexistente por falta de un requisito esencial, y que esa inexistencia es perpetua e insubsanable)”.

La incapacidad para prestar el consentimiento por parte de quien padece demencia, alzhéimer o cualquier otra forma de deterioro cognitivo da lugar a la inexistencia de consentimiento, lo que genera la nulidad de pleno derecho del acto dispositivo. No es un vicio del consentimiento, sino que éste último es inexistente; no estamos en el supuesto previsto en el art. 1.300 del Código Civil [...], pues no hay vicio alguno que afecte al consentimiento emitido, como sucede en los casos de error, dolo, violencia e intimidación, sino en un supuesto de ausencia de consentimiento.».

Para los supuestos en que el anciano reside en un establecimiento asistencial perteneciente a la misma persona jurídica que ha sido designada curadora, ésta será responsable de los daños ocasionados por el residente sometido a su apoyo. Dicha responsabilidad no excluye la posibilidad de ejercitar una acción de repetición por parte del centro asistencial contra la persona física que hubiera actuado de forma negligente.

Cuando el anciano con discapacidad que precisa medidas de apoyo viva en centros pertenecientes a instituciones o personas jurídicas distintas de aquella que haya sido designada como curador, existirá un protocolo de colaboración o contrato entre la institución jurídico-pública titular de la curatela y las instituciones públicas o privadas especializadas en la atención de personas mayores por el que se convierte en guardador de hecho. Ante esta situación, y para evitar que el daño se quede sin reparar, y aunque el centro donde viva el anciano no haya asumido la función de apoyo, será responsable de la indemnización. No siempre se ha interpretado así. Así, hay quienes defienden la exclusión del guardador de hecho aferrándose a la taxativa enumeración del art. 1903 CC. No obstante, parece evidente que el guardador debe tener una responsabilidad semejante, ya que la guarda está formalmente constituida y nada justifica una responsabilidad atenuada⁽¹⁸⁾.

5.4. Consecuencias en el ámbito penal

A) Los mayores y el Derecho Penal

El análisis de la relación del DP y la tercera edad no puede soslayar uno de los aspectos más relevantes y desgraciados cual es el de nuestros ancianos como víctimas de distintos delitos. En este caso, a la función de protección de los más desamparados atribuida al Fiscal se ve reforzada en el proceso penal en la que

(18) SERRANO, M., «Responsabilidad Derivada de los Daños Causados por Personas Mayores Incapaces (V)», enero de 2019. Disponible en: <https://mayoresabogacia.com/responsabilidad-derivada-por-los-danos-causados-por-personas-mayores-incapaces-v/> [Última consulta: 4 de junio de 2020]. Por su parte, la Sala de lo Penal del TS en su STS 745/2013, de 7 de octubre, establece: «En el caso de las personas jurídicas y establecimientos residenciales públicos o privados podemos hablar de una responsabilidad directa o cuasi-objetiva como viene fijando de forma reiterada la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo desde la ST 1135/2006, de 10 de noviembre, aunque el precepto que la declara sigue a un artículo que se basa en la responsabilidad por culpa o negligencia, no menciona tal dato de culpabilidad, y por ello se ha sostenido que contempla una responsabilidad por riesgo o cuasi objetiva con ciertos matices de subjetivismo, sobre todo cuando el daño se genera en actividades que conllevan un elevado riesgo. Así incluso, en el ámbito de la jurisdicción civil, se ha aplicado en algunas materias la teoría del riesgo, según la cual, quien obtiene los beneficios de una actividad debería asumir los perjuicios necesarios para obtener dichos beneficios (“cuius commoda eius in commoda”).».

asume, entre otras, la defensa de la víctima y de sus intereses que se ha de reforzar especialmente en torno a este colectivo. Además de delitos habituales en los que la ancianidad otorga al ofensor una situación de superioridad, hay otra serie de delitos cometidos propiamente contra este grupo social que podríamos denominar «maltratos a los ancianos»⁽¹⁹⁾. Se trata de conductas contra este grupo social que, de forma generalizada, presentan un deterioro físico y/o psíquico del mayor y una situación de dependencia, con necesidades prolongadas y que se desarrollan en un contexto de confianza. Son situaciones silentes con la intensidad y frecuencia en el tiempo suficientes como para producir graves consecuencias físicas, psíquicas, sociales, financieras de innecesario sufrimiento dolor pérdida o violación de derechos fundamentales yo calidad de vida. Podemos identificar:

- Negligencias en el cuidado y atención,
- Maltrato físico,
- Maltrato moral (vestimenta) abusos de contenido sexual,
- Abusos de contenido económico,
- Maltrato emocional o psicológico o
- Maltrato asistencial (uso innecesario de sujeciones, excesiva mediación o falta de higiene).

La necesidad de mayor protección en el ámbito penal de nuestros mayores ha sido trasladada a nuestro CP más claramente a través de la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del CP, que pretende, entre sus objetivos declarados, la inclusión de los principios que emanan de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. El hecho de ser la víctima del delito una persona con discapacidad necesitada de especial protección se convierte en una circunstancia a la que el legislador otorga un mayor disvalor, previendo una mayor pena, como ocurre con el delito de homicidio, que se convierte en asesinato (art. 139 CP), en el de detención ilegal (art. 166 CP), violencia doméstica (arts. 153 y 173 CP), prostitución (arts. 188 y 189 CP) o delitos contra la intimidad (art. 197 CP).

Con el mismo espíritu, se modifica la excusa absolutoria para los delitos patrimoniales entre parientes prevista en el art. 268 CP: no sólo se excluyen los supuestos en que concurra en la perpetración del delito violencia o intimidación, sino también «abuso de la vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad.».

(19) ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, «Maltrato de las personas mayores», junio de 2018. Disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/elder-abuse> [Última consulta: 4 de junio de 2020].

También en el ámbito del procedimiento penal, la reciente aprobación del Estatuto de la Víctima del Delito por Ley 4/2015, de 27 de abril, viene a reconocer las especiales necesidades de las personas con algún tipo de minusvalía que han sido víctimas de algún delito. El concepto de víctima se ve ampliado, abarcando cualquier delito y todo tipo de perjuicios, ya sean de carácter físico, moral o material irrogados, pero no sólo sufridos por la víctima directa, sino también por las víctimas indirectas, como familiares o asimilados de aquella.

B) *Responsabilidad penal de personas discapacitadas*

Siguiendo con el DP, debemos analizar ahora a la persona de edad avanzada como autora o partícipe, en cualquiera de sus formas de un delito⁽²⁰⁾.

Existe así, en nuestro DP, una *presunción de imputabilidad*. Es obvio que la diferente y limitada (o inexistente) respuesta que el Derecho Penal proporciona ante la comisión de un delito por una persona que precisa medidas de apoyo no nace automáticamente de la sentencia de adopción de éstas o del diagnóstico anterior (deterioro cognitivo, demencia, delirio, deterioro fronto-temporal, trastorno neurodegenerativo, etc.), sino del menoscabo o anulación «ya no de la capacidad de *conocer* y *querer* que postulaban concepciones hoy superadas, sino, en lo cognitivo, de *comprender que el hecho es injusto* y, en lo volitivo, de *dirigir* su comportamiento acomodadamente a aquella comprensión.»⁽²¹⁾.

El alcance de la respuesta penal se fundamenta en el «juicio de culpabilidad», que pasa necesariamente por la opinión de expertos e informes periciales sobre las aptitudes conservadas por el sujeto para atribuirle, total o parcialmente, el hecho antijurídico que haya realizado. Así, el art. 20.1 CP establece que «Están exentos de responsabilidad criminal: 1.º El que, al tiempo de cometer la

(20) La actual redacción del art. 25 CP, modificado por LO 1/2015, de 30 de marzo, establece que «A los efectos de este Código se entiende por discapacidad aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Asimismo, a los efectos de este Código, se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente.»

(21) STS, Sala 2.ª, de 8 de junio de 2018 (Rec. 1189/2017). Sistema mixto frente al sistema biológico o al psiquiátrico. Se menciona entonces el fenómeno o los fenómenos que convierten al sujeto en inimputable, pero se explica a la vez por qué ocurre eso, es decir, se menciona la repercusión de la edad, la perturbación mental o la desarticulación cultural en la comprensión y la voluntad del sujeto.

infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.».

Según la afectación de las capacidades intelectivas y volitivas podremos distinguir entre «imputables» y «semi-imputables», con lo que será posible apreciar no sólo la exigente completa, sino incompleta (art. 21.1 CP), o, incluso, atenuantes muy cualificadas o simples⁽²²⁾.

Además, es necesaria prueba suficiente acerca de la concurrencia de la exigente completa que se alega, como prevé el TS en STS, Sala 2.^a, 467/2015, de 20 de julio⁽²³⁾.

La constatación de la inimputabilidad no equivale a una total ausencia de consecuencias penales. Las personas declaradas exentas de responsabilidad penal podrán ser sometidas a medidas de seguridad privativas de libertad (internamiento para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía que presente) o no privativas de libertad. Así, el CP prevé, en el caso de inimputables, las medidas de internamiento para tratamiento médico o psiquiátrico (art. 101.1 CP), centro de deshabitación (art. 102.1 CP), internamiento en centro educativo especial y a las que se podrán sumar las previstas en el art. 105.1 CP. En el caso de los semi-imputables podrá imponerse, además de la pena correspondiente, una medida de seguridad en la forma descrita en los arts. 99 y 104 CP. Como vemos, entre las medidas que no suponen privación de libertad, el CP establece un amplio catálogo, tratamiento

(22) STS, Sala 2.^a, 678/2017, de 18 de octubre: cuando «la valoración de la afectación de la conciencia y voluntad es tan solo parcial, con lo que en ningún caso podría llegar a alcanzarse un grado de exigente completa que propugna el recurrente. Son muchas las sentencias de esta Sala que, como la de instancia aprecian una atenuante analógica, cuando al trastorno de la personalidad se caracteriza por un déficit de control de los impulsos. Sería preciso además que el autor de la infracción penal, a causa de la alteración que sufre, no pudiera comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión, es decir, es preciso que la anomalía o alteración se interponga entre el sujeto y la norma que establece la ilicitud del hecho, de forma absoluta.».

(23) Al apuntar que «las causas de inimputabilidad como excluyentes de la culpabilidad (realmente actúan como presupuestos o elementos de esta última) en cuanto causas que enervan la existencia del delito (por falta del elemento culpabilístico) deben estar tan probadas como el hecho mismo y la carga de la prueba, como circunstancias obstativas u obstaculizadoras de la pretensión penal acusatoria que son, corresponde al acusado en quien presumiblemente concurren. Los déficits probatorios no deben resolverse a favor del reo, sino en favor de la plena responsabilidad penal (STS. 1477/2003 de 29.12). En definitiva, para las eximentes o atenuantes no rige en la presunción de inocencia ni el principio “in dubio pro reo”. La deficiencia de datos para valorar si hubo o no la exigente o atenuante pretendida no determina su apreciación. Los hechos constitutivos de una exigente o atenuante han de quedar tan acreditados como el hecho principal (SSTS. 701/2008 de 29.10, 708/2014 de 6.11).».

médico externo, tratamiento socio-sanitario, custodia familiar, prohibición de acudir a determinados lugares o visitar ciertos establecimientos.

La imposición de estas medidas se fundamentará en la apreciación objetiva de la peligrosidad del autor que, como destaca la STS, Sala 2.^a, 482/2010, de 4 de mayo, resulta de un doble juicio:

— El diagnóstico de peligrosidad, que se fundaría en el actuar peligroso para la sociedad, ya patentizado por la satisfacción del primero de los requisitos indicado (art. 6.1 CP), pero de distinto alcance según la naturaleza y circunstancias del delito cometido.

— El pronóstico de comportamiento futuro, que supone una evaluación de las posibilidades de que el observado vuelva a cometer hechos dañinos para la sociedad, según se recoge en el art. 95.1.2.^o del CP⁽²⁴⁾.

Su duración será variable, a la luz de los distintos informes facultativos que el juez vaya recibiendo durante la ejecución, pudiendo sustituir la medida por otra que estime más adecuada, dejarla en suspenso, a la luz de los resultados obtenidos o acordar su cese cuando desaparezca la peligrosidad de la persona sometida a la misma (art. 97 CP).

Tanto la selección inicial de la medida, la naturaleza del centro, como las posteriores modificaciones de las medidas se decidirán por el tribunal sentenciador, aunque en este último caso será a propuesta del JVP. En el caso de las medidas de internamiento, como prevé el CP, en ningún caso podrán tener una duración superior a la que habría tenido la pena privativa de libertad.

Es posible que la inimputabilidad sobrevenga durante la tramitación del proceso penal, supuestos éstos previstos en los arts. 381, 382 y específicamente en el art. 383 LECrim.⁽²⁵⁾

La aplicación de este artículo no es en absoluto pacífica. Frente a la jurisprudencia constitucional y una línea jurisprudencial de la Sala 2.^a del TS, que optan por la inflexible aplicación del art. 383 LECrim. sin posibilidad de juicio, la STS, Sala 2.^a, 877/2017, de 21 de diciembre, se alza alegando⁽²⁶⁾.

(24) SSTS, Sala 2.^a, 603/2009, de 11 de junio; y 728/2016, de 30 de septiembre.

(25) «Si la demencia sobreviniera después de cometido el delito, concluso que sea el sumario, se mandará archivar la causa por el Tribunal competente hasta que el procesado recobre la salud, disponiéndose además respecto de éste lo que el Código Penal prescribe para los que ejecutan el hecho en estado de demencia. Si hubiese algún otro procesado por razón del mismo delito que no se encontrase en el caso del anterior, continuará la causa solamente en cuanto al mismo.».

(26) «que acordar la celebración del juicio contra quien no es capaz de entender lo que en el ocurre, también resulta inconstitucional por lesionar el adecuado ejercicio del derecho de defensa (art. 24 de la CE) y el derecho a un proceso justo.» En la STS, Sala 2.^a, 1033/2010, de

C) *Responsabilidad civil derivada del delito*

Pero la exención de responsabilidad criminal no exime de la responsabilidad civil derivada de ese delito, como prevé el art. 109.1 CP «La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados». No obstante, en el caso de las personas mayores cuando el ilícito penal haya sido cometido por una persona penalmente inimputable, la responsabilidad civil se traslada, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 120.1 CP, a los curadores con facultades de representación plena que convivan con la persona a quien prestan apoyo, siempre que haya por su parte culpa o. Este artículo no es más que la trasposición al ámbito penal del art. 1903 CC, al que también nos referimos al hablar de la responsabilidad civil extracontractual, pero con una importante diferencia: en el caso penal, la norma habla expresamente de «*culpa o negligencia*» como fundamento de derivación de la responsabilidad. Por el contrario, el art. 1903 CC ha sido interpretado jurisprudencialmente en el sentido de que el mismo establece un régimen de responsabilidad cuasi objetiva.

Esta responsabilidad es igualmente exigible a los establecimientos residenciales públicos o privados en que viva el anciano según lo dispuesto en el art. 120.3 CP⁽²⁷⁾.

Los requisitos que deben concurrir para exigir responsabilidad a los curadores son por tanto tres: i) la conducta de los curadores, tanto las personas físicas como jurídicas incluyendo instituciones privadas y públicas, debe ser culpable o negligente; ii) la convivencia con la persona discapacitada; y iii) el curador debe contar con facultades de representación plena. Con respecto al primer requisito, es necesaria la existencia de un nexo causal entre la actuación punible de la persona

24 de noviembre, se alza otra línea que defiende la idoneidad de la celebración de un juicio, donde probar el alcance de la enfermedad psíquica sobrevenida y en la que el que la padece tenga posibilidad de defenderse y sea la sentencia la que acuerde la medida de seguridad idónea y con posibilidad de recurso, «siempre habrá de considerarse como más respetuoso con los derechos del inimputable, la aplicación de la medida, que se hace imprescindible por razones obvias, tras la celebración de un juicio en el que el Tribunal pueda apreciar, con la intervención del Letrado defensor, las pruebas existentes sobre la comisión de los hechos, autoría, etc. y el dictado de una resolución que motive las conclusiones alcanzadas por el Juzgador, que omitir ese trámite esencial y pasar, directamente, a imponer una consecuencia tan aflictiva como el internamiento con pérdida de libertad, sin más constatación que la del que el sospechoso de haber cometido los hechos sufre una grave alteración psíquica.».

(27) Establece que son «también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente: Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que este no se hubiera producido sin dicha infracción.».

discapacitada exenta de responsabilidad criminal y la conducta negligente de aquel que debe ejercer su guardia o custodia, pudiendo señalarla la STS, Sala 2.^a, 778/2015, de 18 de noviembre, referida expresamente a las personas jurídicas⁽²⁸⁾.

Con respecto al requisito de convivencia podemos señalar la STS, Sala 2.^a, 16/2015, de 13 de enero⁽²⁹⁾.

VI. RECOMENDACIONES

Conforme se ha puesto de manifiesto en los apartados anteriores, se considera que el anterior marco jurídico relativo a la incapacidad de las personas, si bien era mejorable, resultaba apropiado para la consecución de los fines y objetivos para los que se desarrollaba. Con la modificación introducida en junio de 2021, se ha dado cumplimiento a los estándares internacionales, favoreciendo la intervención plena de las personas con discapacidad y protegiendo en mayor medida y sus intereses así como su voluntad, si bien consideramos que al menos se podrían tener en consideración las siguientes recomendaciones:

— El anterior procedimiento judicial de incapacidad tenía una duración media de ocho meses, plazo que se amplía de media entre diez y doce meses en caso de apelación, si bien con las modificaciones introducidas recientemente, priorizando el expediente de jurisdicción voluntaria se deberían acortar dichos plazos, dado que el procedimiento se puede convertir en contradictorio, es previsible que los plazos a partir de la modificación sean

(28) «se debe expresar que esa responsabilidad (penalmente) no es automática y objetiva, sino que tiene unos requisitos para que se produzca de carácter cuasi-subjetivos; así el 1º de los artículos citados (118) establece la necesidad de que medie culpa o negligencia por su parte y el 2º (120) infracción por parte de los directivos, administradores o empleados de disposiciones (de la autoridad) o reglamentos que se relacionen con el hecho punible.

Es decir, no es una cuestión automática, sino que requiere una culpa, negligencia, o infracción de normas, para que ello se origine; y si ésta no se produce no sería responsable en la vía penal, en la vía de la responsabilidad civil “ex-delicto”, no se está expresando, que no procede indemnización por ellas a los dañados, que consideramos que indudablemente procede, dada su obligación de vigilancia, control, seguridad, amparo, etc., (y posiblemente en vía contencioso administrativa por anormal funcionamiento de la Administración Sanitaria) y la necesidad de reparar el daño, sino que ella (la indemnización) no sería aplicable en esta vía penal.».

(29) Establece que «el requisito de convivencia con el menor o incapaz, cuando el tutor es una persona jurídica: es exigible, aunque debe ser interpretado en forma análoga a la que tendría lugar con respecto a personas físicas, como una situación de residencia bajo el control y cuidado del organismo público competente, que habrá de entenderse concurrente cuando tal asistencia sea precisada por el incapacitado, pues otra inteligencia llevaría a entender que no existiría, ni tampoco la consiguiente responsabilidad que se establece, si el incapacitado queda por completo al margen de la protección derivada de la tutela en su más amplio contenido.».

incluso mayores, por lo cual sería recomendable un incremento de medios materiales y humanos para dotar a los juzgados especializados de dichos medios para la reducción sustancial de plazos.

— Dado el desconocimiento del procedimiento de adopción de medidas a poyo del público en general, sería recomendable la modificación del proceso judicial, imponiéndose la especialización de los agentes jurídicos intervinientes en el mismo, haciendo especial referencia al desconocimiento generalizado del relevante papel del Ministerio Fiscal. Se considera que, si el ciudadano en general estuviera informado de su función, se agilizarían los procedimientos, si bien para ello, y dado que se incrementaría sustancialmente la carga de trabajo, sería necesario el incremento, de nuevo, de medios materiales y humanos.

— Para evitar situaciones como las comentadas, en las que una persona mayor carece de familiares que se ocupen de ellos, sería deseable una mayor coordinación de los servicios sociales, así como un mayor seguimiento y control de los sistemas de apoyo, a fin de adaptarlos a las necesidades de la persona discapacitada.

— La modificación del sistema de publicidad del RRC, en el sentido de crear un registro público de acceso rápido y telemático a la base de datos de personas discapacitadas que precisan medidas de apoyo y especialmente cuando el curador ostente las facultades de representación, podría ser un instrumento que facilitaría la formalización de negocios jurídicos con personas discapacitadas. Consideramos un paso atrás la modificación introducida en la Ley del Registro Civil limitando la publicidad de estas situaciones a la voluntad de la persona discapacitada. Dicho registro, lógicamente, debería cumplir con la legislación europea y española relativa a la protección de datos de carácter personal y debería permitir tener conocimiento de quién y cuándo ha accedido a la información, de manera que, en caso de utilizar ésta de forma indebida, debería tener consecuencias legales, a nuestro parecer de índole penal, puesto que habría obtenido la información con ánimo delictivo para aprovecharse de una persona discapacitada que precisa de apoyo externo.

VII. BIBLIOGRAFÍA CITADA

COMITÉ DE MINISTROS, «Recomendación CM/Rec(2014)2, de 19 de febrero, del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la promoción de los derechos humanos de las personas mayores», 19 de febrero de 2014.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, SOCIEDAD ESPAÑOLA DE NEUROLOGÍA, FUNDACIÓN ACE, COL·LEGI OFICIAL DE METGES DE BARCELONA y CATALUNYA CAIXA, «Estudio del Observatorio sobre Salud Cognitiva, Autonomía, Competencia y Derechos Humanos».

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, «Avance de la Estadística del Padrón Continuo a 1 de enero de 2020», 21 de abril de 2020.

Páginas electrónicas

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, «Memoria elevada al Gobierno de S.M.», 9 de septiembre de 2019. Disponible en: <https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/Inicio.html> [Última consulta: 4 de junio de 2020].

FUNDACIÓ VÍCTOR GRÍFOLS I LUCAS, *Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas*, «La incapacitación, reflexiones sobre la posición de Naciones Unidas», núm. 39, 2016. Disponible en: <https://www.fundaciogrifols.org/documents/4662337/11652801/incapacitacion/2e1c202b-019a-4248-9168-38a27c97c25c> [Última consulta: 4 de junio de 2020].

GANZENMÜLLER ROIG, C.; SANTOS URBANEJA, F.; LÓPEZ EBRI, G.; FABREGA RUIZ, C.; LÓPEZ-MORA GONZÁLEZ, N.; ALCÁNTARA BARBANY, F.; MAYOR FERNÁNDEZ, D. y DE LA BLANCA GARCÍA, A., *Manual de Buenas Prácticas de los Servicios Especializados del Ministerio Fiscal en la protección a las Personas con Discapacidad y Apoyos en la aplicación de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006*, según las conclusiones de las Jornadas de fiscales especialistas en la protección de personas con discapacidad, septiembre de 2010. Disponible en: https://sid.usal.es/docs/F8/FDO25865/ministerio_fiscal.pdf [Última consulta: 4 de junio de 2020].

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, «Maltrato de las personas mayores», junio de 2018. Disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/elder-abuse> [Última consulta: 4 de junio de 2020].

SERRANO, M., «Responsabilidad Derivada de los Daños Causados por Personas Mayores Incapaces (V)», enero de 2019. Disponible en: <https://mayoresabogacia.com/responsabilidad-derivada-por-los-danos-causados-por-personas-mayores-incapaces-v/> [Última consulta: 4 de junio de 2020].

Jurisprudencia

- STC 132/2010, de 2 diciembre.
- STC 13/2016, de 1 de febrero.
- STC 22/2016, de 15 de febrero.
- STC 34/2016, de 29 de febrero.
- STC 50/2016, de 14 de marzo.
- STC 132/2016, de 18 de junio.
- STS 1.^a 995/1991, de 31 de diciembre.
- STS 1.^a 967/1994, de 31 de octubre.

- STS 1.ª 738/1999, de 16 de septiembre.
- STS 289/2008, de 26 de abril.
- STS 1.ª 282/2009, de 29 de abril.
- STS, Sala 2.ª, 603/2009, de 11 de junio.
- STS 282/2009, de 29 de septiembre.
- STS, Sala 2.ª, 482/2010, de 4 de mayo.
- STS 1.ª de 11 de octubre de 2012 (Rec. 262/2012).
- STS 421/2013, de 24 de junio.
- STS 745/2013, de 7 de octubre.
- STS 337/2014, de 30 de junio.
- STS, Sala 2ª, 16/2015, de 13 de enero.
- STS, Sala 2.ª, 467/2015, de 20 de julio.
- STS, Sala 2.ª, 778/2015, de 18 de noviembre.
- STS 1ª 1169/2016, de 16 de marzo.
- STS 728/2016, de 30 de septiembre.
- STS 1.ª 298/2017, de 16 de mayo.
- STS, Sala 2.ª, 678/2017, de 18 de octubre.
- STS, Sala 2.ª, 877/2017, de 21 de diciembre.
- STS, Sala 2.ª, de 8 de junio de 2018 (Rec. 1189/2017).
- STS 1.ª 535/2018, 28 de septiembre.
- STS 1.ª 118/2020, de 19 de febrero.

CAPÍTULO 21

EL DERECHO A LA INFORMACIÓN FINANCIERA A LAS PUERTAS DE LA JUBILACIÓN

Laura Pilar Duque Santamaría
Subdirectora General de Cumplimiento y Legal
Mutualidad General de la Abogacía
Inspectora de seguros del Estado en excedencia

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: FACTORES QUE HACEN QUE LAS PERSONAS DE EDAD AVANZADA PUEDAN SER VULNERABLES AL CONSUMIR⁽¹⁾ PRODUCTOS Y SERVICIOS FINANCIEROS

Desde el punto de vista de la legislación aplicable a la prestación de servicios y actividades de inversión en instrumentos financieros y a la comercialización de productos de seguros en España, ni el regulador nacional y tampoco el regulador comunitario han abordado la tarea de definir qué es un consumidor de edad avanzada y tampoco cómo pueden protegerse sus derechos. Por tanto, en general, y a salvo de situaciones de incapacidad ya sea motivada por la edad o por otras circunstancias, no hay ninguna diferencia en la normativa sobre aspectos de conducta o de información pre y post contractual que proteja los derechos de este segmento cada vez más relevante de la población.

Es una realidad que las personas de edad avanzada, como consumidores de bienes y servicios también consumen productos y servicios financieros, tanto bancarios, como aseguradores o de inversión en los mercados. El hecho de que se adapten a ellos o no (llegando incluso a provocar exclusión financiera) el diseño de estos productos, que la información que reciban tanto con carácter precontractual como durante la vida de los contratos sea la adecuada para sus circunstancias, el hecho de que el nivel de educación financiera de la población de edades más avanzadas es actualmente inferior y, sobre todo, la pérdida progresiva de capacidades cognitivas por consumidores de productos o servicios financieros que requieren que tomen decisiones a lo largo de la vida del contrato, ponen de manifiesto que la realidad una vez más ha adelantado a la regulación, y que hay numerosas cuestiones relativas a estos aspectos que no están previstas en la norma.

Otra cuestión adicional sobre la que se comienza a estudiar entre los supervisores financieros de la OCDE⁽²⁾ y sobre la que aún no existe regulación al respecto

(1) En este primer apartado utilizamos los términos «consumidor» y «cliente» indistintamente, no con su significado estrictamente jurídico conforme a la normativa española sino en sentido amplio, como se utiliza en diversas normas comunitarias.

(2) OECD, *Financial Consumer Protection and Ageing Populations*, 2020. www.oecd.org/finance/Financial-consumer-protection-and-ageing-populations.pdf

ni en España ni en la UE es la posibilidad de que los consumidores de estas edades puedan ser víctimas de *abuso financiero*. En 2018 la OMS⁽³⁾ definió el abuso sobre las personas mayores indicando que puede incluir abuso psicológico, abuso físico y abuso financiero y estimó que el 6,8% de las personas de 60 años o más son objeto de abuso financiero, definiéndolo como el mal uso ilegalmente de sus activos, inmuebles o dinero. Estas situaciones pueden ocurrir en entornos donde existe una relación de confianza, como la familia, o una expectativa de confianza como una comunidad o institución residencial de cuidados a mayores. Asimismo, el abuso financiero puede tener lugar no sólo en relaciones presenciales, sino también a través del teléfono o de canales digitales, pudiendo alcanzar incluso situaciones de fraude o estafa. Tampoco la normativa española sobre comercialización a distancia de servicios financieros contiene ninguna consideración particular para los consumidores de edad avanzada.

Llegados a este punto, se podría aducir que para resolver estas situaciones ya contamos con la normativa general: por un lado, el CP podría permitir encontrar soluciones a las situaciones de abuso extremo, y el CC y la amplia doctrina relativa al consentimiento y a la capacidad de obrar resuelven vacíos en el resto de situaciones por lo que, en consecuencia, se diría que el debate es baladí. Desde una perspectiva simplificadora del problema, podríamos aceptar que, en parte, es cierto. No obstante ¿cómo se protegen los derechos de estos consumidores de productos y servicios financieros cuando aún no se ha cruzado esa barrera del deterioro cognitivo que permita poner en tela de juicio el consentimiento, en casos en que sí se proporcionó la información precontractual que la normativa vigente impone?, ¿deberían establecerse normas diferentes, más protectoras, con relación a la información precontractual dirigida a este segmento de consumidores?, ¿y la información post contractual?, ¿es conveniente que la joven normativa sobre gobernanza de productos contemple alguna especialidad en este aspecto?

Finalmente, el acceso a la información financiera por personas de edad avanzada también se ve condicionado por el deterioro físico (especialmente de su capacidad de coordinación ojo-mano) y por la, en general, peor capacitación digital de esta capa de la población comparada con la población general. Esto condiciona no sólo sus posibilidades de acceso a determinados canales de distribución como los digitales (que requieren de vista y destreza para el uso de un dispositivo) sino también sus posibilidades de acceso a determinados productos o servicios financieros. En este caso ¿deberían contemplarse requisitos de accesibilidad en la información transmitida a través de dispositivos que consideren, p. ej., un mayor tiempo de reacción o respuesta que pueda atender a una capacidad de lectura y entendimiento más lenta?

(3) WHO, *Factsheet on Elder Abuse*, 2018, accessed at: <https://www.who.int/en/news-room/factsheets/detail/elder-abuse>

Una vez planteado que a efectos de protección de las personas de edad avanzada que consumen productos y servicios financieros ni se ha definido con exactitud el colectivo protegible, ni se han resuelto los problemas que afectan al proceso de proporcionar información como instrumento de decisión, aún hay una cuestión adicional que tampoco aborda la normativa vigente: qué información es imprescindible para que una persona en esa etapa de su vida pueda tomar decisiones financieras consistentes y coherentes con su situación y circunstancias. En este sentido hay tres momentos o situaciones que merecen especial consideración: la información financiera cuando se va acercando el final de la vida laboral, con vistas a la planificación de la jubilación, que permita una vida sostenidamente digna en términos financieros, en segundo lugar, la información financiera en caso de necesidad de licuar el patrimonio para hacer frente a gastos de cuidados, residencias o atención a enfermedades y, por último, la información financiera para la planificación de la sucesión.

Ninguno de estos interrogantes está resuelto en la normativa vigente, pero esas situaciones convierten a las personas de avanzada edad, especialmente a los mayores de entre los mayores, en un colectivo vulnerable a la hora de consumir productos y servicios financieros. En este capítulo analizaremos aspectos concretos de la normativa aplicable en España sobre información relativa a los mismos atendiendo a sus debilidades con relación a las necesidades de los consumidores de edad avanzada. Terminaremos proponiendo vías de reforma que puedan proporcionar soluciones a los problemas expuestos.

II. ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA DESCRITA

2.1. Alcance subjetivo

Ante la necesidad de una regulación que proteja antes las situaciones descritas en el apartado anterior, el primer problema que encontramos normativamente hablando es la identificación del colectivo «personas de avanzada edad», forma en que venimos refiriéndonos a clientes de productos y servicios financieros que merecen una protección especial tanto en el acceso a la información sobre los mismos como en el desarrollo de su actividad inversora.

La Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE (conocida por su acrónimo en inglés «MIFID II») no utiliza el concepto «consumidor» sino que ha definido en su Anexo II el concepto de *cliente profesional* a los efectos de esa Directiva, el cual, se contrapone al concepto de *cliente minorista*, que en el art. 4.1.10 se define por exclusión, es decir, como todo cliente que no sea profesional. Así, la definición de cliente profesional se aborda en una doble vertiente: por un lado, clientes que se encuentran incluidos en una determinada lista que recoge fundamentalmente diversos tipos de inversores institucionales,

y, por otro lado, clientes con suficientes conocimientos y experiencia que voluntariamente quieran ser considerados profesionales tras un proceso suficientemente garantista. Podemos encontrar la trasposición de esta definición en el art. 78 bis del TRLMV.

La importancia de estos conceptos es capital en la comercialización de todos los *servicios y actividades de inversión* relativos a los *instrumentos financieros* que se incluyen en el alcance de la directiva tal como se definen respectivamente en el apdo. A y C del Anexo I de la misma. El motivo: los clientes minoristas tienen en la norma un grado de protección superior, p. ej., en cuanto a la información precontractual que deben recibir y en cuanto a las advertencias que se les deben realizar en caso de que, por ejemplo, se desarrolle una actividad de asesoramiento en la comercialización y un producto determinado no encaje con sus demandas y necesidades, o con sus conocimientos y experiencia; por el contrario, en caso de que el cliente sea profesional, las restricciones sobre la oferta de productos complejos no aplican, y las obligaciones sobre transparencia y conducta se relajan. En caso de que no se cumplan adecuadamente las obligaciones de información y protección al inversor minorista, las consecuencias no sólo pueden afectar a que judicialmente se declare la nulidad del contrato por falta de información adecuada y suficiente que permitiese la conformación de la voluntad del cliente, sino que también implican una infracción grave o muy grave del TRLMV de acuerdo con el apdo. 1 de su art. 284 y 14 de su art. 296. Todos ellos, incentivos suficientemente disuasorios.

En este mismo sentido, aunque desde el punto de vista del rigor terminológico utiliza tanto el término consumidor como el de cliente, la IDD, que ha sido traspuesta al ordenamiento jurídico español por el RD-L 3/2020, de 4 de febrero también incorpora alguna referencia a los clientes profesionales (*vid.* el art. 22.1 de la IDD), aunque sin definirlos, lo cual nos invita a aplicar por analogía el concepto de MIFID II. En lo que atañe a la legislación española, éste ha sido el criterio de nuestro regulador, quien ha materializado la definición de cliente profesional en la distribución de seguros estableciendo una identidad con el cliente profesional definido en el TRLMV. También los efectos en este caso son similares: los clientes minoristas gozan de una mayor protección por las normas de transparencia y protección de la clientela, mientras que no es obligatorio proporcionar a los clientes profesionales de seguros de vida con componente de inversión⁽⁴⁾ determinada información pre y post contractual que está diseñada con una finalidad eminentemente protectora.

(4) *Vid.* la definición de este tipo de seguros en el art. 4.2 del Reglamento (UE) núm. 1286/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de noviembre de 2014, sobre los documentos de datos fundamentales relativos a los productos de inversión minorista vinculados y los productos de inversión basados en seguros.

Como acabamos de exponer, ni la norma de conducta sobre los servicios y actividades de inversión en instrumentos financieros, ni tampoco la norma de distribución de seguros recogen mención alguna que permita diferenciar a los clientes de edad avanzada como colectivo protegible. Ello implica que, sea cual sea su edad, la información que se les debe proporcionar tanto de carácter precontractual como a lo largo de la vida del contrato sea la misma independientemente de la edad del cliente o tomador, y de la complejidad de producto o servicio. P ej., pensemos en un contrato de asesoramiento en la gestión de carteras, o bien en un contrato de seguro *unit-linked* con diversas opciones de inversión entre las que sea posible realizar cambios de asignación de la prima a lo largo de la vida del contrato, ambos son contratos de larga duración en los que las decisiones de inversión pueden tener importantes consecuencias patrimoniales. La entrega de la información que impone la normativa actualmente vigente descarga desde luego la responsabilidad del obligado, pero ¿responde intrínsecamente al derecho a estar informado de esa persona? ¿Qué sucede si en el momento de la contratación el cliente no era de edad avanzada (comoquiera que se definiese) y con el paso del tiempo lo fuera? ¿Cómo garantizar el derecho a la información cuando ya se ha rebasado esa edad, cuando empiezan a aparecer signos de pérdida de facultades cognitivas, sin que lleguen a ser civilmente incapacitantes? Simplemente el colectivo de avanzada edad se encuentra subsumido, en general, en el de los clientes minoristas con el mismo nivel de protección que cualquiera de ellos.

Por otro lado, si nos fijamos en la normativa que regula dos de las operaciones de crédito o préstamo más habituales hacia particulares, como son el crédito al consumo y el crédito inmobiliario, ni la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, ni la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario incluyen ningún tipo de referencia a la información a proporcionar a clientes de edad avanzada. En ambos casos se trata de normas cuyo alcance protector está relacionado con el concepto de consumidor, distinto del concepto jurídico de cliente minorista:

A) La Ley 5/2019 reduce su ámbito de aplicación, conforme a su art. 2, a los préstamos concedidos por prestamistas profesionales cuando el prestatario, fiador o garante sea una persona física y el objeto del contrato sea un préstamo hipotecario sobre un inmueble de uso residencial o un anejo de naturaleza doméstica, o bien un préstamo para adquirir o conservar un inmueble construido o por construir cuando el prestatario, fiador o garante sea un consumidor, inciso este último que la Dirección General de los Registros y del Notariado interpreta como cuando el prestatario consumidor vaya a darle un uso ya sea residencial o no (*vid.* el apdo. 1 de la Instrucción de 20 de diciembre de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la actuación notarial y registral ante diversas dudas en la aplicación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, «Instrucción DGRN 20-12-2019»).

En este caso particular, la Ley 5/2019 no recoge ninguna definición del concepto «consumidor» a los efectos de esta norma, pues tal definición se encuentra en el apdo. 1 del art. 1 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, la cual establece que *tienen la consideración de consumidores las personas físicas y jurídicas que, en los contratos a que se refiera esta Ley, actúan en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional.*

B) Por su parte, la Ley 16/2011 reduce su ámbito objetivo a las operaciones de financiación descritas en su art. 1 siempre que se dirijan a consumidores, los cuales se definen en su art. 2 de una forma semejante pero no idéntica pues en este caso del crédito al consumo no se incluye a las personas jurídicas: *se entenderá por consumidor la persona física que, en las relaciones contractuales reguladas por esta Ley, actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional.*

Después de analizar la principal regulación que afecta a entidades de crédito o establecimientos financieros de crédito, actividades de servicios de inversión y actividad aseguradora, podemos afirmar que el nivel de protección en términos de acceso a la información financiera pre y post contractual que se da en unos u otros casos tiene por finalidad cuidar a un grupo de clientes que el legislador considera más vulnerables (los consumidores en sus diversas acepciones, o los clientes minoristas). No obstante, en ningún caso se contempla a los clientes de edad avanzada como un subconjunto de ellos que merezca una protección adicional. Por el contrario, todos los consumidores o clientes minoristas gozan del mismo nivel de tutela por la norma. Sin embargo, la mayor vulnerabilidad de los clientes de edad avanzada, como se ha puesto de manifiesto en la introducción, es una realidad constatada no sólo por algunos supervisores, como la FCA⁽⁵⁾ del Reino Unido, sino también por la OCDE⁽⁶⁾ y por las NN. UU.⁽⁷⁾.

Considerando todo lo anterior, el primer paso para que se pudiera proteger el derecho a la información financiera del colectivo de más edad pasaría, en primer lugar, por definir con exactitud los elementos delimitadores de este colectivo.

(5) FCA, «Ageing population and financial services», *Occasional Papers*, núm. 31, 2017. <https://www.fca.org.uk/publications/occasional-papers/ageing-population-financial-services>

(6) OECD (2020). *Ibid.*

(7) UN, *World Population Ageing*, Department of Economic and Social Affairs, Population Division, 2017.

2.2. Problemática asociada al medio a través del que llega la información al consumidor

A) Comercialización presencial

En la comercialización de productos y servicios financieros de forma presencial, ya sean bancarios, aseguradores o de inversión hay un elemento crucial: el comportamiento de la persona comercializadora al proveer de información precontractual al potencial cliente.

En este sentido, vamos a repasar las normas que regulan esta materia en los sectores bancario, asegurador, y de productos y servicios de inversión prestando especial atención a dos aspectos:

a. El requerimiento en la norma del conocimiento de normas deontológicas o la referencia a comportamientos éticos en el proceso de comercialización que mitiguen el riesgo que pudiera generar una conducta comercialmente agresiva frente a un público vulnerable como el de edad avanzada.

b. El requerimiento en la norma de información particular destinada a las personas de avanzada edad.

Por orden cronológico de la regulación actualmente vigente, fijémonos en primer lugar en la Guía Técnica de la CNMV 4/2017, de 27 de junio, para la evaluación de los conocimientos y competencias del personal que informa y que asesora. Esta norma recoge pormenorizadamente en sus apdos. quinto y sexto los criterios sobre competencias y conocimientos del personal que proporciona información o que asesora en materia de inversión. De forma general podríamos decir que el contenido de ambos apartados tiene en común referencias al conocimiento del funcionamiento de los mercados y productos financieros, de los riesgos que entrañan y de su normativa reguladora; adicionalmente, en el caso del asesoramiento se incluyen también los conceptos relativos al análisis de idoneidad, los efectos de la no idoneidad de un producto para un cliente determinado y conceptos generales de gestión de carteras. En ningún caso se recoge entre las competencias y conocimientos de estas personas formación ética o normas deontológicas que ayuden a conducir el comportamiento de las personas que lleven a cabo el proceso de comercialización con un colectivo especialmente vulnerable como es el de las personas de edad avanzada. No obstante lo anterior, de una forma no obligatoria y ciertamente sorprendente, la CNMV considera en el apdo. b.iv) del pfo. 22 que la existencia de *un código ético de obligado cumplimiento para quien obtenga su acreditación* es un punto a ser informado al supervisor (CNMV), en el proceso de solicitud de reconocimiento como formación válida para cumplir con esta Circular que debe superarse pero únicamente cuando el centro que imparta la formación no sea una universidad pública o privada. He aquí lo sorprendente ¿Por qué motivo entiende el regulador que si la formación es impartida en una universidad no

es un factor a ser considerado que los alumnos que cursen la titulación deban cumplir un código ético?

En cuanto al segundo de los elementos a que prestamos atención, hemos simplemente de confirmar que no se consideran especificidades que puedan relacionarse con clientes vulnerables de ninguna clase. Dado que, como ya hemos visto, MIFID II distingue solamente entre clientes minoristas y profesionales, esta es la única distinción presente a efectos del *syllabus* que define CNMV.

En segundo lugar, acompañando a la trasposición de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial mediante la Ley 5/2019, se han dictado diversas normas que modifican la regulación de protección al cliente y transparencia en la comercialización de servicios bancarios, en particular, en la materia que ahora nos interesa, la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril modificó la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios con efectos desde el 29 de julio de 2019. La Orden de 2019 introdujo un nuevo Capítulo en el T. III dedicado a normas sobre los créditos y préstamos inmobiliarios regulados en la Ley 5/2019, el cual a su vez recoge en su Sec. 6.ª requisitos sobre los conocimientos y competencias aplicables al personal al servicio del prestamista de crédito inmobiliario o al intermediario de crédito inmobiliario. El elemento diferencial podemos encontrarlo en el art. 32 bis. En él, junto a la descripción de materias relativas a los conocimientos y competencias referidos al funcionamiento de los distintos tipos de préstamos inmobiliarios, de sus riesgos o de la evaluación de solvencia del deudor o del proceso de tasación, se requiere en la letra i) del apdo. 1 *un conocimiento adecuado de las normas deontológicas del sector*, lo cual es un elemento de protección adicional hacia consumidores (porque como hemos visto la Ley 5/2019 sí se refiere a «consumidores») de avanzada edad.

Por otro lado, es necesario reseñar que la norma, profundizando en el concepto de «prestamos responsables» ya introducido en la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, desarrolla ampliamente este concepto y sus requisitos de información precontractual, los cuales sí consideran entre los factores a tener en cuenta la solvencia futura del deudor cuando, en su caso, alcance la edad de jubilación tal como analizaremos más detalladamente más adelante.

Por último, hagamos referencia a la normativa en materia de distribución de seguros. Como hemos mencionado anteriormente, la IDD ha sido traspuesta al ordenamiento jurídico español por el RDL 3/2020, y la norma de desarrollo en materia de formación que anuncia el art. 165 del mismo ha sido recientemente aprobada en la Resolución de 3 de junio de 2021, de la Dirección General de

Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se establecen los principios básicos de los cursos y programas de formación para los distribuidores de seguros y de reaseguros (en adelante la “Resolución de la DGSFP sobre formación”).

La IDD contiene una exigencia general de conocimientos antes de comenzar la actividad como distribuidor de seguros cuyos contenidos mínimos se exponen en el Anexo de la misma, habiendo sido traspuestos literalmente en el Anexo XII del RDL 3/2020. Este marco de referencia recoge como obligación el *conocimiento mínimo necesario de las normas deontológicas del sector* tanto con relación a riesgos en los seguros distintos del seguro de vida, como a productos de inversión basados en seguros, como al resto de seguros de vida.

La Resolución de la DGSFP sobre formación ha derogado la anterior sobre esta misma materia (de 18 de febrero de 2011), la cual no incluía ninguna exigencia en cuanto a contenidos relacionados con la deontología profesional o el comportamiento ético, ni tampoco ninguna referencia que orientase algún comportamiento específico hacia los clientes vulnerables. La nueva Resolución incluye el conocimiento de las «*Normas deontológicas del sector*» entre los contenidos del módulo general, el cual tiene la misma estructura y carga lectiva (55 horas) en el *syllabus* de los tres niveles formativos que regula la Resolución. No obstante, no se proporciona ninguna orientación sobre cómo deben repartirse tales 55 horas entre los doce capítulos que forman el módulo general ni se recoge ninguna alusión a los clientes de más edad ni a los clientes vulnerables en general, por lo que esta normativa permitirá proteger a todos los clientes de la misma forma sin atención específica a ningún colectivo.

Si podemos extraer una conclusión de todo lo expuesto anteriormente, sería recomendable que el conocimiento de normas deontológicas y el fomento del comportamiento ético y responsable formasen parte de los conocimientos exigibles a los comercializadores de productos financieros, cualquiera que sea el sub-sector a que se dediquen (bancario, asegurador, o de servicios de inversión).

Una vez analizado lo que tiene que ver con la formación y competencias de la persona que actúa como emisor en el proceso de comunicación de la información financiera precontractual, vamos a prestar atención a un detalle relevante por su impacto en las capacidades visuales normalmente limitadas de las personas de edad avanzada: el tamaño de la letra en el soporte papel. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que en la comercialización presencial el soporte para la transmisión de la información precontractual regulatoriamente obligatoria es, en general, el papel. Hay muchas reflexiones que podríamos realizar sobre la comunicación de esta información en papel: los formatos más o menos amigables para consumidores de edad avanzada, la eficacia de los mensajes destacados, la forma en la que se proporcionan «los papeles»... Pero nos vamos a fijar solamente en uno: el tamaño de la letra. No es frecuente la regulación sobre el tamaño de la letra, lo cual no impide que en ocasiones o

bien el reducido tamaño de la fuente, o bien la falta de nitidez, sean un factor adicional que dificulta la comprensión del mensaje a transmitir. Adicionalmente, la cuestión se complica por el hecho de que conviven diversas normas que no establecen el mismo requisito:

a) Por un lado, la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, establece (solo para los contratos a los que se refiere la Norma Décima de esta Circular, la cual no se aplica al crédito al consumo y tampoco a los préstamos y créditos hipotecarios) que la altura mínima de la letra minúscula deberá ser de 1,5 mm.

b) Por otro lado, el Reglamento de Ejecución (UE) 2017/1469 de la Comisión, de 11 de agosto de 2017, por el que se establece un formato de presentación normalizado para el documento de información sobre productos de seguro, que es una nota informativa previa estandarizada para los seguros distintos del seguro de vida, establece que se debe usar un tamaño de fuente con una altura de la x de al menos 1,2 mm.

c) Y Por otro lado tenemos otras normas que, sin mencionar un tamaño de letra mínimo, sí establecen que la letra deberá tener un tamaño legible. Este es el caso del apdo. 4.a) del art. 6 del PRIIPS. En este mismo sentido, el apdo. 2.b) del art. 11 de la Orden ECC/2316/2015, de 4 de noviembre, relativa a las obligaciones de información y clasificación de productos financieros establece que «el tamaño de las figuras y de los textos tendrá que ser adecuado al tamaño del documento para asegurar que sean claramente visibles y legibles».

Como puede apreciarse, respecto al tamaño mínimo de la letra de la información precontractual y contractual, ni el legislador español, ni el legislador comunitario están coordinados, ni respecto de las normas que ellos mismos emiten, ni el español con relación al comunitario. Sería deseable no sólo que esta coordinación existiera, sino también que en aquellas normas que regulan información precontractual de productos y servicios financieros y aún no se hace, se considerase esta cuestión para facilitar la accesibilidad a la información por parte de los consumidores de edad avanzada pues, en general, en su segmento de edad padecen con mayor o menor intensidad hipermetropía lo cual impide la facilidad de lectura de letra excesivamente pequeña.

B) Comercialización a distancia

La comercialización a distancia de todo tipo de servicios financieros (los bancarios, de inversión, los seguros privados, los planes de pensiones y la mediación de seguros privados) se regula en la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, siempre que la contraparte sea un consumidor. Dado que la tutela que esta Ley otorga a los consumidores es independiente de su edad, vamos a destacar de ella

dos aspectos importantes que pueden proteger de forma especial en los consumidores de edad avanzada: por un lado, el soporte de la información precontractual y contractual y, por otro lado, el derecho del consumidor a desistir del contrato como mecanismo fundamental de protección de sus derechos una vez ha podido reflexionar sosegadamente sobre el contrato que aceptó a distancia.

En primer lugar, para contextualizar esta ley y poder ponerla en relación con la realidad de 2020, hemos de considerar que en 2007 se enumeraron como mecanismos de contratación a distancia no sólo mecanismos digitales sino también mecanismos no digitales que hoy están prácticamente en desuso. Así, en el apdo. 3 de su art. 4 se establece que se entiende que un contrato de servicios financieros se celebra a distancia si *para su negociación y celebración se utiliza exclusivamente una técnica de comunicación a distancia, sin presencia física y simultánea del proveedor y el consumidor, consistente en la utilización de medios telemáticos, electrónicos, telefónicos, fax u otros similares*. En estos casos el proveedor deberá proporcionar al consumidor la información precontractual que se recoge en los arts. 7 y 8 en papel o en otro soporte duradero; incluso si la información se proporciona en un soporte duradero distinto del papel, el cliente tiene derecho a solicitar gratuitamente una copia en papel en cualquier momento de la vigencia del contrato. Por su parte, dado que el concepto de «soporte duradero» puede encontrarse en diversas normas vigentes en la actualidad, a los efectos de esta Ley se define en su art. 6 como *todo instrumento que permita al consumidor almacenar la información dirigida personalmente a él, de modo que pueda recuperarla fácilmente durante un período de tiempo adecuado para los fines para los que la información está destinada y que permita la reproducción sin cambios de la información almacenada*. Esta definición no es idéntica en todas las normas que la recogen, p. ej., no es idéntica a la de IDD ni a la de MIFID II, aunque para el análisis que vamos a realizar ahora no nos detendremos en este detalle.

Llegados a este punto, el problema que se plantea en la actualidad acaece no sólo en el momento de la contratación, respecto al nivel de digitalización de las personas de edad avanzada (especialmente de aquellas que se encuentran no en las puertas de la jubilación sino bastante más adelante), sino que también pueden surgir problemas a lo largo de la vida del contrato, y ello por diversos motivos:

— Por un lado, el deterioro físico y la pérdida de destreza manual para el uso de un smartphone, o una tableta o un ordenador que les permita consultar esa documentación entregada en soporte duradero, así como interaccionar con el proveedor. Cuestión que no es baladí pues, para las NN. UU.⁽⁸⁾, más del 46% de la población de más de 60 años tiene algún tipo de discapacidad.

(8) UN, *Ageing and Disability*, accesible en: <https://www.un.org/development/desa/disabilities/disabilityand-ageing.html>

— Por otro lado, la pérdida de facultades cognitivas que puede desembocar en situaciones como: el olvido de claves de acceso a la aplicación del proveedor lo cual dificulta la prestación del servicio, o incluso el mero olvido de la prestación del servicio en sí lo cual, si no existe ningún rastro físico que permita sospechar de la existencia de un determinado contrato, dificulta que las personas que en última instancia tuvieran que hacerse cargo de la tutela puedan tener una idea completa del patrimonio del tutelado. En este sentido, de acuerdo con el Informe⁽⁹⁾ mundial sobre el Alzheimer de 2018, en ese año se estimaba que unos 50 millones de personas en el mundo vivían con demencia, cifra que alcanzaría 152 millones en 2050.

Como consecuencia de todo lo anterior, vemos que la información tanto precontractual como contractual en la comercialización a distancia de servicios financieros puede proporcionarse en soporte duradero distinto del papel provocando posibles dificultades de acceso a la misma especialmente en aquellos casos en los que por el transcurso del tiempo se hayan producido situaciones de deterioro cognitivo o de deterioro físico. Por este motivo sería recomendable que la norma protegiese a los consumidores de edad avanzada (al menos en caso de superar cierta edad que presuponga cierto deterioro, como podrían ser los 75 años) cuando consuman servicios financieros de duración superior a un año estableciendo que, al menos, una de las comunicaciones periódicas anuales siempre se produzca en papel. En este sentido, el apdo. 3 del art. 9 de la Ley 22/2007 nos parece insuficiente, pues al establecer que *en cualquier momento de la relación contractual, el consumidor tendrá derecho, si así lo solicita, a obtener las condiciones contractuales en soporte de papel. Además, el consumidor tendrá el derecho de cambiar la técnica o técnicas de comunicación a distancia utilizadas, salvo que sea incompatible con el contrato celebrado o con la naturaleza del servicio financiero prestado* no se están protegiendo las situaciones de deterioro cognitivo y, aunque podría proteger las de deterioro físico, esto en la práctica sería plausible sólo si el consumidor fuera consciente de ese derecho al cambio de soporte que le otorga la Ley, el cual debería informarse claramente.

El otro mecanismo importante que prevé esta Ley para proteger a los consumidores es el derecho que tienen a desistir del contrato suscrito a distancia en el plazo y con los requisitos recogidos en el art. 11. A este respecto debemos prestar atención a dos cuestiones relevantes: en primer lugar, el plazo para el ejercicio del derecho; en segundo lugar, todos los casos en los que no existe el derecho de desistimiento.

(9) ALZHEIMER'S DISEASE INTERNATIONAL, *World Alzheimer Report*, 2018.

En cuanto a la primera de las cuestiones, el plazo general para ejercitar el derecho de desistimiento es de 14 días desde la celebración del contrato, salvo en el caso de los seguros de vida en que el plazo se amplía a 30 días. Se trata de un plazo en el que el consumidor puede llevar a cabo una reflexión más sosegada sobre el contrato suscrito pudiendo informarse de todos sus extremos de acuerdo tanto con la información precontractual a que se refiere el art. 7 de la Ley (respecto al proveedor, al servicio financiero, al contrato a distancia y a los medios de reclamación), como de acuerdo con la información precontractual que se regula en la normativa específica relativa a cada uno de los tipos de servicios financieros comercializados. Parece que el legislador ha entendido que los seguros son servicios financieros más difíciles de entender y por ello ha otorgado en este caso el doble de plazo para el ejercicio del desistimiento, sin embargo tal como se ha podido constatar en la regulación posterior sobre instrumentos financieros, los productos «complejos» no sólo están presentes en el mundo del seguro (de acuerdo con lo que establece a este respecto IDD en su Cap. VI dedicado a «requisitos adicionales en relación con los productos de inversión basados en seguros») sino también en el mundo de los servicios de inversión (de acuerdo con el art. 25 de MIFID II). En consecuencia, parecería más lógico que el mayor plazo (30 días) para ejercicio del derecho de desistimiento se otorgase, especialmente en el caso de consumidores de avanzada edad, en caso de comercialización de productos complejos, ya sean de seguros o de inversión.

Sin embargo, si esto fuera así, chocaría frontalmente contra la definición de la Ley 22/2007 sobre en qué tipo de servicios financieros no existe el derecho de desistimiento pues, según el apdo. 2 del art. 11 de la Ley, entre otros casos, el derecho de desistimiento no existirá en caso de *servicios financieros cuyo precio dependa de fluctuaciones de los mercados financieros que el proveedor no pueda controlar, que pudieran producirse durante el plazo en el transcurso del cual pueda ejercerse el derecho de desistimiento*. Y ello porque los seguros de vida complejos (IDD) y los demás instrumentos financieros complejos (MIFID II) son en todos los casos expuestos a las fluctuaciones del mercado, de acuerdo con la categorización de los mismos en MIFID II y en IDD como *productos de inversión minorista vinculados y los productos de inversión basados en seguros*, es decir, son en todo caso productos sujetos a su vez al PRIIPS.

Esta circunstancia, motivada por el hecho de que precisamente los seguros o instrumentos financieros complejos estén expuestos a las fluctuaciones del mercado conlleva que, por ese mismo motivo, el ejercicio del derecho de desistimiento podría verse afectado por el riesgo moral de que un consumidor trate de revertir una consciente pero desacertada decisión de inversión aprovechando la norma en favor propio y en detrimento de la entidad aseguradora o de servicios de inversión. Para resolver esas situaciones de abuso de derecho, en el caso de productos financieros expuestos a las fluctuaciones del mercado no podemos proponer que una medida de protección sea simplemente la ampliación del

plazo del derecho de desistimiento, sino que debería ahondarse en el nivel de protección brindado por la información precontractual.

2.3. Problemática asociada a la comercialización de contratos de larga duración

A) La concesión de préstamos responsables

El art. 29 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible incorporó un nuevo concepto en nuestra regulación: el préstamo responsable estableciendo que *las entidades de crédito llevarán a cabo prácticas para la concesión responsable de préstamos y créditos a los consumidores*. De este modo trató de llevar a cabo un avance sustancial en materia de transparencia bancaria. Sus aportaciones y novedades se articulan en un doble sentido. Por un lado, se introdujo en nuestro ordenamiento un nuevo enfoque de intervención regulatoria que, a pesar de su relevancia en el debate internacional, aún resultaba ajeno a nuestro Derecho, como es la responsabilidad en el préstamo. Para ello, la citada ley estableció no solo la obligatoriedad de llevar a cabo una adecuada evaluación de la solvencia de los clientes, sino también la necesidad de fomentar activamente todo un elenco de prácticas dirigidas a garantizar la concesión responsable de los préstamos.

Este concepto se ha desarrollado en el art. 18 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, y también en la norma 12.^a y el anejo 6 de la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos.

Respecto a la protección de los clientes de edad avanzada podemos destacar dos aspectos particulares de todas estas normas:

- en primer lugar, las referencias a la etapa de la vida posterior a la jubilación para la evaluación de la solvencia del potencial deudor y,
- en segundo lugar, las menciones que se hacen en la norma relativas a facilitar la comprensión por parte del potencial deudor de los riesgos y cargas que asume al contraer la obligación de devolución de un determinado préstamo o crédito.

En cuanto al primero de esos aspectos, es particularmente relevante la mención explícita a que en la evaluación de solvencia del cliente se tenga en cuenta *la situación de empleo, ingresos, patrimonial y financiera del cliente* y que para ello la norma haga una referencia explícita a que *se tendrá en cuenta el nivel previsible de ingresos a percibir tras la jubilación, en el caso de que se prevea que una parte sustancial del crédito o préstamo se continúe reembolsando una vez finalizada la*

vida laboral, tal como indica el apdo. 2 letra a) del art. 18 de la Orden mencionada. Se trata sin duda de una de las pocas referencias existentes en la normativa aplicable a la información financiera⁽¹⁰⁾ que menciona expresamente la etapa de la vida tras la jubilación. En este mismo sentido, el apdo. 4 del Anejo 6 de la Circular 5/2012 también incorpora una referencia a que se informe al cliente no solamente de las ventajas en el corto plazo del tipo de préstamo ofrecido, sino también de los riesgos o desventajas que pudiera acarrear en el medio y largo plazo.

En segundo lugar, la Circular desarrolla la obligación de las entidades de disponer de políticas y procedimientos orientados al cumplimiento de esa obligación de responsabilidad en la concesión de préstamos y, adicionalmente, también una obligación para los clientes: la de *entenderlos de una manera responsable*. Del mismo modo, los apdos. 6 y 7 del mismo anejo imponen, con relación a los clausulados de los préstamos o créditos que puedan implicar una especial asunción de riesgos por parte del cliente, ya sean de tipo de cambio (en los préstamos en moneda extranjera) o de tipo de interés (en las coberturas o techos a la subida del tipo de interés variable, especialmente cuando se instrumentan a través de un derivado o una permuta de tipos de interés) *extreme la diligencia en las explicaciones que se han de facilitar al cliente al que se ofrezcan, con el fin de que este pueda comprender las características del producto y de que sea capaz de adoptar una decisión informada y evaluar, de acuerdo con sus conocimientos y experiencia, la adecuación del producto ofrecido a sus intereses*. Si bien se determina que se evalúen solamente los aspectos que implicarían una venta informada, que más adelante analizaremos (los intereses del cliente y sus conocimientos y experiencia), la norma de comercialización de préstamos y créditos no incorpora los conceptos de venta informada y asesorada, ni tampoco las advertencias que los acompañan.

B) *Las advertencias en la información precontractual de inversión*

a) En la venta asesorada en IDD y MIFID II

MIFID II respecto a los instrumentos de inversión y posteriormente IDD respecto a los seguros de vida con componente de inversión (los que están expuestos a las fluctuaciones del mercado) han regulado dos maneras de comercializar estos instrumentos hacia los clientes minoristas:

1. la venta informada, que asociamos al *test* de conveniencia, y que presta atención únicamente a las exigencias y necesidades del cliente proporcionando información para que sea éste quien tome una decisión informada sobre el producto que desea adquirir.

(10) Excluyendo la información relativa a los planes de pensiones, que no hemos abordado en este capítulo.

2. la venta asesorada, que asociamos al *test* de idoneidad, y que es un proceso de comercialización mucho más completo y complejo al que nos vamos a referir más adelante.

En este apartado vamos a referirnos a ambos, prestando también atención a los contratos de asesoramiento continuado.

La comercialización a través de venta informada de seguros con componente de inversión e instrumentos financieros (en general de productos PRIIPS) a personas de edad avanzada es un proceso poco intuitivo para ellos y que descansa exclusivamente en las advertencias sobre el producto que la información precontractual pudiera contener, pues la única obligación del distribuidor es identificar las exigencias y necesidades del potencial cliente, o bien, en caso de que éste no las transmita, advertirle de que no lo ha hecho y que puede que el producto no las satisfaga. En este sentido, dado que esta forma de comercialización es la menos riesgosa desde el punto de vista del cumplimiento normativo para la entidad distribuidora, pero la más riesgosa desde el punto de vista del inversor, la única forma de que se les pueda proteger es que, en caso de clientes minoristas de edad avanzada (sobre todo en aquellos casos en los que se supere un determinado umbral, cómo podrían ser los 75 años) la comercialización a este tipo de clientes sólo pueda realizarse en el marco de un contrato de asesoramiento continuado, es decir, en el marco de la venta asesorada que analizamos a continuación.

Por su parte, la venta asesorada de productos PRIIPS implica (arts. 181 RDL 3/2020 y 213 TRLMV) que el distribuidor debe analizar los siguientes aspectos de su potencial cliente con la finalidad de hacerle una recomendación personalizada de productos que *sean idóneos para él y que, en particular, mejor se ajusten a su nivel de tolerancia al riesgo y su capacidad para soportar pérdidas*, y ello con especial atención a aquellos casos en los que se tratan de productos complejos:

1. exigencias y necesidades
2. conocimientos y experiencia en el producto concreto de que se trate
3. situación financiera, incluida su capacidad para soportar pérdidas,
4. objetivos de inversión,
5. tolerancia al riesgo.

A este respecto es particularmente interesante cómo tanto ESMA como EIOPA⁽¹¹⁾ resumen el proceso de comercialización e incluso gráficamente indican que, en

(11) Vid. como ejemplo los gráficos sobre el proceso de comercialización en el Apéndice de EIOPA, *Final Report on Guidelines under the Insurance Distribution Directive on Insuran-*

aqueellos casos en los que el cliente ha suscrito un contrato de asesoramiento pero no proporciona información suficiente sobre alguno de los puntos enumerados anteriormente, no es posible realizar esa recomendación personalizada, es decir, no es posible realizar la recomendación de idoneidad. Esta sería la primera de las advertencias que pueden realizarse al potencial cliente minorista en un proceso de venta asesorada.

En caso de que el potencial cliente sí proporcione toda la información enumerada anteriormente, la cuestión relevante que debe analizar el distribuidor es si el producto ofrecido encaja en el perfil que determinan las respuestas a esas cuestiones. En el caso de que el producto sí sea idóneo respecto a todas ellas, el distribuidor realizará una recomendación personalizada indicando los motivos; sin embargo, cuando el producto no se adecua a alguno de los cinco aspectos mencionados el distribuidor debe advertírsele al potencial cliente explicando también los motivos.

Llegados a este punto la norma traslada al distribuidor la responsabilidad de decidir si continúa el proceso de comercialización, es decir, si a pesar de las advertencias aun así pone el producto a disposición del potencial cliente para que éste pueda adquirirlo. En la práctica algunas entidades, siguiendo su propio código ético, han decidido distintas estrategias:

1. Algunas, las más conservadoras, han decidido que si el análisis de idoneidad es negativo le informarán al cliente, pero no pondrán el producto a su disposición.

2. Otras, han decidido que si el análisis de idoneidad es negativo informaran al cliente advirtiéndole de los riesgos pero, si el cliente advertido con su libertad decide que quiere adquirir el producto, llevarán a cabo la operación no sin antes recabar por escrito prueba que acredite que se realizaron las advertencias requeridas en la norma.

Llegados a este punto, la protección de los clientes de edad avanzada no sólo descansa en que se ponga a su disposición determinada información, sino también en que esta información pueda ser perfectamente entendida, asimilada. En las situaciones de deterioro cognitivo, por muchas advertencias que se realicen, no se puede garantizar que el nivel de comprensión de la información sea el adecuado, máxime si consideramos el nivel de cultura financiera que actualmente se identifica con la media de la población española. Por este motivo, en estos casos, la recomendación normativa sería doble:

ce-based investment products that incorporate a structure which makes it difficult for the customer to understand the risks involved, 2017: https://www.eiopa.europa.eu/content/proposal-guidelines-under-idd-complex-ibip_en

1. que en los casos de venta asesorada de productos PRIIPS, es decir, productos que trasladan el riesgo de mercado al valor de la inversión y por tanto el patrimonio del cliente, cuando no se pueda realizar una recomendación personalizada porque no se cuenta con información suficiente para evaluar los cinco aspectos que requiere la norma, no finalice el proceso de comercialización.

2. que en los casos en los que el análisis de idoneidad sí pueda realizarse pero sea negativo, bien porque perjudica el valor del patrimonio en términos de la capacidad para soportar pérdidas o bien porque no se adapta al nivel de tolerancia al riesgo del potencial cliente, por muchas advertencias que se realicen, en ningún caso termine el proceso de comercialización.

Por último, debemos tener en cuenta aquellas circunstancias derivadas de la ejecución de un contrato de asesoramiento en el que no sólo se produzca éste en el momento de la comercialización del producto PRIIP sino también a lo largo de la vigencia del contrato de seguro o del instrumento financiero o servicio de inversión, en la medida en que unos u otros permitan al cliente minorista tomar decisiones que pueden influir en el nivel de riesgo asumido, en la capacidad para soportar pérdidas y, en definitiva, en el valor del patrimonio del inversor (p. ej., modificaciones en las cestas de inversión en un seguro *unit link*, o decisiones de entrada o salida de inversión en valores en un contrato de gestión de cartera). En este sentido, IDD no prevé, y la transposición española tampoco, que necesariamente exista algún caso en que la evaluación de idoneidad deba ser periódica. Simplemente el último inciso del art. 183 del RDL 3/2020 indica que *cuando el mediador de seguros o la entidad aseguradora hayan informado al cliente de que efectuarán una evaluación periódica de idoneidad, el informe periódico deberá contener un estado actualizado de cómo el producto de inversión basado en seguros se ajusta a las preferencias, objetivos y otras características del cliente*. Esto claramente desprotege a los clientes de edad avanzada que tomen decisiones sobre su producto sin el acompañamiento que sería deseable.

Por el contrario, el apdo. 6 del art. 213 del TRLMV establece que *cuando una empresa de servicios y actividades de inversión preste servicios de gestión de carteras o haya informado al cliente de que efectuará una evaluación periódica de idoneidad, el informe periódico deberá contener un estado actualizado de cómo la inversión se ajusta a las preferencias, objetivos y otras características del cliente minorista*. Es decir, podemos comprobar que, al menos en los casos de gestión de carteras este asesoramiento deberá ser continuado en el tiempo.

Llegados a este punto, con la finalidad de proteger a los inversores de edad avanzada en todos los productos que puedan impactar en el valor de su patrimonio, es decir en todos los productos financieros que puedan ser calificados como PRIIP, sería deseable que no solamente fuera requerido el asesoramiento como indicábamos anteriormente, sino que fuera requerido el asesoramiento

continuado y no exclusivamente en el momento de la adquisición del producto. Evidentemente, circunscrito al caso de adquisición de productos que después de su compra permitan o requieran tomar decisiones que puedan impactar en el valor del patrimonio del adquirente, y por tanto en su capacidad para soportar pérdidas y en su nivel de aversión al riesgo.

En este sentido, es muy importante destacar que la evaluación continuada de idoneidad o asesoramiento continuado pudiera considerar los distintos cambios que pudieran producirse respecto al nivel de conocimientos y experiencia del cliente en el producto concreto, pues en los casos de deterioro cognitivo de clientes de edad avanzada, aunque ese conocimiento pudiera haberse tenido en una etapa previa, el deterioro asociado al envejecimiento puede implicar que ese conocimiento ya no se disponga.

b) En la información precontractual de ciertos productos de inversión

No solamente la normativa que regula el proceso de comercialización contiene advertencias y requisitos sobre la información precontractual a proporcionar. A este respecto vamos a detenernos en dos normas que tienen una finalidad transversal de información a la clientela, por orden cronológico:

— El ya mencionado Reglamento comunitario sobre los PRIIPS,

— La Orden ECC/2316 /2015, de 4 de noviembre, relativa a las obligaciones de información y clasificación de productos financieros, coloquialmente llamada la «orden del semáforo» por el indicador de riesgo de colores que regula.

El alcance de estas normas es complementario⁽¹²⁾ pues podría decirse que la segunda se dicta en desarrollo y cumplimiento del considerando (8) de la primera para incorporar en su alcance requerimientos de información que puedan afectar a productos no sujetos a la primera de las normas y que, como aquella, pertenezcan indistintamente a los sectores bancario, de valores y asegurador.

Respecto a estas normas, vamos a fijarnos en la necesidad que ambas incorporan de que en ciertos casos se añadan advertencias al potencial cliente en la información que se proporciona. Estas advertencias pueden ser de diversos tipos:

1. Advertencia de «comprensión» en la terminología PRIIPS o de «complejidad» en la terminología de la Orden del semáforo. El texto de la misma es semejante aunque no idéntico. En el primero de los casos se requiere incorporar la frase «Está a punto de adquirir un producto que no es sencillo

(12) SOLA FERNÁNDEZ, F., «El proceso precontractual en el contrato de seguro: nuevo marco jurídico». *Cuadernos de la Fundación*, Fundación MAPFRE, 2017.

y que puede ser difícil de comprender» y en la segunda además debe acompañarse de un ideograma «!» Junto a una frase casi idéntica. En ambos casos la finalidad es alertar a los potenciales adquirentes sobre la dificultad de comprensión de los riesgos subyacentes en el producto.

2. Advertencia de liquidez. Es una advertencia muy desarrollada en la Orden del semáforo, en la que se recogen distintos literales dependiendo de si la liquidez del producto está condicionada a ciertas circunstancias, si puede ir acompañada de ciertos gastos o costes, o bien si puede verse afectada por fluctuaciones del valor que impliquen pérdidas. Por otro lado, el reglamento delegado de PRIIPS (Reglamento Delegado (UE) 2017/653 de la Comisión de 8 de marzo de 2017 por el que se completa el Reglamento (UE) núm. 1286/2014) solamente requiere que se añada esta alerta al indicador resumido de riesgo sin indicar con qué texto en aquellos casos en los que el producto sea ilíquido o bien tenga un riesgo significativo de liquidez según se establece en su art. 3.

De todo lo anterior podemos apreciar una voluntad verdaderamente protectora por parte del legislador hacia los consumidores y entre ellos también hacia los clientes de edad avanzada pero por mucha información que se ponga a disposición de éstos, considerando la vulnerabilidad de ese colectivo, es particularmente necesario insistir no en la cantidad de información que se les proporciona, pues no apreciamos que sea necesaria otra información adicional a la ya requerida por múltiples normas, sino insistir en la correcta conducta de comercialización como indicábamos anteriormente.

C) *La identificación de la necesidad de inversión a largo plazo: el sobre naranja*

Ninguna de las normas que hemos mencionado en este trabajo, y tampoco ninguna de las que mencionaremos en otros apartados del mismo hace referencia a la forma en que cada persona identifica sus exigencias y necesidades, si bien éste es un requisito imprescindible para arrancar el proceso de comercialización: adquirir un producto o servicio financiero que responda a una necesidad. Pues bien, una de las principales necesidades vitales es atender al mantenimiento de la capacidad adquisitiva deseada una vez alcanzada la jubilación, de tal manera sí se pueda complementar la pensión pública con ahorros que se hayan acumulado durante la etapa activa de la vida. Para ello los consumidores o clientes o, en lenguaje administrativo, las personas interesadas, deberían conocer cuál es en términos probables la pensión de jubilación que percibirán del sistema público de S. S.

Para atender a esta necesidad de información la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social modificó el art. 14 del entonces vigente Texto Refundido de la Ley Gene-

ral de la Seguridad Social aprobado por el RDLeg 1/1994, de 20 de junio. Ese artículo es en la actualidad el art. 17 del vigente LGSS. El apdo. 2 del mencionado artículo establece una obligación extraordinariamente relevante para los trabajadores: *la Administración de la Seguridad Social informará a cada trabajador sobre su futuro derecho a la jubilación ordinaria prevista en el art. 205.1, a partir de la edad y con la periodicidad y contenido que reglamentariamente se determinen*. Desafortunadamente esta obligación vigente desde el 1 de enero de 2013 todavía no ha conocido su desarrollo reglamentario por lo que no se ha llevado a la práctica.

Coloquialmente esta información se conoce por el «sobre naranja» porque el primer país europeo que impuso una obligación de estas características fue Suecia y cuándo en este país escandinavo se remite esta información a los ciudadanos la administración utiliza un sobre color naranja para que sea claramente diferenciable del resto de correspondencia de tal manera que, incluso visualmente, se haga hincapié en la trascendencia del contenido de la comunicación. Tras Suecia otros países comunitarios también han implementado esta medida como información de concienciación de la necesidad del ahorro para la etapa de jubilación, como Alemania, Suecia, Austria, Reino Unido, Finlandia, Francia, Croacia, Italia, Irlanda y Portugal.

De hecho, es extraordinariamente difícil la concienciación de las personas interesadas sobre su necesidad de ahorro para la jubilación si éstas no tienen conocimiento del importe al que alcanzará su pensión de jubilación pública, puedan compararlo con sus deseos de poder adquisitivo para esa etapa de la vida y, consecuentemente, puedan llevar a cabo operaciones de ahorro e inversión con esa finalidad y horizonte temporal.

2.4. La gobernanza de productos como solución a algunos problemas

La gobernanza de productos es el mecanismo más novedoso que han incorporado MIFID II (en su art. 16) e IDD (en su art. 25) para propiciar que, tanto las entidades que crean los productos y servicios de inversión y los seguros como quienes los comercializan, atraviesen un proceso consciente de definición y reflexión sobre:

- A) los destinatarios de cada uno de sus productos,
- B) las necesidades que pretenden cubrir con ellos,
- C) la definición del público objetivo y, en su caso, la del público para el que no es recomendable el producto o público prohibido,
- D) la definición de los canales de comercialización más convenientes para cada producto,

E) la revisión del funcionamiento del producto para atender a las exigencias y necesidades inicialmente identificadas, y con ello la retroalimentación del proceso.

El proceso de gobernanza de productos se ha concretado en una Directiva de desarrollo de MIFID II, que es la Directiva Delegada (UE) 2017/593 de la Comisión, de 7 de abril de 2016, por la que se complementa la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que respecta a la salvaguarda de los instrumentos financieros y los fondos pertenecientes a los clientes, las obligaciones en materia de gobernanza de productos y las normas aplicables a la entrega o percepción de honorarios, comisiones u otros beneficios monetarios o no monetarios, y en unas Directrices de ESMA⁽¹³⁾, por la parte de seguros, se ha concretado en un Reglamento delegado que desarrolla IDD, el Reglamento Delegado (UE) 2017/2358 de la Comisión de 21 de septiembre de 2017 por el que se completa la Directiva (UE) 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a los requisitos de control y gobernanza de los productos aplicables a las empresas de seguros y los distribuidores de seguros. No obstante, ninguna de estas normas recoge consideraciones específicas para clientes vulnerables ni, en particular, para clientes de edad avanzada.

La gobernanza de los productos es un proceso por el que las obligaciones de conducta en la comercialización se plasman desde el punto de vista práctico con el objetivo de proteger a los clientes. En este sentido, sería deseable que aquellas entidades que, bien como fabricante o bien como distribuidor, comercializan servicios o instrumentos financieros o seguros dedicados a las personas de avanzada edad definieran explícitamente en su política de gobernanza cuál va a ser su conducta con este tipo de público. En concreto, debería ser en esta política donde se plasmase p. ej. cuál será la conducta en los casos en los que proceda realizar una advertencia negativa de las que comentábamos anteriormente y si tras ella proseguirá el proceso de comercialización o bien terminará sin haber intermediado la venta del producto de que se trate.

Del mismo modo sería deseable que en esta política se identifiquen aquellos productos que no fueran adecuados o no fueran idóneos para el público objetivo de avanzada edad, así como en aquellos casos en que proceda, la identificación de los productos especialmente indicados para ese público.

En resumen, adicionalmente a que en IDD se requieren conocimientos deontológicos y a pesar de que en MIFID II no sucede lo mismo, la gobernanza de productos es una forma de plasmar el comportamiento ético de las entidades financieras hacia todos sus clientes.

(13) ESMA, *Guidelines on MIFID II product governance requirements*, 2018: <https://www.esma.europa.eu/document/guidelines-mifid-ii-product-governance-requirements>

III. RECOMENDACIONES DE REFORMA

3.1. Definición del concepto «consumidores de avanzada edad»

Para poder desarrollar normas que protejan a los consumidores de productos y servicios financieros, el primer paso sería delimitar subjetivamente el colectivo a proteger. Esta es una tarea que, para ser realmente útil y otorgar el mismo nivel de protección sea cual sea el tipo de producto o servicio financiero consumido, debería fijarse en una norma de carácter transversal, es decir, cuya definición sea suficientemente amplia como para que alcance a todos los sectores, ya sea el bancario, el de seguros o el de inversión en instrumentos financieros.

En segundo lugar, sería recomendable que tal definición se configurase como una capa adicional al concepto «consumidor» por los siguientes motivos:

A) En la actualidad ya existe un cuerpo normativo y jurisprudencial desarrollado alrededor de este concepto, que lo complementaría para facilitar su interpretación.

B) El concepto consumidor, como hemos visto, ya es utilizado en algunas normas financieras como delimitación subjetiva.

Adicionalmente, sugeriríamos que se excluyan a las personas jurídicas de este posible desarrollo normativo, adhiriéndonos al criterio de la Instrucción DGRN 19-12-2019 que en su apdo. 3 excluye la obligatoriedad del acta previa a que se refiere la Ley 5/2019 cuando el prestatario sea una sociedad, aunque actúe como consumidora, incluso si la misma es unipersonal.

Por último, sugeriríamos que los criterios delimitadores sean objetivos y no dependan de valoraciones externas o que deba realizar un experto. En este sentido podemos encontrar múltiples referencias internacionales que podrían resultar inspiradoras:

— La FCA (Reino Unido) utilizó en su informe de 2017⁽¹⁴⁾ la referencia de edad de 55 o más años. El motivo estriba en que en ese país a partir de tal edad es posible recuperar el capital acumulado en un plan de pensiones de aportación definida. No obstante, el informe puso el foco en situaciones especiales a partir de los 65 y 75 años.

— Por otro lado, no sólo podemos encontrar definiciones en estudios o informes, sino también en normas que se han adoptado en diferentes países del mundo (por cierto, algunas de ellas nada recientes, lo cual simplemente refleja que ésta es una cuestión relevante que ocupa a los legisladores de diversas partes del mundo) como:

(14) Financial Conduct Authority (September 2017). *Ibid.*

A) En Brasil: el Estatuto de la persona adulta mayor aprobado por la Ley 10741/2003 se refiere a personas que hayan cumplido 60 o más años.

B) En India: La Ley 56 de 29 de diciembre de 2007⁽¹⁵⁾ sobre el mantenimiento y bienestar de los progenitores y los ciudadanos senior se refiere a personas que hayan cumplido 60 o más años.

C) En Israel se define a los ciudadanos senior como aquellos que han alcanzado la edad normal de jubilación, que son 62 años para las mujeres y 67 para los hombres.

D) En Japón se utilizan diferentes definiciones dependiendo de la norma a la que afecte el concepto, como p. ej. referencias a los 70 años con relación a la comercialización de seguros y a los 75 con referencia a la comercialización de otros productos financieros.

Nos parece interesante la postura japonesa por cuanto es una sociedad con niveles de envejecimiento similares a los de la sociedad española y también con un desarrollo de su sistema financiero semejante. Podría unificarse la referencia, con la finalidad de simplificar, para referirnos a todos los productos y servicios financieros y establecer un nivel de protección adicional en un doble sentido:

— Cuestiones generales para proteger el derecho a la información financiera de los consumidores de edad avanzada: podrían aplicar a partir de una edad que podría ligarse con la edad normal de jubilación (67 años, cuando termine el período transitorio de alargamiento de la edad de jubilación del régimen general de la S. S.).

— Aspectos particulares, especialmente en materia de advertencias sobre la complejidad de los productos y los riesgos que entrañan: podrían aplicar a partir de una edad superior, que ya vaya asociada a cierta pérdida de facultades, como podrían ser los 75 años.

3.2. Conocimientos y competencias de los distribuidores de productos financieros

De acuerdo con lo anteriormente analizado, los conocimientos y competencias requeridos en la normativa vigente no comprenden en todos los casos la formación en normas deontológicas y en comportamientos éticos que puedan ser una barrera de mitigación del riesgo que puede suponer una conducta comercial demasiado asertiva frente a un consumidor de edad avanzada. En particular, hemos visto que la circular de la CNMV de 2017 no los exige, y solo los contempla de forma opcional en algunos casos. Entendemos que éste debería

(15) Maintenance and Welfare of Parents and Senior Citizens Act 2007.

ser un requerimiento exigible en la formación de los comercializadores tanto de servicios bancarios, como de seguros, como de productos de inversión, lo cual requeriría la adaptación de la norma emitida por la CNMV.

3.3. El tamaño de la letra en la información en papel

De acuerdo con lo analizado anteriormente, sería deseable que al menos en lo relativo a la normativa que se dicte en España, cualquiera que sea su rango, para regular información pre y post contractual relativa a productos y servicios financieros en general (bancarios, aseguradores y de inversión), ya corresponda o no a la trasposición de una norma comunitaria que no recoja algo a este respecto, se incorpore sistemáticamente un criterio sobre el tamaño mínimo de la letra minúscula de tal forma que conceptos jurídicos indeterminados como «visible y legible» no se interpreten al albur de las necesidades de cada entidad.

3.4. Medidas protectoras en la comercialización a distancia

Considerando todos los motivos expuestos, en cuanto al soporte de las comunicaciones proponemos, en primer lugar, que sea obligatorio indicar en la información precontractual el derecho que asiste al consumidor a modificar el soporte de las comunicaciones en cualquier momento así como a recibir la información contractual en papel aunque la haya recibido en soporte duradero; en segundo lugar, proponemos que, incluso en aquellos casos en los que las comunicaciones se estén realizando mediante soporte duradero, para los clientes de edad superior a los 75 años, se remita la información post contractual anual en soporte papel.

Adicionalmente, con relación al ejercicio del derecho de desistimiento por personas de avanzada edad, proponemos que el plazo para su ejercicio se equipare al de los seguros en todos los casos. Es decir, no se trataría es una definición objetiva en función del tipo de contrato tal como sucede en la norma actual sino que, con la finalidad de proteger a estos consumidores, proponemos que se incorpore una definición subjetiva según la cual en todo tipo de contratos en los que exista el derecho de desistimiento las personas de edad avanzada tengan derecho a ejercitarlo en el plazo de 30 días desde su celebración.

3.5. Medidas protectoras en la comercialización de productos PRIIPS

Con la finalidad de proteger a los clientes minoristas de avanzada edad que se propongan adquirir instrumentos financieros que trasladen a su patrimonio el impacto de las fluctuaciones del mercado (PRIIPS) podemos proponer un conjunto de iniciativas tuitivas:

A) Por los motivos expuestos, en primer lugar, proponemos que las actuaciones de comercialización especialmente a partir de una determinada

edad más avanzada (p. ej., los 75 años) sean siempre bajo la forma de venta asesorada y no de venta informada.

B) En cuanto a las advertencias que pueden surgir en el contrato de asesoramiento y las consecuencias de éstas, proponemos que tanto si se trata de una advertencia por carencia de la información suficiente para poder realizar el asesoramiento, como si se trata de una advertencia por falta de idoneidad del producto al perfil indicado por el cliente, la comercialización no pueda realizarse.

C) Finalmente, en cuanto a los contratos de asesoramiento continuado proponemos dos cuestiones:

a. En primer lugar, que siempre que se trate de un producto PRIIP o de un servicio de inversión que requiera que el cliente tome decisiones a lo largo del tiempo, en estos casos se requiera necesariamente que el asesoramiento sea continuado y no sólo puntual en el momento de la comercialización (en la actualidad únicamente requerido en la norma en los casos de servicios de gestión de carteras).

b. En segundo lugar, que para poder realizar el análisis de idoneidad sucesivamente se evalúen periódicamente los conocimientos y experiencia del cliente lo cuales, en casos de deterioro cognitivo, podrían haberse perdido. Ello implicaría la realización sucesiva del cuestionario de análisis del cliente no solamente respecto a su evolución en el nivel de aversión al riesgo o en el de su situación financiera y capacidad para soportar pérdidas los cuales evidentemente pueden cambiar a lo largo del tiempo, sino también respecto a sus conocimientos, los cuales pueden disminuir con el paso del tiempo, cosa que no sucede en franjas de edad más tempranas.

3.6. Desarrollo reglamentario del sobre naranja

Después de más de 7 años desde la entrada en vigor de la modificación normativa que exige que la Administración remita a los trabajadores información sobre su pensión de jubilación esperada en los términos que reglamentariamente se establezcan, a pesar de que se ha consumido ampliamente el plazo para tal desarrollo reglamentario, consideramos imprescindible que esta regulación se desarrolle y que cuanto antes se ponga en marcha esta comunicación tan necesaria para la identificación de exigencias y necesidades, y del horizonte temporal de la inversión de los consumidores.

En particular, dado que el art. 17 del LGSS establece que esta comunicación deberá remitirse a partir de una edad determinada, consideramos que, para que la información sea útil a los efectos de facilitar la planificación financiera y que permita un determinado nivel de acumulación de recursos, es necesario que se remita al menos dos décadas antes de la edad esperada de jubilación. Por tanto, si

consideramos que los 67 años es esa edad, entendemos que sería razonable que el sobre naranja se remita anualmente a los trabajadores a partir de los 47 años.

3.7. Incorporación de previsiones en materia de gobernanza de productos

Considerando el papel que desempeña la política de gobernanza de productos para concretar la conducta en la fabricación y comercialización de productos financieros, sería muy conveniente que se requiera que las entidades definieran en ella las líneas directrices con relación a los clientes de edad avanzada.

Ello permitiría que se prestase atención a las demandas y necesidades que puede tener este público, así como a los casos en que un determinado producto no es conveniente para el mismo, pudiendo facilitar cambios en opciones de inversión que puedan adaptarse mejor a cada una de las necesidades definidas.

IV. BIBLIOGRAFÍA CITADA

OECD, *Financial Consumer Protection and Ageing Populations*, 2020.

FCA, «Ageing population and financial services», *Occasional Papers*, núm. 31, 2017.

UN, *World Population Ageing*, Department of Economic and Social Affairs, Population Division, 2017.

UN, *Ageing and Disability*.

ALZHEIMER'S DISEASE INTERNATIONAL, *World Alzheimer Report*, 2018.

EIOPA, *Final Report on Guidelines under the Insurance Distribution Directive on Insurance-based investment products that incorporate a structure which makes it difficult for the customer to understand the risks involved*, 2017.

ESMA, *Guidelines on MIFID II product governance requirements*, 2018.

SOLA FERNÁNDEZ, F., «El proceso precontractual en el contrato de seguro: nuevo marco jurídico». *Cuadernos de la Fundación*, Fundación MAPFRE, 2017.

WHO, *Factsheet on Elder Abuse*, 2018.

CAPÍTULO 22

EL ENVEJECIMIENTO COMO FACTOR DE EVALUACIÓN EN LA TRANSPARENCIA FINANCIERA

Francisco Sola Fernández

*Inspector Jefe, Área de Normativa Comunitaria
en la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones
y Profesor Asociado del Área de Derecho Mercantil,
Universidad de Alcalá*

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El envejecimiento afecta a la «vida financiera» de la persona, donde confluyen una serie de intereses que se manifiestan de una forma dinámica, dado que nos encontramos ante un proceso con diferentes manifestaciones en el tiempo. El Derecho no puede permanecer indiferente de cara a la protección de esos intereses, debiendo implicar también al ejercicio de sus funciones por los poderes públicos. En el marco de la transparencia financiera, el sujeto de edad avanzada aparece como merecedor de una protección especial. A lo largo del trabajo se enmarcará la posición jurídica del mayor en el ámbito del Derecho de Transparencia, manifestación sectorial del más amplio Derecho de Protección de los Consumidores.

Si bien es cierto que ya las normas civiles reconocían que pueden darse situaciones de desigualdad en la relación contractual que es preciso corregir, normalmente a través de una interpretación favorable a la parte en situación inferior en dicha relación⁽¹⁾, es en el momento en el que se identifica al consumidor como un sujeto especial del contrato cuando su posición jurídica es objeto de atención bien por las decisiones del poder jurisdiccional, bien, por el propio legislador⁽²⁾.

La CE le da un carácter prevalente a la defensa de los consumidores⁽³⁾ dentro de los principios rectores de la política social y económica, encomendando a los poderes públicos una actuación que deberá velar, entre otros temas, por los legítimos intereses económicos de aquellos. Hay, pues, un reconocimiento de que existe un bien jurídico a proteger en la salvaguardia de intereses con una clara repercusión en el funcionamiento del mercado. Retener este rasgo es básico para sustentar todo un derecho de protección del consumidor o cliente fi-

(1) El art. 1288 del CC evita que las cláusulas oscuras se interpreten en beneficio de la parte que causó la oscuridad, conectando así con la existencia de condiciones generales impuestas por el empresario.

(2) Así, la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, como primer reconocimiento normativo del necesario tratamiento especial.

(3) El art. 51 compromete a los poderes públicos en esta defensa, e incluye la provisión de información y la educación de consumidores y usuarios.

nanciero, como objeto básico de nuestro trabajo y su aplicación al consumidor financiero de edad avanzada⁽⁴⁾.

II. TRATAMIENTO DEL CONSUMIDOR EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Es un hecho constatable identificar al Derecho de la UE como el principal motor de la transformación de nuestro Derecho de Consumo. A través de la acción normativa y mediante las resoluciones judiciales del TJUE, el ordenamiento jurídico español ha ido asimilando nuevos conceptos y enfoques, generando líneas jurisprudenciales novedosas e introduciendo cambios legislativos en normas no sólo sustantivas⁽⁵⁾.

El TFUE⁽⁶⁾ consagra una serie de principios en materia de defensa del consumidor que obligan a que ésta sea una política informadora de todas las acciones y normas comunitarias, a la vez que consagra unos amplios poderes de la UE en esta materia. Además se entiende que es un elemento clave para conseguir el Mercado Único, pues la igualdad en el tratamiento de los consumidores, independientemente del mercado nacional en el que nos encontremos, se erige como clave para el funcionamiento del mercado, evitando que algunos operadores económicos en ciertos mercados nacionales puedan explotar en su favor una menor protección de sus consumidores, rompiendo el equilibrio que una competencia sana entre iguales debe garantizar. La relación entre competencia y defensa del consumidor será así una constante en toda acción comunitaria en esta materia⁽⁷⁾.

También la CDFUE⁽⁸⁾ obliga a esta protección en las políticas de la UE, identificando algunas áreas de especial atención, algunas de las cuales se centran en el acto de venta de productos o servicios.

(4) A lo largo de este trabajo utilizaremos términos como «mayor», «adulto mayor» o «persona de edad o de edad avanzada» para caracterizar al universo de personas que son objeto de estudio.

(5) La STJUE dictada en el caso C-415/11 («Caso Aziz»), supone una novedosa aplicación de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores en el procedimiento de ejecución hipotecaria establecido en el derecho español.

(6) Arts. 4.2, f), 12, 114 y 169.

(7) En este sentido, la Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores subraya cómo estas prácticas perjudican los intereses de los consumidores y crean obstáculos para el mercado interior [Considerando (4)].

(8) Art. 38.

III. LA DEFENSA DEL CONSUMIDOR FINANCIERO EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

3.1. Normativa precrisis

El legislador comunitario es consciente de que la protección del consumidor financiero merece un tratamiento regulatorio específico por las propias características de los servicios financieros (financiación de la economía real, relación de confianza entre cliente y entidad financiera) que se resume de forma gráfica en el término «asimetría informativa» de la relación cliente-intermediario, de la que luego trataremos⁽⁹⁾. Conseguido el objetivo que el Acta única Europea de 1987 establecía en cuanto a la creación de un Mercado Único, previsto para 1992, las políticas comunitarias se hacen más ambiciosas y abarcan los mercados de una manera más amplia, con el objetivo de regular para mejorar su funcionamiento. En este sentido, el Plan de Acción de Servicios Financieros (1999-2004)⁽¹⁰⁾ surge al constatar que los mercados financieros de la UE siguen segmentados sin que ni empresas ni consumidores puedan acceder a las instituciones financieras de otros EEMM. En lo que nos puede interesar para nuestro objetivo, se trata de lograr que los usuarios puedan aprovechar las oportunidades de un mercado único al tiempo que se garantice un elevado nivel de protección a los consumidores. De nuevo la protección del consumidor se sitúa en un marco de mayor competencia entre operadores.

Cuando este Plan aborda objetivos de cara a los mercados minoristas, se identifican los siguientes ámbitos de actuación:

- Información y transparencia; en busca de claridad y comprensibilidad sobre el contrato o el tipo de inversión propuesto;
- Resolución de litigios de forma eficiente y eficaz; y
- Nivel básico de protección de los consumidores en todos los EEMM.

Junto a lo anterior, se identifican algunas áreas de actuación, como la utilización de medios electrónicos para los servicios financieros, la protección de los usuarios de seguros a través de la actuación de los mediadores y el reforzamiento de los servicios de pago transfronterizos.

(9) La Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores, excluye de su ámbito de aplicación a los servicios financieros, mientras que la Directiva 93/13/CEE, de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores se aplica de forma «horizontal» a todos los contratos de consumo, financieros incluidos.

(10) Comunicación de la Comisión, de 11 de mayo de 1999, sobre la «Aplicación del marco de acción para los servicios financieros: Plan de acción» [COM (1999) 232].

Fuera de las declaraciones de principios como un elemento constitucional de la UE, el Plan de Acción de Servicios Financieros supuso el alumbramiento de distintas actuaciones legislativas que tenían la preocupación por la defensa del consumidor financiero como su principal razón de ser. Las Directivas previas a este Plan se habían enfocado más a garantizar la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios; en esta fase se entiende que el Mercado Único exige algo más, en forma de una mayor armonización en el nivel de defensa del consumidor.

Así, teniendo como eje la necesidad de incrementar la transparencia en el mercado a través de la información, y con el fin de defender al consumidor, van a surgir una serie de Directivas que afectan al ámbito de los servicios financieros, entre las que destacamos las siguientes:

— Directiva de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (D 2002/65/CE), que obliga al proveedor del servicio a proporcionar una información exhaustiva antes de la celebración del contrato;

— MIFID I, destacable porque va a introducir la clasificación de clientes entre profesionales y minoristas y va a comenzar en la línea de establecer una serie de normas de conducta en los intermediarios financieros especializados en estos instrumentos, abriendo un camino que llega hasta el momento presente, en la conformación de la diligencia exigible entre intermediario y cliente.

— Directiva de Crédito al Consumo, formulada por primera vez en 1987 (Directiva 87/102/CEE), y mejorada a través de la Directiva 2008/2008/48/CE, estableciendo todo un sistema de información plena, al regular tanto la incluida en la publicidad comercial, como la suministrada en la fase precontractual y en la contractual propiamente dicha.

3.2. Normativa poscrisis

La llegada de la crisis financiera de 2008 y las enseñanzas que se obtienen de ella va a fundamentar un nuevo movimiento regulatorio por parte de la UE. El 10 de diciembre de 2015, la Comisión Europea publica un Libro Verde sobre servicios financieros minoristas o al por menor⁽¹¹⁾ donde se identifica la necesidad de mejorar la integridad del sistema y la confianza de los mercados financieros a través de una mayor protección a los consumidores e inversores minoristas. Los estudios realizados detectan una elevada tasa de ventas inadecuadas.

(11) Documento 52015DC0630 en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=COM:2015:630:FIN>

cuadas. La incapacidad de entender productos financieros complejos por los consumidores, situaciones de sobreendeudamiento por créditos de concesión rápida e intereses abusivos, así como errores graves en el asesoramiento proporcionado han tenido como base en gran parte las deficiencias en la información suministrada, lo que lleva a la UE a instaurar un marco basado en nuevas reglas, prever poderes para la defensa de los consumidores en las autoridades europeas de supervisión, mejorar la transparencia y reforzar la actuación de los intermediarios financieros en el tratamiento de sus clientes, subrayando que su actuación debe basarse en la equidad y en la lealtad. La educación financiera y unas normas de conducta reforzada de los proveedores de servicios financieros completan este enfoque.

Así, esta segunda decena del siglo XXI va a ver cómo surgen una serie de normas comunitarias que implican la evolución del sistema de protección hacia un marco regulatorio más exigente, en el que la conducta del intermediario financiero se convierte en el eje de la defensa del consumidor. Sus principales hitos normativos abarcan los distintos subsectores financieros con una vocación armonizadora en el sentido de evitar diferentes niveles de protección según las operaciones se desarrollen en el ámbito de los seguros, de los instrumentos financieros o de las entidades de crédito.

Citemos algunas de estas normas como ejemplos paradigmáticos de esta nueva etapa normativa en el ámbito comunitario en el marco de la defensa de la transparencia y de la protección al cliente:

— Directiva sobre los mercados de instrumentos financieros («MIFID II»). La Directiva 2014/65/UE es la reacción normativa ante los hechos que la crisis puso de manifiesto y que reflejaban como los clientes minoristas habían adquirido productos financieros sin conocer suficientemente los riesgos que comportaban y sin que estos fueran adecuados a su experiencia y capacidad de comprensión, junto a la detección de problemas de gobierno en los intermediarios por no afrontar de modo suficiente los conflictos de interés, afectando al asesoramiento prestado en perjuicio de sus clientes;

— Directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, o Directiva sobre Crédito Hipotecario, que, junto con el crédito responsable como forma de actuación de las entidades acreedoras, trata de hacer frente a la información suministrada a los clientes que la propia Comisión calificó como insuficiente, compleja, no comparable, oscura y proporcionada a destiempo;

— Directiva 2016/97/UE sobre distribución de seguros, que aplica un esquema semejante de protección al cliente al establecido por la Directiva MIFID II, basado en la información comparable, el asesoramiento en beneficio

del consumidor y unas normas de gobierno de productos en función de sus destinatarios; y

— PRIIPs, que tiene en la información comparable y comprensible su principal objetivo, y que adopta un enfoque «horizontal», en el sentido de aplicar los mismos requisitos informativos a productos procedentes de diferentes sectores financieros. No debe perderse de vista el poder que da dicho Reglamento a las autoridades nacionales o a la Autoridad Europea de Supervisión de Seguros y Fondos de Pensiones de Empleo (EIOPA) para restringir o prohibir la comercialización de productos que puedan suponer una amenaza para la protección de los inversores. De este modo se abre una vía para suspender o prohibir los productos de este tipo que pudieran ser perjudiciales para los intereses de las personas mayores;

— Directiva 2014/92/UE sobre la comparabilidad de las comisiones conexas a las cuentas de pago, el traslado de cuentas de pago y el acceso a cuentas de pago básicas. Esta Directiva, además de reconocer el derecho a todo consumidor a disponer de una cuenta corriente básica, como elemento sustancial de la inclusión financiera, regula la información a suministrar a los titulares de las cuentas con vistas a su comprensibilidad y comparabilidad, cubriendo los dos objetivos que la legislación de transparencia de la UE persigue: la defensa del consumidor como parte del contrato digna de protección reforzada y la promoción de un mercado único de servicios financieros.

3.3. Últimas iniciativas en materia de servicios financieros destinados a los consumidores

La Comunicación de la Comisión Europea de 23 de marzo de 2017⁽¹²⁾ es hasta ahora el último paso que la Comisión Europea ha dado en la defensa de los consumidores de los servicios financieros. Su lema se centra en «mejores productos» y «más elección», lo que resume la necesidad de un mercado con productos adecuados a las necesidades de los consumidores y un incremento de la competencia en el Mercado Único, reforzando la comparabilidad y mejorando la información. Implica un Plan de acción que pretende mejorar la protección en tres áreas fundamentales:

1. Transparencia, que se proyectará en una mejora en la información para las operaciones transfronterizas de pagos, de crédito al consumo y procurando que los rendimientos de los productos financieros puedan ser compara-

(12) «Plan de acción de servicios financieros destinados a los consumidores: mejores productos y una oferta más variada». COM(2017) 139 final.

bles entre los mismos productos y otros alternativos o competidores en todo el espectro que forma el Mercado Único;

2. Eliminar las restricciones nacionales a las operaciones transfronterizas; y

3. Lograr un Mercado Único basado en la tecnología, consolidando la figura del «cliente digital».

De nuevo cualquier iniciativa de mejora del Mercado Único exigirá unos estándares comunes de protección del consumidor.

3.4. El refuerzo institucional de la protección de los consumidores de servicios financieros

Las diferentes iniciativas comunitarias, materializadas en las sucesivas normas ya mencionadas, se reforzarán a través de la creación de las Autoridades Europeas de Supervisión Financiera (*European Supervisory Authorities*), que a partir de 1 de enero de 2011 despliegan sus competencias, entre las cuales se cuentan la protección de los consumidores en sus distintos subsectores financieros. Esta defensa será un mandato genérico que se concretará en las diferentes normas comunitarias que se desarrollarán posteriormente y que incluye un seguimiento del Mercado Único de servicios financieros, junto a la concesión de poderes concretos frente a posibles situaciones de perjuicio de los consumidores⁽¹³⁾. Sus propuestas de Normas Técnicas a la Comisión Europea contendrán en el ámbito del mandato de cada Directiva o Reglamento comunitarios una visión de defensa del consumidor. Igualmente se procurará una armonización de la forma de supervisar los mercados en cuanto a la aplicación de la regulación sobre conducta, como último paso para lograr unas mismas normas de juego en cuanto al nivel de defensa de los intereses de los consumidores financieros en la UE.

3.5. Conclusiones

En esta introducción se ha expuesto el compromiso del legislador y de las instituciones comunitarias en la defensa de los intereses de los consumidores de

(13) Reglamentos 1093, 1094 y 1095/2010 por los que se crean las autoridades de supervisión bancaria, (EBA), de seguros y pensiones de empleo (EIOPA) y de mercados (ESMA), que tiene como objetivo reforzar la protección del consumidor (arts. 1.5 f y 1.6 f), concediendo a dichas autoridades funciones específicas normativas y supervisoras para conseguir dicho objetivo (art. 9). Por su parte, el «Reglamento PRIIPs» autoriza a las Autoridades nacionales de supervisión y en su caso a la autoridad de supervisión de seguros y fondos de empleo (EIOPA) a prohibir o restringir la comercialización de productos de inversión basados en seguros que supongan una preocupación para la protección del inversor. En este sentido, sería posible prohibir o restringir la venta de un producto que pudiera suponer un perjuicio para los consumidores de cierta edad.

los servicios financieros. Se trata de un desarrollo que ha contado con distintas fases y se ha manifestado con distinta intensidad en cada una de ellas para los distintos subsectores financieros (seguros, entidades de crédito e instrumentos financieros). En este proceso se produce una convergencia entre mercados nacionales, en busca de un mismo nivel de protección, y entre los propios subsectores. En cada momento puede detectarse un mayor esfuerzo en un subsector que en otro, para llegar en la fase en la que nos encontramos a un grado de protección semejante, aunque se trate de las actividades aseguradoras, crediticias o inversoras.

Por tanto, nos encontramos con una normativa de carácter evolutivo, en el que el legislador comunitario va introduciendo técnicas e instrumentos en un subsector que serán adoptados por el resto en momentos posteriores. Se trata de un proceso en el que el objetivo final va a ser llegar a una mayor granularidad en el tratamiento del cliente de los servicios financieros. Como detallaremos en el siguiente capítulo la progresión normativa pretenderá llegar a esa consideración individual del cliente, adaptándose a su perfil y a sus necesidades, no solamente como principio sino como exigencia del funcionamiento de las entidades financieras, cuya organización se debe poner al servicio de ese fin mediante el cumplimiento de los requerimientos que la normativa le impone.

Es en este marco en el que debemos preguntarnos si la consideración de la edad adulta avanzada está suficientemente capturada por la normativa de transparencia y defensa del cliente o no se ha llegado al nivel de desagregación suficiente para que el regulador elabore instrumentos específicos para este perfil de consumidores, acogiendo así las posibles peculiaridades o rasgos propios que presenta.

Procede, pues, abordar el derecho de transparencia en sus fundamentos y en sus técnicas normativas con el fin de enmarcar los distintos instrumentos normativos y supervisores que permitirían una mejor toma en consideración de los intereses y de la posición de los consumidores mayores en el ámbito de los servicios financieros.

IV. EL DERECHO DE TRANSPARENCIA EN EL ÁMBITO FINANCIERO Y EL FACTOR ENVEJECIMIENTO

4.1. Notas características

Podemos hablar de un derecho a la transparencia en la negociación de los servicios y productos financieros⁽¹⁴⁾ como la base del «nuevo» Derecho de trans-

(14) La Directiva 2002/65/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros («*Directiva de venta a distancia*», en lo sucesivo) destinados a los consumidores define «servicio financiero» como «*todo servicio bancario, de crédito, de seguros, de jubilación personal, de inversión o pago*».

parencia. Existe, pues, un derecho subjetivo del cliente o consumidor a obtener una tutela del ordenamiento jurídico para paliar la posición de desigualdad que ocupa en las relaciones contractuales que se producen en el ámbito del mercado financiero. Pero también surge una nueva rama del Derecho en torno al concepto de transparencia⁽¹⁵⁾. Se trata de un concepto evolutivo, ya que va ampliando su contenido, entendido como conjunto de reglas que integran la obligación de transparencia, y también de una materia que persigue fines diferentes:

— Transparencia como elemento de funcionamiento del mercado. La dogmática exige como requisito para ese ideal de mercado, que garantiza la adopción de decisiones racionales y óptimas por los operadores económicos, la existencia de una información completa, gratuita y simétrica por los consumidores. Cuando la UE asume como fin la consecución de un mercado único, debe garantizar que los medios para lograr ese tipo de competencia van a ser parte sustancial de sus propuestas normativas⁽¹⁶⁾;

— Transparencia como instrumento de la defensa de los consumidores. Si nos centramos en los mercados de servicios financieros, la asimetría informativa define la posición del consumidor o cliente en sus relaciones con las entidades financieras, por lo que la consecución de la transparencia será un objetivo que conseguir en las normas que rigen estos mercados⁽¹⁷⁾; y

— La transparencia debe presentar un nivel mínimo en el mercado. Este rasgo conecta los dos anteriores, ya que un nivel mínimo de protección del consumidor garantiza no sólo unos derechos equivalentes, sino unas mismas reglas de juego en el mercado, evitando ventajas competitivas, ya que la aplicación de las normas de transparencia implica un coste al operador que deben ser iguales en un mercado competitivo.

La transparencia hemos dicho que es un término evolutivo. No lo es en cuanto a los principios generales que lo informan, basados en la situación de desequilibrio contractual del cliente frente al intermediario financiero, exi-

(15) Vid. SÁNCHEZ MARTÍN, C. y ORDUÑA MORENO, F.J., *La transparencia como valor del cambio social: su alcance constitucional y normativo*, Aranzadi, Pamplona, 2018. Sobre el estudio de la transparencia en un sector concreto: ORDUÑA MORENO, F.J., SÁNCHEZ MARTÍN, C. y GUILLÉN CATALÁN, R., *Control de transparencia y contratación bancaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

(16) El papel de la transparencia en la correcta formación de los precios es subrayado por ZUNZUNEGUI, F., «Concepto y sistema del Derecho del Mercado Financiero», *Derecho del mercado financiero*, 3.ª Ed., Marcial Pons, Madrid, 2005, cuando describe el principio de transparencia como informador del Derecho del Mercado Financiero.

(17) La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible tiene como finalidad, entre otras, mejorar la transparencia en el mercado financiero, con especial mención a las entidades de crédito y a los seguros y fondos de pensiones (arts. 29 y 30).

giéndole una especial diligencia; pero sí es evolutivo en cuanto a la «expansión» normativa a través de la cual se trata de conseguir dicha transparencia. Así, las primeras normas se preocupaban por procurar al cliente bancario o de seguros una información mínima sobre los productos, mientras que posteriormente se definirá de forma detallada el contenido del deber de diligencia del intermediario tanto en el proceso de venta como durante todo el ciclo de vida del producto. Además, el legislador se ha asegurado que el cumplimiento de esas obligaciones pueda supervisarse fácilmente, obligando a la existencia de registros, a la cumplimentación de formatos estándar de información y a la atribución de competencias y responsabilidades a ciertas personas u órganos de la entidad financiera.

La importancia de la transparencia como elemento integrante de lo que en sentido amplio podríamos denominar como «contratos financieros de consumo» se ha visto reconocida con la reciente reforma de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios⁽¹⁸⁾, en donde se reconoce la nulidad de las cláusulas incorporadas a los contratos de modo no transparente en perjuicio de los consumidores. Con ello se da entrada a la doctrina jurisprudencial tanto comunitaria⁽¹⁹⁾ como nacional⁽²⁰⁾, que puede llegar a valorar los defectos en la transparencia como generadores de la nulidad del contrato.

En este sentido, merece remarcar que el enfoque que da la jurisprudencia a la falta de transparencia es fundamentalmente «caso por caso», pues procede evaluar estos defectos de transparencia en el marco de la concreta relación cliente y entidad en la generación del contrato, dando relevancia en cuanto a la validez del mismo a aquellas faltas de transparencia que lleven a un vicio en el consentimiento, y dejando el resto de infracciones no invalidantes para la consideración de las autoridades administrativas encargadas de velar por el buen funcionamiento de los mercados.

Si enfocamos las obligaciones derivadas de la transparencia al ámbito de la contratación realizada por adultos mayores, vemos hasta qué extremo la protección buscada se refuerza al tratarse de un tipo de cliente con rasgos específicos, pero también, lo cual se abordará más adelante, surge la duda de si las normas de transparencia vigentes están suficientemente enfocadas a este segmento de la población. Pero a su vez surgen otras dos cuestiones:

(18) Disposiciones finales 4.^a y 8.^a de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCI en lo sucesivo).

(19) Por todas, la S del Tribunal de Justicia dictada el 3 de marzo de 2020 en el asunto C-125/18 (ECLI:EU:C:2020:138) sobre el índice de referencia de los préstamos hipotecarios.

(20) Por su trascendencia, la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios (Roj: STS 1916/2013 - ECLI: ES:TS:2013:1916).

— ¿Adopta el supervisor un enfoque especial cuando se trata de verificar el cumplimiento de las normas de transparencia en las operaciones con un adulto mayor?; y

— ¿Aplican los intermediarios financieros estas normas de una manera específica cuando se trata de operaciones o servicios en los que una persona mayor es parte?

Trataremos de dar una respuesta parcial a las preguntas planteadas, al ver, más adelante, algunas medidas y enfoques adoptados sobre la realidad de los mayores en el entorno de la transparencia financiera.

4.2. Breve acotación del concepto de consumidor

El objeto de este trabajo (el adulto mayor) nos exime de acotar el elemento subjetivo al que va dirigido. La normativa de transparencia es confusa cuando se trata de identificar a la persona destinataria de esta: el consumidor⁽²¹⁾. La propia normativa comunitaria más reciente no es unívoca cuando se trata de caracterizar a la persona necesitada de protección. Podemos encontrar alusión a la persona física que actúa con una finalidad distinta a la actividad comercial, profesional o industrial que desarrolla (total o parcialmente)⁽²²⁾, pero también se habla del inversor minorista⁽²³⁾, del cliente o del tomador de un seguro distinto de los denominados «grandes riesgos»⁽²⁴⁾. Por ello, hacemos notar la complejidad del tema, algunas veces matizado incluso por la jurisprudencia comunitaria, pero prescindimos de su carácter contencioso para el objeto de este estudio, por cuanto debemos entender al adulto mayor en

(21) Sobre el concepto de consumidor, *vid.* RIBÓN, E., <<Derecho bancario y protección del consumidor>>, en ZUNZUNEGUI, F. (Coord.), *Regulación Financiera y Fintech*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019.

(22) P. ej., el art. 2 d) de la «Directiva de venta a distancia» utiliza esta caracterización, o el art. 2c) de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Sin embargo, la reciente normativa comunitaria prevé la posibilidad de contratos realizados por esas personas físicas en donde hay una «doble finalidad», en parte relacionado con esas actividades profesionales o empresariales y en parte no, que permitiría definir a esa parte como consumidor. Así aparece en el Considerando (13) de la Directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.

(23) Art. 4, apdo. 1, punto 11 de la Directiva 2014/65/UE, relativa a los mercados de instrumentos financieros.

(24) La Directiva 2016/97/UE sobre la distribución de seguros (IDD en lo sucesivo) no contiene una definición de consumidor, a pesar de referirse en su articulado y Considerandos a esa figura, para referirse, en su lugar, en el art. 2.1, 16) a dicho concepto de «grandes riesgos», definido en la Directiva 2009/138/CE, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II), concepto de gran tradición en la normativa comunitaria sobre seguros.

su condición de consumidor como tal, haciendo frente en sus negociaciones en el mercado financiero a la satisfacción de sus necesidades. En cuanto a su condición como inversor minorista, su calificación o no de persona vulnerable, que ya examinaremos más tarde, condicionará la aplicación de las normas sectoriales específicas.

4.3. Instrumentos normativos para la transparencia financiera: de la ruptura de asimetría informativa a la atención de la vulnerabilidad

En la secuencia normativa que se va a exponer, examinaremos los distintos instrumentos que se van a ir aplicando en un proceso de mayor detalle y concreción para llegar al fin ideal de todo derecho de la transparencia que es la actuación del intermediario financiero en beneficio del cliente y conforme a sus necesidades y demandas.

A) Ruptura de la asimetría informativa

La posición que tiene el cliente de servicios financieros en el contrato ha sido calificada por la doctrina y la jurisprudencia como de asimetría informativa. Tal asimetría procede de la complejidad del funcionamiento de las operaciones que sustenta y de la incertidumbre de la capacidad del intermediario financiero para cumplir sus obligaciones, dados los riesgos que conllevan los servicios financieros, sustentados en la confianza del cliente frente a la entidad. Si además de utilizar los servicios financieros el sujeto adopta la posición de inversor en un determinado instrumento financiero la asimetría se refuerza, dado que el funcionamiento del mercado en el que dicho instrumento se negocia es otro elemento de incertidumbre que configura la posición del cliente en el contrato.

Esta asimetría se ha intentado suplir precisamente con información. Es una constante en la normativa financiera tanto comunitaria como española que se provea al consumidor con documentación antes y después del contrato. Además, se controla la publicidad con que la entidad financiera se comunica con los potenciales clientes para velar por la veracidad de su contenido y la ausencia de su manipulación, para que no ofrezca información sólo sobre unos elementos y omita una comprensión global de la operación.

Con el suministro de información se persigue un doble objetivo:

— Mejorar la competencia en el mercado, pues la información exacta y comparable es elemento esencial para adoptar una decisión racional desde el punto de vista económico por cualquier operador;

— Proteger al cliente haciendo más comprensible el servicio o instrumento financiero contratado y ser consciente de su posición en el mismo, con especial mención a los riesgos que asume.

El suministro de información como herramienta que el legislador ha establecido para hacer frente a la asimetría mencionada ha sufrido una evolución tanto en la legislación comunitaria como nacional.

En cuanto contratos uniformes, es decir, que contienen condiciones generales de la contratación, los contratos sobre servicios financieros deben respetar los requisitos de incorporación de la normativa que rige estas condiciones, en el sentido de reunir las características de claridad y concreción, lo que debe generar una total comprensión del contenido del contrato y su «economía», es decir mecánica contractual y riesgos asumidos.

La transparencia es un principio general que informa el proceso contractual que incluye estas condiciones generales, expresión de la confianza del cliente en el intermediario financiero, y cuya ausencia puede llevar a la nulidad del contrato, como ya se ha señalado.

La normativa sobre la información a suministrar al cliente, tanto comunitaria como nacional, presenta una evolución en aras de la consecución de un grado elevado de rigor, muestra de la finalidad del Derecho de la UE de conseguir un nivel homogéneo de protección del consumidor en el Mercado Único. El principal foco de atención se centra en la fase precontractual, como la formadora de la voluntad de adherirse o no al contrato, pero, a su vez, como el instrumento para comparar las prestaciones de otros servicios, instrumentos o productos ofrecidos en el mercado, incentivando la competencia.

Así, en una primera fase se trata de informar sobre los conceptos o parámetros que definen el contenido principal del contrato, como pueden ser las comisiones, los tipos de interés, gastos, las primas de seguro y las coberturas o derechos inherentes a los seguros de vida⁽²⁵⁾.

El fomento de la competencia en el mercado no se logra sin la oportunidad de la información recibida, lo que hace que el legislador se ocupe tanto del momento en el que se ofrece como de la forma de integrarla en el proceso contractual, a través del mecanismo de la oferta de contrato.

La preocupación por el contenido de la información a suministrar en la fase precontractual evolucionará hacia la uniformización de los formatos en los que se ofrece dicha información. Al legislador comunitario no le va a preocupar únicamente que se informe de determinados extremos al cliente, sino que pro-

(25) Como muestra de este instrumento normativo, la Directiva 2009/138/CE sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II) recoge en el art. 185 la información mínima a suministrar a los tomadores de un seguro de vida e, igualmente, el art. 5 de la Directiva 2008/48/CE relativa a los contratos de crédito al consumo también regula con detalle la información precontractual.

curará que esa información se armonice en cuanto a contenido y forma en la que se ofrece. El doble objetivo de mejorar la comparabilidad de productos en un Mercado Único y fijar el nivel mínimo de protección del consumidor queda así reflejado en esta exigencia normativa⁽²⁶⁾.

De este modo, se llega a una fase en la que se quiebra la asimetría informativa a través del instrumento de la información normalizada en el contenido y en el formato.

Otras herramientas futuras pueden mejorar esta información, mejorando la competencia en el mercado. Como ejemplo, puede citarse la intención de la Comisión Europea de armonizar la información sobre los rendimientos de los instrumentos financieros, independientemente del subsector del que proceda, como parte del ya mencionado Plan de acción de servicios financieros destinados a los consumidores.

B) *Hacia la comprensión del producto por el sujeto destinatario*

El suministro de información no parece bastar para que el consumidor obtenga una protección eficaz y se evite una venta inadecuada con los conocimientos que posee. Los principios generales de actuación leal por parte del intermediario financiero y consideración de las necesidades de los clientes van a exigir instrumentos normativos adicionales a las meras declaraciones programáticas. Por ello, el legislador va a proceder a una desagregación mayor de los potenciales clientes, a través de la vía de su clasificación.

El principal criterio por el cual se van a segmentar los clientes de servicios financieros es el que diferencia al consumidor del que no lo es, pero, como ya hemos visto, el concepto de cliente, en términos generales, que maneja la normativa sobre servicios financieros, no es unívoco, existiendo el de consumidor, inversor minorista o tomador del seguro. En todo caso, hay un criterio unificador en torno a la tutela especial sobre los mismos. Veamos cómo dichas normas lo han abordado.

Será la Directiva conocida como «MIFID I» la que va a dar el primer paso al clasificar en el ámbito de los mercados de instrumentos financieros a los clientes en dos grandes grupos: minoristas y profesionales, regulando de forma exhaustiva la condición de profesional, de forma que *el cliente minorista será aquel que no se caracteriza como profesional. El nivel de protección aplicable a cada uno de los grupos será distinto, de forma que el cliente minorista deberá*

(26) En este sentido, nos encontramos con el documento de datos fundamentales («KID») del Reglamento PRIIPs, el documento de información sobre el producto de seguros («IPID») de la Directiva sobre Distribución de seguros y la Ficha Europea de Información Normalizada de la Directiva sobre crédito hipotecario.

demostrar sus conocimientos y experiencia en la contratación de instrumentos financieros ante la empresa de servicios de inversión o la entidad de crédito para poder llevar a cabo la contratación⁽²⁷⁾.

En otros subsectores financieros esa segmentación de clientes se lleva a cabo a través de otras técnicas normativas. Los créditos al consumo gozan de un régimen especial de protección sobre la base de ser consumidor el que adquiere la posición jurídica de deudor, igual que ocurre con los deudores hipotecarios, en los que también es la condición de consumidor la que le confiere una protección reforzada o el tratarse de una persona física⁽²⁸⁾. Como ya vimos, en el caso de los seguros, se protege a los tomadores que no entran en la categoría de grandes riesgos.

Hemos constatado, pues, que el legislador comunitario ha diferenciado entre clientes profesionales y minoristas, entre consumidores y no consumidores o entre tomadores de seguros de grandes riesgos y seguros de masa (como suelen denominarse los que no son grandes riesgos). Los criterios de diferenciación van desde el conocimiento experto, la finalidad de contratar (fuera de su negocio, empresa o profesión para ser considerado consumidor) o la cobertura de unos determinados riesgos, definidos por la condición del tomador (mediano o gran empresario o profesional).

En consecuencia, debemos preguntarnos, pues, si la edad avanzada puede llegar a constituir un criterio de segmentación del cliente de servicios financieros y si el legislador ha creado herramientas que pueden cubrir las peculiaridades de este tipo de clientes. Pasamos, así, a describir otros instrumentos normativos en la senda de la protección que pueden acercarse algo más a la consecución de este objetivo tutelar.

C) *La adecuación del producto en su ciclo de vida*

Todas las normas sobre servicios financieros enuncian principios que rigen la actuación de los intermediarios, si bien en etapas regulatorias tempranas no se articulaban herramientas concretas sobre cómo desarrollar esa actuación. Hay una obligación de desplegar una diligencia en su actuación sobre la base

(27) El mismo enfoque basado en el análisis de la idoneidad y en la adecuación del cliente o inversor lo recoge la Directiva 2016/97/UE sobre distribución de seguros (art. 30) cuando se refiere a las obligaciones del distribuidor derivadas de la venta de productos de inversión basados en seguros.

(28) En la Directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial es el consumidor persona física el destinatario de la protección, mientras que, en el ámbito bancario, la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios considera objeto de protección a todo cliente bancario.

de la lealtad hacia el cliente y el suministro de una información completa y adecuada.

La introducción del asesoramiento en las Directivas derivadas del Plan de Acción de Servicios Financieros intenta ser un paso para lograr esta adecuación, así como la exigencia de la mejor ejecución en los mercados de instrumentos financieros, que conlleva una modificación de los procedimientos internos de funcionamiento de los proveedores de estos servicios de mediación financiera. No obstante, serán las enseñanzas de la crisis 2007-2008 las que darán nacimiento a nuevas exigencias de conducta y a reforzar los requisitos del asesoramiento y limitando las posibilidades de que los clientes puedan adquirir productos no adecuados.

Así, la experiencia de dicha crisis mostró que el sistema de protección se basaba principalmente en proporcionar una información que rompiera con la asimetría, confiando en que el cliente realizaría con base en la misma la mejor elección posible. Se trataba, pues, de un enfoque basado en reforzar el momento anterior a la contratación. Sin embargo, la realidad mostró que un gran número de clientes minoristas incurrieron en grandes pérdidas como consecuencia de asumir riesgos de los que no fueron conscientes al contratar, bien por información incompleta bien por estructuras complejas de los productos o bien por conflictos de interés no suficientemente gestionados por los intermediarios y empresas creadoras de los productos. A ello hay que añadir los sesgos en la contratación, que inciden en la conducta del cliente eliminando la presunción de decisión económicamente racional⁽²⁹⁾.

Por ello el legislador comunitario creyó conveniente introducir nuevas herramientas para garantizar que los principios de actuación de los intermediarios financieros se llevaban a la práctica de manera adecuada. En suma, se trata de regular la actuación de estos es varios ámbitos:

— Ampliar el contenido de la fase precontractual, que dejaría de focalizarse únicamente en el acto de la venta al cliente, posible fuente de ventas inadecuadas, como la experiencia mostró, para operar en un ámbito más general, introduciendo el proceso de diseño o «fabricación» del producto en el que se identifican grupos de clientes compatibles con el producto, o con

(29) Sobre la necesidad de reforzar la protección de los consumidores, clientes y usuarios de servicios financieros, el Parlamento Europeo publicó el 14 de junio de 2028 varios estudios sobre las ventas inadecuadas en varios productos financieros donde se ponía de manifiesto las debilidades que la crisis financiera puso de manifiesto de cara a la protección del consumidor de servicios financieros. En ellos se trata el crédito al consumo y el hipotecario, la comercialización de productos en general y de la deuda subordinada en particular [<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/302a1a0a-7b47-11e8-ac6a-01aa75ed71a1>].

las necesidades y rasgos que presentan. Así, el acto de la venta sería una consecuencia de lo ya determinado de manera genérica, de forma que cualquier alteración estaría sometida a especial vigilancia;

— Fijar las obligaciones de los intermediarios y entidades a todo el ciclo del producto. Ello supone acoger la naturaleza del contrato de servicios financieros como de tracto sucesivo, por lo que el deber de diligencia se amplía a la fase posterior al contrato hasta la extinción del contrato, imponiendo deberes de valoración periódica de las necesidades del cliente y obligaciones de modificación de los productos o de los rasgos esenciales de estos si el cambio de circunstancias lo exige.

Un nuevo conjunto de instrumentos normativos se introduce, constituyendo lo que se viene a denominar el «gobierno y supervisión del producto»⁽³⁰⁾. Exige una serie de obligaciones de hacer que se hacen recaer en los niveles de alta dirección o administración del intermediario, lo que implica una clara atribución de responsabilidad al igual que el Derecho Societario había anteriormente fijado en cuanto a los deberes de diligencia de los administradores.

Además de la atribución de responsabilidad, el Gobierno y vigilancia de productos exige:

— La determinación de un mercado objetivo, formado por un colectivo de sujetos en los que confluyen las mismas características y para los cuales va destinado el producto:

— La necesidad de hacer pruebas de mercado, es decir, una evaluación de como el mercado destinatario comprende y admite el producto;

— La monitorización del producto durante su ciclo de vida, lo que implica un continuo enjuiciamiento del mantenimiento de la adecuación del producto a los clientes objetivo, así como la necesidad de adoptar medidas que palíen o solucionan la pérdida de adecuación a todo o parte del colectivo destinatario; y

— La obligación de establecer acuerdos de comercialización con los distribuidores para que cumplan los requerimientos que el diseño del producto obliga, así como la necesidad de verificar si cumplen esos acuerdos en cada caso.

Estas herramientas nacen en la Directiva denominada como «MIFID II» y se ampliarán a los otros subsectores financieros, bien en los seguros a través de la

(30) Arts. 16 (3) y 24 (2) de la Directiva 2014/65/UE o Directiva «MIFID II» y art. 25 de la Directiva 2016/97/UE de distribución de seguros.

Directiva de Distribución, bien a las entidades de crédito a través de las «Directivas Bancarias»⁽³¹⁾. La finalidad que persigue el legislador comunitario es evitar un tratamiento diferente según las normas sectoriales, de forma que los instrumentos de la Directiva MIFID II van a tener una vis expansiva hacia el ámbito de las entidades de crédito y, sobre todo, hacia los seguros⁽³²⁾.

Este conjunto de instrumentos impuestos por la normativa comunitaria en el ámbito del gobierno y vigilancia de productos permiten una valoración positiva de cara a que la edad avanzada sea un factor relevante a la hora de proceder a la comercialización de productos o servicios financieros. Por otra parte introduce una visión dinámica en cuanto a la gestión de los productos, dado que la obligación de verificar periódicamente la adecuación del producto al mercado destinatario debe entenderse como la posibilidad de que productos diseñados para ciertos tramos de edad dejen de ser aceptables para edades y circunstancias diferentes, por lo que se desencadenaría la obligación de reaccionar frente al grupo de clientes para los que han dejado de pertenecer al grupo de destinatarios del producto para proponerles productos más acordes con su actual situación, la cual puede estar determinado con una correspondencia con la edad como cifra, pero también con otras circunstancias relacionadas con la edad, como puede ser dependencia, pérdida de ingresos, viudedad, cambio de residencia u otras.

Cabe preguntarse por las herramientas de gestión que son y serán necesarias para garantizar que estas obligaciones se cumplan. Bien es cierto que una eficaz supervisión por la autoridad encomendada para ello será clave, pero habría que plantearse si otro tipo de técnicas relacionadas con el manejo masivo de datos pueden constituir las herramientas que permitan un cumplimiento riguroso de estas obligaciones⁽³³⁾.

D) *La gestión de la vulnerabilidad y las etapas del producto*

Como hemos visto el ordenamiento ha fijado una serie de herramientas que hacen frente a los problemas derivados de la posición de inferioridad del con-

(31) En 2023 el Comité Conjunto de las autoridades europeas de supervisión publicó una posición común sobre los procesos relativos al gobierno de productos para todos los sectores que integran el mercado financiero [https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2015/11/jc-2013-77_pog_-_joint_position_0.pdf].

(32) Sobre el gobierno de productos, ZABALETA DIAZ, M., «El buen gobierno de los productos financieros», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 143, 2016, págs. 139-163.

(33) Las denominadas RegTech y SupTech se desarrollan como una tecnología de supervisión para reguladores que permiten controlar el cumplimiento normativo basadas en el manejo de grandes cantidades de datos y su sometimiento a herramientas de IA. *Vid.* el informe emitido por el *Financial Stability Institute* (FSI) publicado en julio de 2018 [<https://www.bis.org/fsi/publ/insights9.pdf>].

sumidor en la contratación de servicios financieros. Procurar una información clara, suficiente y oportuna y adecuar los productos a las características que como integrante de un grupo homogéneo de clientes y como sujeto individual es la finalidad de las normas sobre transparencia informativa y protección de la clientela que el ordenamiento comunitario ha establecido como un estándar de protección mínima.

La existencia de colectivos de consumidores vulnerables ha sido reconocida por organismos internacionales, como la OCDE⁽³⁴⁾.

Sin embargo, cabe preguntarse si estos instrumentos de protección son capaces de abordar los específicos problemas que la edad avanzada o el envejecimiento puede suponer de cara a la condición de cliente de los servicios financieros.

Desde el punto de vista de su posición como consumidor de servicios financieros, deben considerarse una serie de cuestiones previas:

— El envejecimiento no es una situación homogénea, sino que abarca distintas etapas, en las que se pueden detectar una serie de cambios que no ocurren de forma simultánea. Como consumidor, el cliente de edad avanzada presenta una situación cambiante a lo largo del tiempo, por lo que debe descartarse cualquier solución o herramienta que sirva para todas las situaciones y etapas del envejecimiento. En unas etapas tempranas puede haber prevalencia de unos rasgos frente a otros. Así, al comienzo de la edad avanzada puede ser el cambio de situación personal (jubilación, viudedad, pérdida de ingresos o de responsabilidades familiares) las que pueden prevalecer, manteniéndose otras, como el conocimiento y comprensión de los productos, el manejo de sistemas de información complejos, las cuales se perderán o se reducirán en etapas más avanzadas;

— Los productos financieros son de tracto sucesivo, por lo que deben tener mecanismos que incorporen la evolución del factor edad en su valoración sobre un presupuesto de cambio y adaptación;

— Deben valorarse las instituciones de representación y defensa de los intereses de las personas de edad avanzada. Sobre esta idea se volverá más

(34) El principio 3 de los Principios de Alto Nivel del G-20 sobre Protección del Consumidor Financiero (*«Tratamiento equitativo y leal de los consumidores»*) se refiere a la atención que merecen las necesidades de los colectivos vulnerables [<http://www.oecd.org/regreform/sectors/48892010.pdf>].

La Autoridad de Conducta Financiera del Reino Unido (FCA) también reconoce la necesidad de considerar la vulnerabilidad del consumidor como un factor que puede llegar a que no reciba un tratamiento leal por parte de los proveedores de servicios financieros (*«Consumer vulnerability»*, Occasional Paper núm. 8, February 2015).

adelante, pero los sistemas derivados del Derecho Civil pueden ser excesivamente rígidos para abordar situaciones de deterioro cognitivo leve, debiendo abrirse las puertas a sistemas de tutela más ágiles y adaptables a las condiciones cambiantes del mayor.

En orden a detectar la vulnerabilidad como elemento a considerar en la defensa de un colectivo de consumidores de servicios financieros e identificar dónde puede identificarse esa situación puede ser conveniente diferenciar las etapas de una negociación de un servicio o producto financiero.

El consumidor se relaciona con el producto o servicio financiero en cuatro etapas⁽³⁵⁾:

1. La etapa de búsqueda en el mercado de los productos o servicios que puedan satisfacer sus necesidades, lo que exige una previa valoración de lo que necesita y una actividad de búsqueda de las ofertas procedentes de distintos proveedores;

2. En una segunda etapa el cliente decide contratar el producto o servicio;

3. La tercera etapa se caracteriza por el mantenimiento del producto o servicio, que puede tener una duración determinada, bien con un plazo corto o más extenso, o bien presentar una naturaleza de permanencia (desde una cuenta corriente a un seguro de supervivencia); y

4. La última etapa sería la de liquidación del contrato. Se trata de la etapa más delicada en algunos contratos, ya que en ocasiones implica el ejercicio de derechos de rescate o de cancelación anticipada que pueden conllevar perjuicios significativos si se ejercitan prematura o tardíamente. Igualmente, dejar que el contrato llegue a su vencimiento natural puede conllevar asimismo pérdidas, algunas de ellas de carácter fiscal, siendo aconsejable una renovación o renegociación.

Por tanto, la complejidad del proceso considerando sus etapas queda evidenciada. La edad avanzada puede suponer un inconveniente para gestionar correctamente todas y cada una de ellas. La falta de articulación de sistemas, herramientas o instituciones para hacer frente a este hecho conllevaría a una exclusión financiera de un colectivo que crece en nuestras sociedades. Una mezcla de comprensión, gestión y adaptación resolverían los problemas que pueden suponer esta exclusión financiera.

(35) Vid. el documento «Consumer Protection Aspects of Financial Services» de febrero de 2014, (DIRECTORATE GENERAL FOR INTERNAL POLICIES POLICY DEPARTMENT A: ECONOMIC AND SCIENTIFIC POLICY).

E) *Fuentes de la vulnerabilidad en cada etapa del ciclo del producto o servicio financiero*

a) Etapa de búsqueda del producto o servicio

Comprender y comparar son las acciones que se exigen en esta fase. A la hora de considerar esta etapa existen una serie de factores que pueden suponer una disminución de la capacidad de llevarla a cabo por la persona de edad avanzada. El correcto desarrollo de esta etapa supone una capacidad de acceder a diferentes fuentes de información para poder realizar una elección fundada. En este punto nos encontramos con el hecho de que la edad será un elemento para considerar junto con otros, como la costumbre por el cliente de manejar las fuentes de información derivadas de la red digital. Una carencia de esa capacidad le situará al mayor en una posición de vulnerabilidad en esta fase, dado que sus fuentes de conocimiento se limitarán a un círculo de confianza o de profesionales conocidos o con los que está familiarizado. Un conocimiento empírico del comportamiento de los mayores a la hora de recopilar información puede darnos la clave sobre si los objetivos del legislador se logran en la práctica, en cuanto a conseguir un mercado abierto e informado para que el cliente lleve a cabo una decisión racional. Si la experiencia nos muestra que no es así la eficacia de la norma quedaría en entredicho, debiendo pensarse en otras soluciones, bien normativas, bien operativas. Otro factor que considerar se deriva de las recientes normas financieras de la UE. En varias de ellas, como ya hemos dicho, se opta por modelos uniformes de información para favorecer la comparabilidad y comprensión del producto o servicio. Un gran avance en el diseño de estos formatos ha sido someterlos a una prueba sobre el consumidor («consumer test») que se proyecta sobre un «consumidor medio»⁽³⁶⁾. Huelga decir que el cliente de cierta edad se aparta de los parámetros de ese término medio, por lo que surge la necesidad de reconocer por el legislador o por el supervisor las limitaciones de este modelo para clientes incluidos en algún grupo de vulnerabilidad.

b) Etapa de la contratación

Los instrumentos que ofrece el legislador en esta etapa se centran en el ofrecimiento de información clara del producto o servicio elegido y el compromiso del intermediario de adecuarse a las necesidades y requerimientos del cliente,

(36) Así, el 17 de abril de 2019, la Comisión Europea puso en marcha una de estas pruebas para verificar la capacidad de comprensión del consumidor sobre distintas opciones referidas al formato del Documento de Datos Fundamentales (KID) de los productos bajo el ámbito del «Reglamento PRIIPs». Igualmente, para verificar el formato más adecuado para el consumidor relativo al documento de información de los seguros No Vida («IPID») previsto en la Directiva de Distribución se procedió a una prueba del mismo tipo.

junto con los diferentes tipos de asesoramiento que prevé la legislación. La norma en ocasiones presenta excepciones a la necesidad de ofrecer asesoramiento para ciertos productos de inversión o a la hora de practicar una venta cruzada de productos financieros de diferente tipo. La posición del intermediario queda reforzada por el cúmulo de juicios que emite sobre la conveniencia del producto o servicio. El legislador ha fijado sistemas que tratan de garantizar que el compromiso del intermediario se ajusta a su deber de lealtad y de actuación en beneficio del cliente. Pero la efectividad de la norma exigiría que el factor edad fuera de inclusión obligatoria en el diseño o fabricación del producto, pues un producto deficientemente diseñado, en el sentido de no considerar el factor edad como definitorio del mercado destinatario, podría ser comercializado con respeto de las disposiciones legales, cumplimiento formalmente los deberes de lealtad tal como están diseñados por las mismas y no cubrir las necesidades del cliente de edad avanzada o incluso suponerle un perjuicio. En suma, se pueden cumplir aparentemente las obligaciones previstas para el acto de la venta, pero no conseguir su finalidad en la práctica. Tras la crisis financiera se constató cómo falló la aplicación de la norma y cómo las advertencias de complejidad no resultaron eficaces para proteger los intereses de los consumidores.

En otro orden de cosas, el acto de la contratación exige la prestación de un consentimiento válido en el que quede excluido el error.

La jurisprudencia reciente ha clarificado los elementos que deben valorarse para deducir la existencia de un error invalidante del consentimiento en la venta de productos financieros, consecuencia de una deficiente información o de otros factores concurrentes. Así, el esquema que presenta es el de una voluntad manifestada sobre una creencia inexacta, de forma que la representación mental que sirve de presupuesto para el contrato es errónea o equivocada, y recae sobre elementos que constituyen la causa de celebración del contrato. Igualmente se utiliza como factor para determinar la existencia de un error excusable la confianza de la parte contratante en la apariencia. La jurisprudencia no determina que el mero incumplimiento de los deberes de información son determinantes para deducir el error, el cual no se produce si hay un conocimiento claro de los riesgos que comporta el contrato⁽³⁷⁾. Así, un asesoramiento erróneo, en el sentido de recomendar un producto no adecuado para el cliente no es necesariamente fuente de error si ha habido una percepción del funcionamiento del contrato por el cliente. El incumplimiento de las normas de conducta llevaría la actuación administrativa sancionadora que procediera en su caso.

(37) Existe abundante jurisprudencia reciente sobre la materia. Por todas, la STS núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 [Roj: STS 354/2014 - ECLI: ES:TS:2014:354], donde se confronta la normativa de transparencia con la apreciación del error invalidante en el consentimiento con relación a la venta de un contrato de permuta financiera o *swaps*.

A la luz de lo descrito hay que preguntarse si esa concepción del error invalidante puede suponer una restricción «de facto» para la venta de ciertos productos complejos a personas de edad avanzada, pues existe una probabilidad mayor de comprensión limitada de la operativa de ciertos productos en esa circunstancia. El temor de los intermediarios a posibles reclamaciones por error puede excluir al colectivo de mayor edad de productos de funcionamiento algo complejo pero que pueden ser favorables para sus intereses y su posición. Suplir la voluntad de este tipo de clientes no es una previsión legal, salvo casos extremos de incapacidad, pero no cabe hablar de situaciones intermedias de representación en beneficio del mayor. Es un tema para reflexionar por esa deriva hacia la exclusión al amparo de la configuración del error invalidante.

Por otra parte, la existencia de técnicas agresivas de venta es reconocida por la normativa sobre competencia desleal⁽³⁸⁾, que reconoce prácticas que distorsionan o puede distorsionar la conducta del consumidor medio con relación a un producto, o bien sólo sobre un grupo de consumidores particularmente vulnerables en razón, entre otras causas, de la edad, que los lleva a una credulidad que el comerciante (en este caso el intermediario financiero) prevé vaya a ocurrir. En este caso vemos una específica alusión a la edad como elemento de vulnerabilidad y una remisión al «comportamiento económico» del consumidor, lo que viene a equivaler a «comportamiento financiero», tema que desarrollaremos más adelante.

c) Etapa del mantenimiento del producto

No es sino la etapa en la que el producto presta el servicio para el que se ha contratado y despliega sus efectos para satisfacer las necesidades del cliente. En esta etapa debemos suponer que las anteriores se han cumplido correctamente y que el producto o servicio adquirido es adecuado a las necesidades del consumidor, por lo que el eje central de esta fase es el cumplimiento de lo acordado en la forma estipulada, evitando no sólo un incumplimiento total sino un incumplimiento defectuoso.

Se han detectado problemas materiales para el consumidor en esta etapa derivados en gran parte de los costes y cargas que sobre los servicios prestados se le facturan anualmente. El efecto acumulado en un producto de larga duración puede generar un perjuicio final de extrema importancia, lo que exige una especial vigilancia experta en las consecuencias de decisiones tomadas por el cliente

(38) Los arts. 19 a 31 de la Ley 3/1991 de Competencia desleal recoge todo un catálogo de este tipo de prácticas dirigidas hacia los consumidores, bajo el denominador común de la deslealtad hacia el cliente o usuario, abarcando todo el ciclo del producto (antes, durante o después de la operación comercial o contrato).

sobre elementos con reducidas consecuencias en el corto plazo. Y, por otra parte, al tratarse de cuestiones cuya repercusión sólo se aprecia una vez transcurridos plazos largos quedan en su mayor parte fuera del ámbito de las reclamaciones, normalmente enfocadas a las principales prestaciones del producto.

Veamos, pues, los sistemas que regulan las quejas y reclamaciones de los clientes y su acomodación a las condiciones de los que presentan edad avanzada. Previamente hay que plantearse la necesidad de sistemas que con carácter previo permitan conocer si los contratos se están cumpliendo adecuadamente. Los sistemas existentes están diseñados *ex post*, es decir, cuando el incumplimiento o cumplimiento defectuoso se ha producido, por lo que sólo resta una actuación de tipo reactivo. Procedimientos preventivos para estratos de edad determinados podrían evitar el desencadenamiento de los diseñados para resolver problemas una vez estos se han producido (veremos más adelante la figura del *Financial Coaching*).

Los mecanismos establecidos por el legislador para atender y resolver reclamaciones en el ámbito de los servicios financieros se caracterizan por ser secuenciales y complejos⁽³⁹⁾. Secuenciales porque exigen reclamaciones previas a departamentos internos o dependientes de la entidad antes de acudir al organismo público que se ocupa en segunda instancia de estas. La apuesta de la normativa comunitaria es incentivar la existencia de sistemas alternativos de resolución de conflictos, evitando los complejos sistemas de reclamación prejudicial, dando a los EEMM la posibilidad de diseñar esos sistemas para adaptarse a sus peculiaridades, otorgando incluso a sus resoluciones un carácter vinculante.

Desde el punto de vista de la perspectiva del cliente de edad adulta debe plantearse la validez de los regímenes en vigor para hacer frente a una situación de mayor vulnerabilidad. Los mecanismos existentes no hacen diferenciación en función de la edad del cliente, incluso reservando de forma exclusiva el derecho a presentar la reclamación al titular de los derechos nacidos del contrato (acreedor, inversor, tomador,...). Por tanto, la iniciativa se carga en las espaldas de este cliente vulnerable. Sólo un estudio sobre el mercado de la proporción de reclamaciones presentadas por los clientes de edad avanzada puede darnos una imagen de la eficacia del régimen vigente para afrontar la situación de estos.

La existencia de regímenes alternativos de resolución de conflictos en sus diferentes formas (arbitraje o mediación) debe valorarse en su capacidad de hacer frente a este segmento de población. Una ampliación de sus competen-

(39) Vid. la Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, por la que se regula el procedimiento de presentación de reclamaciones ante los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. (BOE de 22).

cias, abarcando no sólo la presentación de reclamaciones sino verificando el correcto funcionamiento del contrato sería una vía que considerar para evitar este sistema *ex post*.

d) Etapa de la finalización o liquidación del contrato

Los estudios de la Comisión Europea han puesto de manifiesto, entre otras, las dificultades que pueden surgir en el ámbito crediticio para liquidar las operaciones debido a cambios bruscos en las circunstancias de los clientes. En casos de edad avanzada la probabilidad de ocurrencia de ciertos eventos (enfermedad, incapacidad sobrevenida, pérdida de ingresos por defunción de cónyuge,...) se incrementa notablemente, por lo que se puede llegar a una situación de sobreendeudamiento que implique la ejecución de garantías reales o personales de esas operaciones de financiación. Igualmente puede ocurrir que determinados productos beneficiosos para el cliente tengan la opción de ser renovados, pero no se le ofrezca claramente por el intermediario financiero esa posibilidad, por lo que estaríamos en un caso quizá no suficientemente contemplado por la normativa de «venta» inadecuada. De este modo no se le informaría correctamente de esos derechos en el contexto de una operación no regida por los requisitos de una venta clásica y el perjuicio para el cliente se produciría de una manera «silenciosa», por utilizar un término más explicativo. Así, el producto sustitutivo tendría unos rasgos menos beneficiosos para el cliente. Si el contexto en el que se produce esta renegociación es el de una persona de edad avanzada y, presumiblemente, con una mayor vulnerabilidad que el consumidor medio, este tipo de hechos pueden producirse en mayor medida. Y, para resumir, no estarían bajo la normativa de la comercialización ni propiamente sería un supuesto para plantear una reclamación. Quedaría exclusivamente la apelación al principio general de buena fe, actuando en beneficio del cliente.

V. EL COMPORTAMIENTO FINANCIERO DEL CLIENTE DE EDAD AVANZADA: POSIBLES SESGOS EN SU PROCESO DE TOMA DE DECISIONES

Para abrir este debate debemos subrayar el componente subjetivo que cualquier decisión tomada por el consumidor financiero contiene. Es evidente que es el sujeto quién adopta una decisión, por lo que la subjetividad es un elemento necesario y lógico en el proceso de elección financiera. El esquema ideal nos mostraría a un cliente que ante una variada y correcta información, ofrecida por los distintos canales que nutren el mercado, y conociendo lo que le es conveniente, por sí mismo o por indicación de un consejo experto, decide manifestar su voluntad a favor de una de las opciones presentadas.

Pero esa decisión es el resultado de una percepción de la realidad, y la jurisprudencia española de los últimos años así nos lo muestra. Ya hemos hablado de los componentes que los Tribunales han configurado para transformar

una deficiente transparencia en el proceso de comercialización de un producto financiero en un error invalidante del consentimiento. Es habitual encontrar en estas resoluciones términos como «representación mental», confianza en la apariencia por el consumidor (la protección de la apariencia es un principio básico de la buena fe en la que descansa la contratación en general y mercantil en particular), interpretación de la información facilitada, percepción errónea de una cláusula como relevante,... Incluso la normativa europea sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores introduce como elemento para apreciar el carácter abusivo de una condición contractual «todas las circunstancias que concurran en la celebración del contrato». Las sentencias sobre condiciones abusivas por falta de transparencia están plagadas de alusiones a las condiciones y circunstancias en las que se produjo la contratación, además de elementos más objetivos sobre la conveniencia de los productos o la claridad o completitud de la información presentada.

Ello no hace sino abrir la puerta a la necesidad de concebir la contratación como un proceso en el que el juicio subjetivo y los factores que lo determinan entran en el resultado final de emisión de la voluntad y lo condicionan sustancialmente. Así se acoge la corriente doctrinal del comportamiento económico (*behavioural economics*) o economía conductual o psicología económica.

El estudio del comportamiento del consumidor financiero deriva de los estudios que se han llevado a cabo en los últimos años para explicar el proceso de toma de decisiones de los operadores económicos. Tratan de dar una respuesta a los hechos que demuestran que el consumidor no siempre elige la opción que objetivamente le sería más favorable. Incluso disponiendo de toda la información relevante sobre el producto o servicio que desea se demuestra que su decisión no es la debería esperarse desde un punto de vista de la racionalidad económica. Ello abre una puerta para examinar el proceso mental que lleva al consumidor a realizar una elección.

Se trata de explicar los hechos verificados en el mercado que muestran, principalmente a raíz de la crisis financiera, como grandes colectivos de consumidores tomaron decisiones arriesgadas incompatibles con su perfil de cliente que los llevaron a incurrir en pérdidas insostenibles para su posición económica.

La reacción ante estos hechos ya la hemos mostrado a través de la mejora en el diseño de las herramientas regulatorias que concretasen aún más, a través de normas vinculantes, el nivel de diligencia de los intermediarios financieros. Se detecta que las preferencias de los consumidores están influidas por emociones y experiencias psicológicas, lo que los lleva a una toma de decisiones de baja calidad, que dependerá también del tipo de productos, de las vivencias anteriores, las cuales son a menudo utilizadas por las entidades para inducir una determinada elección. Pero a su vez se profundizó en el conocimiento de los comportamientos individuales de los consumidores en el acto de la contrata-

ción, momento en el que teóricamente se han cumplido los requerimientos normativos sobre la etapa previa al contrato. A su vez, este enfoque ha permitido llevar a cabo un análisis de eficiencia de la norma, en cuanto al cumplimiento de sus objetivos de evitación de la venta inadecuada, completando la comprensión del comportamiento en todo lo no cubierto por la regulación.

De la Guía «Psicología económica para inversores», emitida por la Comisión Nacional del Mercado de Valores⁽⁴⁰⁾, se infiere que lo que trata este enfoque es de mejorar los modelos de predicción del comportamiento del inversor a través de la introducción de estos sesgos que condicionan su decisión. Algunas premisas de este enfoque son:

- La racionalidad no es total en los consumidores;
- Las preferencias no siempre son conocidas;
- Se valora más en ocasiones obtener una satisfacción inmediata frente a la que maximiza el beneficio a largo plazo;
- El contexto en el que viven es condicionante y sirve de ejemplo a seguir;
- Las emociones y la intuición juegan un papel clave en las decisiones que se toman;
- El marco en el que se decide condiciona la decisión.

En suma, se detecta un papel relativo de la idea de un agente racional en la toma de decisiones, y se detecta una influencia de la rapidez para ello y una cierta pereza para abordar esfuerzos.

Resulta de interés identificar los sesgos o prejuicios más comunes, expuestos en la citada Guía:

- Exceso de confianza. Depende de la percepción subjetiva sobre la capacidad del inversor para controlar la información disponible y rechazar una posible deficiencia en sus conocimientos. Si nos enfrentamos a una persona de edad avanzada, posiblemente este factor no estará presente, más bien será el contrario, en el sentido de sentirse normalmente abrumado por la evolución rápida de los mercados y la admisión de sus limitaciones cognitivas;
- Ilusión de control. En las relaciones negociales derivadas de los servicios financieros, caracterizadas por una desigualdad de los sujetos que intervienen (entidad o intermediario financiero y cliente) este sesgo hace percibir al consumidor la idea de que se encuentra en el mismo nivel que la otra

(40) Vid. en: https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/Guias/Psicologia_economica_para_inversores.pdf

parte, pudiendo negociar de igual a igual, por lo que en ocasiones renuncia a posibles derechos que le asisten o ignora advertencias sobre riesgos o eventualidades no previstas. Igualmente, con lo anterior, no cabe presumir que este sesgo estaría presente en personas de edad avanzada;

— Confirmación. Se trata de un sesgo en la interpretación de la información recibida. Se oye y se ve lo que se quiere oír y ver. No se pretende conocer cosas nuevas o contrastar la validez de las opiniones que se tienen. Se busca que la entidad o el intermediario confirme lo que ya sabe o conoce el consumidor. Es un sesgo que puede ser muy extendido en personas de edad avanzada, que desconfían de lo nuevo y buscan una validación de su experiencia anterior;

— Anclaje. Con ello se intenta definir una predisposición a dar prioridad a lo primero que se conoce frente a otros datos que lo completan y pueden ponerlo en entredicho. Se ofrecen las ventajas de un producto en primer lugar y se renuncia a conocer otros rasgos que permitirían una visión más completa. Se anuncia un seguro con devolución de primas como ventaja, pero se obvian otras características conocidas con posterioridad (comisiones, primas elevadas,...). Se trataría de un efecto «deslumbramiento» que sí puede darse en personas de edad avanzada, que se agarran a los rasgos positivos para reforzar su autoestima, posiblemente en crisis por razones precisamente de la edad; y

— Autoridad. Es un sesgo basado en las ideas preconcebidas sobre la capacidad de alguien (familiar, amigo, compañero de trabajo,...). Se obvía la consideración de las propias necesidades y se fía todo al juicio ajeno. Es fácil entender que en una persona de edad avanzada puede ser determinante a la hora de contratar, anulando de facto todas las reglas sobre la valoración de sus necesidades, ignorando las advertencias o los asesoramientos recibidos;

— Efecto halo. Se trata de dejarse impresionar por un rasgo brillante del producto o proveedor (fama, reconocimiento social, publicidad indirecta, datos parciales) y perder de vista los objetivos del consumidor. En los consumidores de edad avanzada puede darse o no, debido a que puede existir una desconfianza adquirida por la experiencia acumulada por el mayor en cuanto a engaños envueltos en apariencias engañosas;

— Prueba social. El efecto de dejarse arrastrar por lo que hace un grupo de personas no es muy posible que se de en personas de cierta edad dado que su círculo de relaciones sociales puede verse reducido y no condiciona tanto sus decisiones;

— Descuento hiperbólico. Se trata del efecto de una recompensa inmediata frente a las que se puedan obtener a largo plazo. La edad puede condicionar la elección por lo más próximo, pero puede hacer perder oportunidades

a plazos algo más extendidos, siempre que no se proyecten a un momento en el tiempo en el que las probabilidades de supervivencia sean reducidas. En el juego de los plazos, los productos diseñados para mayores deben jugar con hipótesis razonables de supervivencia y de estimación de buena salud;

— Aversión a las pérdidas. Una decisión no es racional es la que no admite ningún tipo de pérdida aun con expectativas de ganancias. Para personas de edad avanzada puede estimarse que incurrir en cualquier tipo de pérdida puede suponer un rechazo automático, con el riesgo de perder oportunidades de ganancia. Cualquier rendimiento favorable a largo plazo no será bien asumido por el inversor mayor;

— *Status quo*. Es un sesgo conservador que debe presumirse en personas mayores y que puede ser una defensa frente a riesgos desconocidos. Ahora bien, nuevos productos pueden mejorar la posición con respecto a la situación anterior. Debe presumirse un sesgo a mantener lo conocido que puede perjudicar de hecho a la persona de edad avanzada;

— Predisposición al optimismo. Puede estimarse que este sesgo afectará poco a los mayores, tendentes a ver la situación como perciben la personal, es decir, bajo la idea de un pesimismo crónico;

— Falacia del coste hundido. Se trata de quedarse con el producto o servicio malo o con pérdidas por miedo a perder más con el nuevo. Sesgo que puede considerarse prevalente con la edad por el miedo al cambio.

En consecuencia, debe evitarse que estos sesgos entren en el sistema de comercialización del intermediario o entidad financiera, pues pueden suponer un control sobre la decisión final del consumidor. La manera de evitar su prevalencia en el proceso de toma de decisiones pasaría por una buena educación financiera del consumidor, que abarque las distintas etapas vitales del mismo, es decir, que incluya la edad como factor que el consumidor debe interiorizar en su proceso de toma de decisiones. La práctica por algunas autoridades de supervisión de lo que se ha llamado *mystery shopping*⁽⁴¹⁾ puede suponer una manera de apreciar si las entidades o intermediarios se valen de técnicas de venta que utilizan el conocimiento de estos sesgos para la venta, poniendo obstáculos para que se apliquen a través de guías técnicas o buenas prácticas sectoriales.

En todo caso, las circunstancias emocionales en las que puede estar inmerso una persona de edad avanzada (mayor soledad o incomunicación, menor conocimiento del entorno, sensación de inferioridad,...) pueden ser un caldo de cul-

(41) La Autoridad Europea de Mercado (ESMA) incluye esta técnica entre sus prioridades para 2020-22: <https://www.esma.europa.eu/press-news/esma-news/esma-announces-key-priorities-2020-22>

tivo para explotar estos potenciales sesgos, por lo que el legislador y los supervisores deben incluirlo en su tarea diaria de defensa del consumidor financiero.

VI. INICIATIVAS LLEVADAS A CABO POR SUPERVISORES Y REGULADORES

Nos centraremos en tres iniciativas que corresponden a las autoridades francesas sobre servicios financieros (ACPR por banca y seguros y AMF por instrumentos financieros), y a la Autoridad Británica de Conducta de mercado (FCA) en lo que podríamos denominar actuaciones en el orden regulador y supervisor; y por la Oficina para la Protección Financiera del Consumidor de los EE. UU. (*Bureau for Consumer Financial Protection*), que se enmarca en el ámbito de la educación financiera de los adultos mayores, incluyendo un programa de asistencia gratuita a consumidores financieros vulnerables. Otros informes por considerar serían:

— El emitido por la Asociación Internacional de Comisiones de Valores (IOSCO) sobre la vulnerabilidad del inversor de edad avanzada; y

— El capítulo consagrado a la mediación de seguros destinada a las personas de mayor edad que consta en el informe de la OCDE sobre «Marco regulador y supervisor de la mediación de seguros».

6.1. Francia: Trabajos de la ACPR junto con la AMF

Sobre la base de un estudio de campo, en el que se van a verificar elementos como la definición de «edad adulta» o «senior», psicología del envejecimiento, prácticas comerciales en el ámbito financiero y comportamientos de la población en el ámbito digital, en diciembre de 2018 se publicará un informe denominado «Prácticas de comercialización y envejecimiento de la población: cómo hacer frente al declive cognitivo de las personas de edad avanzada en el marco de la relación en la que figura como cliente»⁽⁴²⁾

El estudio se divide en cuatro apartados:

1. Envejecimiento y toma de decisiones financieras;
 - 1.1. mayores y vulnerabilidad;
 - 1.2. Comportamientos en materia de ahorro e inversión de los mayores;
 - 1.3. Capacidad cognitiva y proceso de toma de decisiones
2. Marco jurídico existente para la protección de la clientela de edad adulta;

(42) Vid. en: <https://acpr.banque-france.fr/pratiques-de-commercialisation-et-populations-veillees>

- 2.1. Marco protector y su forma de abordar la «zona gris»;
- 2.2. Marco europeo centrado en el consumidor.
3. Prácticas adoptadas por los operadores y por los poderes públicos;
 - 3.1. Por las entidades y operadores;
 - 3.2. Iniciativas adoptadas (límites de comercialización, procedimientos específicos destinados a este tipo de clientes, alertas y controles, compromisos a largo plazo y productos específicos); y
4. Trabajos académicos de investigación.

Con base en ese enfoque demográfico, psicológico y jurídico, el estudio presenta una serie de conclusiones para someter a consulta, que, en síntesis, obtiene las siguientes conclusiones sobre la base de cuatro apartados temáticos:

1. Detección de la vulnerabilidad

Se ponen de manifiesto grandes dudas acerca de establecer un umbral automático en los 65 años. Se estima más adecuado el de 75 años, si bien se utiliza el de 85 años en muchas ocasiones por las entidades;

2. Adecuación del marco legal vigente

Se aprecian diferentes enfoques entre los representantes de los consumidores y de las empresas. Para estas últimas sería suficiente adecuar el marco legal existente a las circunstancias específicas de este estrato de la población, mientras que para los consumidores deberían dictarse nuevas normas que abordaran la regulación de un procedimiento específico de declaración de sospecha de vulnerabilidad en el que estaría implicado el responsable de área de gestión de riesgos o de cumplimiento. Se estima que eso sería imprescindible para personas mayores solas.

Otras opiniones proponen reforzar las medidas preventivas, como incrementar el tiempo para renunciar al contrato o crear figuras específicas de abuso de la debilidad, como rechazar el pago de un cheque o el cargo de una tarjeta de crédito o de débito. Habría, además, que definir límites para los responsables.

3. Impacto de la negociación digital

La consolidación de los medios digitales en la negociación de productos y servicios financieros es vista en una doble perspectiva:

- Por un lado, es un factor de inclusión para personas mayores solas;
- Por otro, el uso de la firma electrónica hace necesario fijar unos mecanismos que refuercen el control de la comprensión de las operaciones realizadas por este colectivo.

— En todo caso se debe abordar la adaptación de estos medios, que promueven una contratación rápida, para las personas vulnerables (más comprobaciones, sistemas mixtos presenciales-digitales, dispositivos de fácil manejo,...).

4. Otras propuestas:

— Publicación de un libro blanco en el que se describan los riesgos por categoría de productos y se contemplen medios precautorios (acompañamiento obligatorio, p. ej.);

— Creación de herramientas pedagógicas adaptadas a este tipo de clientes y para sus representantes, en lo que podía inscribirse en el marco general de la educación financiera. En este sentido se propone promover el uso de herramientas especializadas en la defensa de los intereses de los mayores, destacando el «mandato de protección futura», por el que toda persona no incapacitada puede designar anticipadamente a una o varias personas que le representen cuando pierda, en su caso, sus capacidades;

— Elaboración de páginas web específicas para los mayores;

— Difusión de formatos estándar para los productos financieros más comunes (ya contemplado para algunos productos de seguros y de inversión en la Directiva de Distribución de seguros o en el Reglamento de los PRIIPs);

— Contemplar una formación específica para los profesionales.

5. Iniciativas concretas

En este apartado resulta de interés diferenciar entre las propuestas «positivas» (lo que se debe o puede hacer) y las «negativas» (lo no aconsejable), dado que delimita las acciones que, bajo una apariencia protectora, pueden resultar perjudiciales para los mayores al ser aplicadas.

Medidas que pueden estimarse positivas para los consumidores de edad avanzada.

— Establecer un período de reflexión para las operaciones o contratos suscritos;

— Prohibición de negociación a distancia a partir de cierta edad;

— Orientaciones a los asesores sobre la información a obtener antes del contrato;

— Promoción de lo que se denomina en la práctica francesa el «mandato de protección futura».

Medidas no recomendables:

— Bloquear sistemáticamente las operaciones de este tipo de consumidores. Ello puede suponer un cierto grado de exclusión financiera de este colectivo, ya que puede hacerle perder ocasiones de obtener un mejor tratamiento de sus intereses;

— Eliminación de la responsabilidad del intermediario en caso de haber emitido una recomendación de no contratar. En este supuesto parece que las advertencias de tipo formal no pueden ocultar la exigencia de una mayor diligencia para los operadores en sus relaciones con estos consumidores;

— Acudir al notario de forma habitual, por su coste y poca efectividad práctica; y

— Emisión de certificados médicos sobre capacidades cognitivas. Se trata de un tema a considerar seriamente, dado que un exceso de celo puede llevar a una «medicalización» de este colectivo, con una cierta presunción de incapacidad, trasladando la responsabilidad al personal sanitario que, por pura lógica, actuaría en una comprensible posición de «medicina defensiva», incapacitando en la práctica a gran número de personas de este colectivo.

Actuaciones posteriores.

Con base a lo establecido tanto por el estudio inicial como por los resultados de la consulta pública, un grupo de trabajo se ocuparía de concretar las medidas a adoptar y proponerlas a regulador y supervisor, abordando las siguientes áreas de estudio:

1. Integración en el diseño del producto la edad y, más concretamente, la edad avanzada;
2. Estrategias de distribución más adecuadas para este colectivo;
3. Forma de llevar a cabo las obligaciones de información y asesoramiento;
4. Medidas formativas adecuadas para considerar los rasgos específicos de este tipo de clientes y mecanismos de protección a establecer; y
5. Políticas específicas de cumplimiento.

6.2. Reino Unido: actuaciones de la Autoridad de Conducta Financiera (FCA) en el marco del proyecto sobre envejecimiento de la población

Estudio sobre vulnerabilidad.- En enero de 2015, la FCA publica un informe sobre consumidores vulnerables, ya mencionado en este trabajo, con el fin de generar un debate sobre el tema y ayudar a las entidades a implementar mecanismos para hacer frente a estas situaciones. Su punto de partida es el reco-

nocimiento de que la normativa protectora de los consumidores normalmente se elabora sobre la base de los rasgos de un «consumidor medio» en el que lógicamente quedan fuera situaciones que se apartan de la tendencia considerada como normal. Se tratan diversas situaciones (enfermedad, incapacidad física, formación insuficiente, acceso a medios electrónicos, ausencia de ahorros, pérdida súbita de ingresos, obligaciones de atención a personas dependientes) incluyendo igualmente la edad avanzada. Como eje de la actuación figura el deber general de un correcto trato que el empresario debe desplegar frente al consumidor, destacando la idea de que las propias actuaciones que desarrolla el mercado pueden generar situaciones de vulnerabilidad (medios electrónicos obligatorios, complejidad creciente de los productos,...).

Proyecto sobre la vida desde el punto de vista financiero.- Dentro del proyecto más general sobre envejecimiento se abre en 2017 una investigación sobre la «vida financiera» y la influencia que sobre ella tiene el factor envejecimiento⁽⁴³⁾.

El estudio tiene la forma de gran encuesta y pretende llegar a conclusiones acerca de la conducta de los consumidores y de sus experiencias en sus relaciones con las entidades proveedoras de servicios financieros al contratar sus productos o servicios. La investigación será exhaustiva, al cubrir distintos todos los territorios del Reino Unido, diversas franjas de edad, productos y evaluaciones de los encuestados.

La información así obtenida dará lugar a la publicación en septiembre de 2017⁽⁴⁴⁾ de un informe específico sobre edad avanzada y servicios financieros. Frente a los hallazgos, que son en gran parte a otros estudios ya analizados, merece destacar una serie de consejos dirigidos al mercado:

1. Anticipación por las entidades de las necesidades y rasgos de esta población;
2. Considerar sus necesidades al desarrollar los canales de distribución y el apoyo al consumidor;
3. Involucrar a estas personas adultas en las pruebas de consumo;
4. En la atención al cliente no se diseñan los procesos sobre estos grupos de consumidores, debiendo adaptarse a las necesidades de los mayores, crear productos para cubrir lagunas, detectar las dificultades existentes y mitigar los riesgos;

(43) Vid. en: [<https://www.fca.org.uk/publications/research/understanding-financial-lives-uk-adults>].

(44) Financial Conducts Authority occasional paper 31: <https://www.fca.org.uk/publication/occasional-papers/occasional-paper-31.pdf>

5. Establecer procesos de revisión continua, adaptando el acceso a ciertos canales, revisando de forma continua las estrategias y los modelos de negocio y creando políticas de apoyo en función de los cambios demográficos y de las conductas y necesidades de los consumidores;

6. Las entidades deberán abordar políticas de formación a sus empleados, y especialmente a los que se ocupan de atender al público para en su caso desviar al cliente a equipos especializados;

7. Identificar operaciones significativas y derivarlas a procedimientos específicos;

Merece destacarse aparte las recomendaciones que se fijan en cuanto al acceso por terceros, esto es, la posibilidad de que terceras personas que se relacionan con la persona mayor puedan intervenir y servirles de soporte en sus operaciones y servicios financieros. A tal fin se recomienda:

— Desarrollar estrategias sencillas para promover un acceso legítimo por los cuidadores (terceros) al tiempo que se reduce los riesgos de abuso;

— Comunicar a los mayores y a sus cuidadores la existencia de estos canales de acceso por terceros;

— Promover las iniciativas gubernamentales para digitalizar el acceso por terceros (*Lasting Powers of Attorney —LPA—*);

— Estudiar un enfoque proporcional entre protección y acceso y desarrollar buenas prácticas.

Por último, se desgranar una serie de recomendaciones al sector crediticio para acomodar los productos en este segmento a las necesidades del colectivo de edad avanzada, garantizando que no queden excluidos del crédito (*Later Life Lending*). Figuras como la hipoteca inversa pueden ser una forma de abordar estos problemas de exclusión potencial del crédito.

Las formas de abordar la solución de estos problemas serían a través de buenas prácticas, intervención de organismos públicos y privados y, por último y no menos importante, un cambio en las políticas de los intermediarios financieros y en el mercado en general.

6.3. Estados Unidos: adaptación de las figuras de asesoramiento y educación financiera

Dos iniciativas deben destacarse con relación a los mercados financieros de los EE. UU. y la protección del adulto mayor que proceden de la Oficina para la Protección Financiera del Consumidor (*Bureau of Consumer Financial Protection*), actuando en ocasiones con la Agencia Federal para la Garantía de Depósitos (*Federal Deposit Insurance Corporation*):

1. Un sistema para acreditar consejeros financieros (*Financial Coaches*)⁽⁴⁵⁾ que intervendrían de forma gratuita para asesorar a las personas y colectivos vulnerables para ayudarles a actuar en el mundo financiero y permitirles optimizar sus decisiones; y

2. Una iniciativa de educación financiera para mayores («Money Smart para adultos mayores»)⁽⁴⁶⁾ como reacción a lo que se denomina «explotación financiera», es decir, prevenir fraudes y estafas que los tengan como objetivo, junto con otras finalidades como mejorar su planificación de las finanzas, comprender los productos y servicios y conocer sus riesgos y anticipar las futuras necesidades financieras. Para ello se ofrece al público un informe explicativo de todos los productos existentes, su funcionamiento, riesgos y forma de actuación, proporcionando material asimismo para educadores que puedan hacer uso en actividades de divulgación.

6.4. IOSCO: la vulnerabilidad del inversor mayor

Un informe de marzo de 2018⁽⁴⁷⁾ aborda esta problemática, centrándose en cuatro puntos concretos:

1. Fraudes sobre inversores mayores llevados a cabo por asesores no registrados o residentes en el extranjero;
2. Asesoramientos no adecuados;
3. Fraudes procedentes de personas próximas sobre mayores con capacidades cognitivas reducidas; y
4. Otras fuentes de riesgo: productos complejos, falta de educación financiera o aislamiento social.

Presentan, asimismo, una serie de buenas prácticas que han sido adoptadas por diferentes autoridades de valores:

- Programas de educación financiera;
- Desarrollar expertos en este ámbito;
- Promover investigación de campo para conocer mejor los riesgos concretos que presentan estos inversores; y

(45) El sistema se explica en: <https://www.consumerfinance.gov/practitioner-resources/financial-coaching/>

(46) El proyecto se encuentra en: <https://www.fdic.gov/consumers/consumer/moneysmart/olderadult.html>

(47) «Senior investors vulnerability» (OICV-IOSCO), March 2018: <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD595.pdf>

— Desarrollar una metodología de revisión continua de las operaciones realizadas por este colectivo.

6.5. OCDE: mediación de seguros para personas mayores y otros colectivos de población vulnerables

Emitido en 2020 en el marco de un informe más amplio sobre el marco regulador y supervisor de la mediación de seguros⁽⁴⁸⁾, recoge algunas prácticas propias de determinados países tendentes a afrontar la vulnerabilidad de estas personas, y recalcando que la vulnerabilidad no sólo depende de las características del consumidor, sino también de la interacción que se establece entre el consumidor y la conducta del intermediario (canales de venta exclusivamente digitales o no presenciales, información excesiva, cambios en las personas que atienden al consumidor,...).

Se mencionan las ventajas que para los países de la UE tiene la implantación de las normas sobre gobierno y vigilancia de productos de cara a ofrecer los productos sólo al consumidor que reúne las características definidas en el mercado destinatario. Todo ello en un marco de lealtad del intermediario frente a su cliente como norma de actuación.

VII. CONCLUSIONES

— Sobre la base de una creciente preocupación por el legislador sobre la protección del consumidor financiero, el Derecho de Transparencia presenta en los últimos años un gran desarrollo que pretende extender dicha protección sobre todo el período en el que el cliente tiene una relación con el producto (desde la fase precontractual hasta su extinción o cumplimiento contractual);

— El Derecho de Transparencia ha desarrollado una serie de herramientas para llegar al momento actual en el que el deber de diligencia del intermediario financiero se concreta hasta llegar a la exigencia de comportamientos concretos (información, elaboración de formatos estándar, pruebas de producto, valoración de las necesidades y adecuación, registros,...);

— Nos planteamos si esas herramientas normativas son capaces para abordar la problemática específica del cliente de mayor edad en un ejercicio de valoración de la eficacia de la norma;

— Analizamos la posición de vulnerabilidad de este tipo de cliente en el ámbito de los servicios y productos financieros;

(48) OECD (2020), *Regulatory and Supervisory Framework for Insurance Intermediation*, www.oecd.org/daf/fin/insurance/Regulatory-and-Supervisory-Framework-for-Insurance-Intermediation.pdf

— Exponemos algunas iniciativas llevadas a cabo por reguladores y supervisores para detectar los problemas y ensayar soluciones desde la regulación o la educación financiera;

— Se constata la necesidad de llevar a cabo ambiciosos estudios de campo para conocer la situación en cada mercado.

VIII. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ORDUÑA MORENO, F.J., SÁNCHEZ MARTÍN, C. y GUILLÉN CATALÁN, R., *Control de transparencia y contratación bancaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

RIBÓN, E., «Derecho bancario y protección del consumidor», en ZUNZUNEGUI, F. (Coord.), *Regulación Financiera y Fintech*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019.

SÁNCHEZ MARTÍN, C. y ORDUÑA MORENO, F.J., *La transparencia como valor del cambio social: su alcance constitucional y normativo*, Aranzadi, Pamplona, 2018.

ZABALETA DIAZ, M., «El buen gobierno de los productos financieros», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 143, 2016, págs. 139-163.

ZUNZUNEGUI, F., «Concepto y sistema del Derecho del Mercado Financiero», *Derecho del mercado financiero*, 3.^a Ed., Marcial Pons, Madrid, 2005.

Documentos citados en sitios web

— Libro Verde sobre los servicios financieros al por menor: mejores productos, más posibilidades de elección y mayores oportunidades para consumidores y empresas: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=COM:2015:630:FIN>;

— Mis-selling of financial products: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/302a1a0a-7b47-11e8-ac6a-01aa75ed71a1>]

— Posición común sobre los procesos relativos al gobierno de productos para todos los sectores que integran el mercado financiero: [https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2015/11/jc-2013-77_pog_-_joint_position_0.pdf]

— (Financial Stability Institute) Innovative technology in financial supervision (suptech) – the experience of early users: <https://www.bis.org/fsi/publ/insights9.pdf>

— G20 HIGH-LEVEL PRINCIPLES ON FINANCIAL CONSUMER PROTECTION: <http://www.oecd.org/regreform/sectors/48892010.pdf>

- Psicología económica para inversores: https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/Guias/Psicologia_economica_para_inversores.pdf
- ESMA key priorities 2020-22: <https://www.esma.europa.eu/press-news/esma-news/esma-announces-key-priorities-2020-22>
- Pratiques de commercialisation et populations vieillissantes: <https://acpr.banque-france.fr/pratiques-de-commercialisation-et-populations-vieillissantes>
- Financial Lives survey: <https://www.fca.org.uk/publications/research/understanding-financial-lives-uk-adults>
- Financial Conducts Authority occasional paper 31: <https://www.fca.org.uk/publication/occasional-papers/occasional-paper-31.pdf>
- Financial coaching: <https://www.consumerfinance.gov/practitioner-resources/financial-coaching/>
- Money Smart for Older Adults: <https://www.fdic.gov/consumers/consumer/moneysmart/olderadult.html>
- Senior investors vulnerability (OICV-IOSCO), March 2018: <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD595.pdf>
- OECD (2020), *Regulatory and Supervisory Framework for Insurance Intermediation*, www.oecd.org/daf/fin/insurance/Regulatory-and-Supervisory-Framework-for-Insurance-Intermediation.pdf

CAPÍTULO 23

ANCIANIDAD Y SISTEMA PENITENCIARIO

Borja Mapelli Caffarena

Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Sevilla

I. INTRODUCCIÓN

No se trata solo de una impresión, sino de una realidad, sean los que sean los parámetros empleados, los resultados son siempre los mismos, la vida se prolonga cada vez más y el número de personas de edad avanzada es proporcionalmente mayor, lo cual no solo es objeto de interés desde una perspectiva socio-económica, sino también para el sistema jurídico⁽¹⁾. Este fenómeno demográfico solo refleja el dato objetivo de que vivimos más tiempo. Sin embargo, es interesante evaluar la calidad de vida para determinar si durante la ancianidad se producen algunos cambios que sirvan de fundamento a diseños específicos de políticas sociales dirigidas a las personas de edad, y también a políticas criminales en relación con tratamientos distintos de la responsabilidad penal o los tipos de penas o los modelos de ejecución de estas. En términos generales, podemos convenir que un mayor índice en la calidad de vida debe corresponderse con un nivel elevado de integración social, de aceptación del orden de valores hegemónicos. O, a la inversa, los estados de rebeldía o contumacia frente al orden social se corresponden con una vida más desequilibrante y problemática, que no suelen aparecer en el último período en el que la persona se va alejando de los modelos productivos y de mercado. Los conflictos con el sistema penal y la forma en que han sido tradicionalmente abordados y cómo lo son en la actualidad nos permiten aproximarnos a esos ejercicios de evaluación, cuantitativa y cualitativamente.

No estamos en condiciones de afirmar que las personas de mayor edad tengan problemas con algunos de los valores específicos protegidos por el DP o tengan problemas específicos, pero es un indicativo sintomático de que algo estamos dejando atrás en el tratamiento de la ancianidad comprobar que la banda de edad por encima de los sesenta años ha sufrido el mayor incremento en los

(1) Sobre esta cuestión ha tenido ocasión de pronunciarse la ONU, estableciendo un conjunto de principios en favor de las personas de edad. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Resolución aprobada por la Asamblea General A/RES/46/91, de 16 de diciembre. Ejecución del Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento y actividades conexas. Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de edad*, 1991. Disponible en: <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/RES/46/91> [Última consulta: 20 de marzo de 2021].

últimos años. Ninguna otra se ha duplicado como esta, que ha pasado de 5.874 condenados en el año 2013 a 11.616 en el 2018⁽²⁾. Desde una perspectiva cualitativa, factores frecuentes entre las personas de edad como la pérdida de ciertas capacidades, la vista, la movilidad o la fuerza o el desplazamiento de la sociedad laboral activa son los que hacen que cierta tipología delictiva se reduzca según avanza la edad a partir de la década de los sesenta. Ni los delitos contra la vida ni contra las relaciones familiares se aprecian significativamente en estas bandas de edad, por el contrario, dentro de los delitos contra el patrimonio destaca un incremento en aquellos que tienen un *modus operandi* menos violento, como son los hurtos o las estafas. Unos y otros han crecido desde el 2013 al 2018 en más del doble. No es el objetivo de este trabajo extraer conclusiones sobre la felicidad de los ancianos a partir de la conducta penal por el poco significativo número de ellos que han sido detectado por la instancia de control penal. Tan solo queremos destacar que los datos empíricos permiten afirmar que las personas de estos segmentos de edad avanzada, con un porcentaje de más de cinco por ciento (5,29%), constituyen un número lo suficientemente importante como para que la legislación penal les preste atención.

La incidencia de la ancianidad en la responsabilidad penal apenas ha sido tenida en cuenta ni en las políticas de prevención criminal ni por la jurisprudencia y, mucho menos, por el legislador. En relación con las decisiones de este último, es enorme el contraste con los menores de edad, los cuales han gozado de una excepcionalidad permanente a lo largo de la historia. La minoría de edad penal, además, ha operado siempre de modo objetivo, de la forma más beneficiosa para el menor, como si se tratara de una exención personal de la responsabilidad penal que funciona *iuris et de iure*.

El aumento de condenados ancianos tiene una particular relevancia en el ámbito de la ejecución de las penas o, más ampliamente, de las consecuencias jurídicas de los delitos. El número de personas de edad avanzada en los centros penitenciarios es mayor que su crecimiento en la sociedad. El aumento de personas de edad que necesitan unas atenciones significativas a su salud y que presentan unas carencias de atención social ha creado enormes desafíos para las prisiones. Si acordamos que estas circunstancias justifican un esfuerzo por aplicar políticas de excarcelación anticipada, lo que existe actualmente en la legislación es poco o nada adecuado a esos objetivos porque se hacen gravitar sobre las expectativas laborales y de integración social —vivienda, familia, patrimonio, arraigo, etc.— de los reclusos ajenas del todo al grupo de edad avanzada.

(2) Todavía son más elocuentes la evolución de los condenados por delitos mayores de setenta años, que han pasado de los 1.489 del año 2013 a los 3.747 en el 2018. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Delitos según edad*, 2018. Disponible en: <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=26013#!:tabs-tabla> [Última consulta: 20 de marzo de 2021].

La cárcel envejece con mayor intensidad que la sociedad libre. En el año 1990, la población nacional mayor de 64 años era del 13,58%, y en el año 2018 pasó a ser del 16,17%. Hay un crecimiento de 2,59 puntos⁽³⁾. El crecimiento podría ser aún mayor si tenemos en cuenta las inmigraciones, ya que éstas son siempre de personas jóvenes, pero hemos considerado que las mismas se reproducen en términos similares en la cárcel y, en consecuencia, no haría variar estos datos aproximados. Por su parte, la población penitenciaria mayor de 60 años en el año 1990 era de 1,536 internos de un total de 57.515, es decir, representaba un 2,67%. En cambio, en el año 2018 el grupo de internos de edad avanzada ha pasado a ser de 2.368, a pesar de que la población penitenciaria se ha reducido a 48.363 personas. En términos porcentuales, la población penitenciaria mayor de 60 años es de un 4,89%, una variación de 2,53 puntos⁽⁴⁾.

Los datos estadísticos son similares en el resto de los países europeos. Así, p. ej., en Inglaterra y en Gales en marzo de 2008, había 6.661 hombres y 316 mujeres mayores de 50 años, en total 6.947, de ellas 454 tenían más de 70 años. Este grupo se había multiplicado por tres desde 1996, mientras que el resto de la población penitenciario solo se había multiplicado por uno y medio. Todavía se acentuó más el crecimiento entre mujeres, que se triplicaron tan solo en el período comprendido entre 1992 y 1996. Se prevé que la proporción de prisioneros mayores crezca de 13.616 en junio de 2018 a 14.100 para 2022 en Inglaterra y Gales. Por cierto, que más de la mitad de estos reclusos padecen una enfermedad mental y un envejecimiento precoz en la mayoría de los casos asociada a su estancia en la prisión. Un estudio de la Universidad de Oxford encontró que más del 80% de los condenados varones de 60 años o más padecían una enfermedad crónica o invalidez⁽⁵⁾. Los datos de Francia son similares, en la actualidad hay más de 2.800 internos mayores de sesenta años, mientras que en el año 1980 había solo 360. En el año 2001, la proporción de personas con dificultades psíquicas, sensoriales o mentales es tres veces superior en este grupo de edad que en el resto de la población penitenciaria.

II. EL INTERÉS POR LOS RECLUSOS DE EDAD AVANZADA A TRAVÉS DE LA HISTORIA

El factor de la edad en el sistema penal solo se ha sido tenido en cuenta en los casos de personas menores de edad o jóvenes, pero no en las de edad avanzada.

(3) EXPANSIÓN. Disponible en: <https://datosmacro.expansion.com/> [Última consulta: 20 de marzo de 2021].

(4) MINISTERIO DEL INTERIOR. Disponible en: www.mir.es [Última consulta: 20 de marzo de 2021].

(5) PRISON REFORM TRUST. Disponible en: <https://translate.google.com/translate?hl=es&sl=en&u=http://www.prisonreformtrust.org.uk/WhatWeDo/Projectsresearch/Olderpeopleinprison&prev=search> [Última consulta: 20 de marzo de 2021].

Desde que a finales del s. XIX la culpabilidad se convierte en un presupuesto general de la responsabilidad penal, quedan al margen del castigo aquellos a quienes se les disculpa su conducta por encontrarse aun en un proceso inacabado de formación y se busca para ellos sistemas alternativos. Así que el discurso positivista significó un impulso destacado para el tratamiento penal de los jóvenes delincuentes. No es exagerado afirmar que las corrientes de política-criminal que florecen en la segunda mitad del siglo XIX encuentran su mejor argumentario para defender las propuestas de sustituir el DP por programas preventivos, precisamente, en las necesidades del joven infractor. Pero el discurso socio-educador se vuelve inútil cuando nos enfrentamos al delincuente de edad avanzada. No solo porque no hay forma de disculpar su comportamiento mas allá de las patologías propias de su edad —auténtico *cuello de botella* para llegar a comprender sus auténticas necesidades—, sino porque difícilmente puede conjugarse un programa terapéutico resocializador de futuro con la condición de persona de edad avanzada que sale de la prisión, en muchos casos, para concluir su vida.

Solo de forma esporádica vemos en nuestra legislación histórica algunas normas relativas a la responsabilidad penal de los ancianos. Pero son referencias esporádicas debido al influjo del pensamiento humanista en el sistema penal y penitenciario. En algunos textos previos a la codificación se hace referencia a ellos. En la Partida Séptima (T. XXXI. Ley VIII), p. ej., se indica a los juzgadores que no deben ser tan crudos en el escarmiento cuando se trata de viejos. Las duras penas corporales dominantes en la Edad Media, dice el texto, deben reservarse para los mozos y mancebos, pero no para las personas de edad⁽⁶⁾.

Son mucho más frecuentes las veces en que las menciones toman en cuenta la edad para otorgarle mayor protección en su rol de víctima de delitos. Los primeros Códigos mencionaban como agravante genérica la ejecución del hecho con desprecio del respeto a la edad (art. 10.20 CP 1848) o específicas, p. ej., en las agresiones sexuales cuando se cometen con desprecio de la edad (art. 180, 2. CP actual); incluso cuando no se le mencionaba expresamente, siempre la jurisprudencia ha tenido en consideración la edad avanzada de la víctima, p. ej., en la interpretación de la alevosía como circunstancia del delito. Los tribunales siempre han considerado que los ataques a estas personas son ataques alevosos⁽⁷⁾. Mas próximos en el tiempo, eran declarados peligrosos a los efectos de

(6) Los condenados de edad no cumplían con los objetivos de lograr arraigo en las colonias con la deportación y, por esta razón, quedan excluidos de la aplicación de esta pena (RD de 26 de enero de 1889).

(7) Son bastante frecuentes las sentencias que aplican la agravante de alevosía siempre que la víctima resulta ser una persona de edad avanzada, fundamentando su resolución en la debilidad de esta para defenderse («El relato de hechos que nos vincula, colma todos los presupuestos de tipicidad que la mencionada agravante requiere. El carácter sorpresivo del ataque, de noche, cuando la víctima se encontraba desprevenida y sola al resguardo

aplicarles una medida de seguridad «los mendigos habituales y los que vivieren de la mendicidad ajena o explotaren con tal fin a (...) ancianos.»⁽⁸⁾. Y, dentro de las faltas, en la PE, se castigaba hasta su derogación a los que dejaren de prestar asistencia o, en su caso, el auxilio que las circunstancias requieran a una persona de edad avanzada (art. 619).

Todas estas normas en absoluto tienen vocación de crear un sistema penal paralelo para los ancianos, sino tan solo atenuar los graves perjuicios que sufren por sus circunstancias⁽⁹⁾. Distinto hubiera sido si las especificidades de este grupo se hubieran fundado no en los inconvenientes ocasionales que padecen, sino en los principios de igualdad y proporcionalidad ante la ley.

En relación con las cárceles, es conveniente recordar que nacen como centros de trabajos, de unos trabajos particularmente esforzados —minas, galeras, obras públicas, etc.—. Bajo la influencia del utilitarismo, que no entendía que pudiera perderse la fuerza de trabajo de la población penitenciaria —gratis y joven— en una Europa diezmada por problemas demográficos, solo tenía sentido recluir en prisiones a personas que pudieran trabajar en las condiciones más gravosas. Ni las mujeres ni los ancianos cumplían con ese perfil y, por esta razón, aquellas fueron ingresadas en conventos y estos en hospicios de beneficencia o centros hospitalarios⁽¹⁰⁾.

Es a partir de mediados del s. XIX cuando se siente un cambio paradigmático bajo las influencias de las escuelas correccionalistas. La inhumanidad de los trabajos forzados comenzaba a chocar con la conciencia social y el siglo de las

de su hogar; la desproporción de fuerzas derivada de la diferencia de edad entre agresor y víctima, y las dificultades de movilidad de ésta; y el modo en el que el acusado asestó el golpe mortal, inmovilizada aquella en un sillón, a la vez que le presionaba la boca, lo que contribuyó a debilitar sus ya de por sí mermadas capacidades de reacción, e impidió que siguiera pidiendo auxilio, evidencian que aquel realizó el ataque de manera que quedó aniquilada cualquier posibilidad efectiva de defensa por parte de la víctima, asegurando así el éxito de su empresa.». STS, Sec. 1.ª, 349/2019, de 7 de febrero.

- (8) Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social, art. 2.º B) Sexto. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1970-854> [Última consulta: 20 de marzo de 2021].
- (9) Mas ampliamente, YAGÜE OLMOS, C. (Coord.) *Análisis de la Ancianidad en el Medio Penitenciario*, Ministerio del Interior. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, Madrid, 2009, págs. 26 y ss. Disponible en: <http://www.interior.gob.es/documentos/642317/1201664/An%C3%A1lisis+de+la+ancianidad+en+el+medio+penitenciario+%28NIPO+126-09-042-0%29.pdf/ae3d44d9-460c-4798-98de-ed518a39d9c5> [Última consulta: 20 de marzo de 2021].
- (10) CADALSO, que llegó a ser Inspector General de Prisiones, ya criticó la errónea decisión del Gobierno, el desconcierto «de mezclar los enfermos locos con los cuerdos, ancianos e inútiles, según demostró con sangrientos sucesos la experiencia.». CADALSO, F., *Instituciones penitenciarias y similares en España*, José Góngora, Madrid, 1922, pág. 621.

Luces propone nuevos objetivos: la idea de la recuperación por medio de la corrección. En consecuencia, todos los esfuerzos se desplazan ahora a atender las necesidades de la delincuencia juvenil. Lo vemos en el importante Reglamento de la cárcel Modelo de Madrid (1883), considerada en su época un ejemplo de futuro, en donde se prioriza el ingreso en ella de los jóvenes frente a los ancianos (art. 2.4.º), llegándose a constituir en su interior, incluso, una dependencia para la delincuencia juvenil. El impulso reformador de aquella época, muy influenciado por los sistemas auburnianos y filadélfico importados de EE. UU., giraba en torno a la idea central de la separación de los internos en grupos predeterminados por algunas características personales; para lo cual era preciso la construcción de edificios con diseños celulares que asegurasen la virtualidad de dichas separaciones. De nuevo, los reclusos de edad quedaban necesariamente al margen de un movimiento reformador que gravita sobre las ideas de educación y trabajo, y para ellos no se encontró mejor tratamiento que su asimilación a efectos penitenciarios con el grupo de los enfermos. Esta asimilación y el consiguiente ingreso en los establecimientos hospitalarios o asistenciales⁽¹¹⁾, expuestos a contagios víricos y focos infecciosos, con un régimen hospitalario no ajustado a sus necesidades, determinarían unas condiciones penitenciarias particularmente graves. Aunque la población de edad entonces no era numerosa⁽¹²⁾ sus condiciones penitenciarias resultaban críticas, la segregación no solo era confundir las necesidades de ambos grupos —ancianos y enfermos—, sino desplazar los ancianos a los establecimientos peor dotados, una suerte de exclusión dentro de los excluidos.

Una de las primeras decisiones que se toman con los condenados de edad avanzada fue trasladarlos al exconvento de la Victoria del Puerto de Santa María (Cádiz), entonces convertido en psiquiátrico penitenciario⁽¹³⁾ y, más tarde, a la Prisión-Asilo de San Fernando. En uno y otro caso, el proyecto estuvo tan

(11) El RD de 22 de septiembre de 1889, en su art. 7, señalaba que las penitenciarías-hospitales obedecerán a la arquitectura hospitalaria con departamentos para crónicos, inútiles, ancianos y enfermería.

(12) En el año 1922 había en nuestras cárceles 300 internos mayores de sesenta años (CADALSO, F., *op. cit.*, pág. 622). En la década de los años 1890, se estima la existencia en toda España de 19.000 penados y 12.000 reclusos pendientes de causa. (MATA Y MARTÍN, R. M., «Aproximación a Concepción Arenal y el sistema penitenciario», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, núm. 1, vol. 72, 2019, pág. 210. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2019-10018100215_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_Aproximaci%C3%B3n_a_Concepci%C3%B3n_Arenal_y_el_sistema_penitenciario [Última consulta: 20 de marzo de 2021].

(13) Conforme al RD de 13 de diciembre de 1886, extinguen sus condenas en el exconvento de la Victoria del Puerto de Santa María los mayores de setenta años, los ciegos, paralíticos y afectados de cualquier otra inutilidad de importancia y los enfermos crónicos.

cargado de problemas que fue efímero en el tiempo. La circunstancia de que no llegara a existir un Reglamento para el Asilo de San Fernando prueba el desinterés por el tema por parte de la Administración. Mas próximos en el tiempo siguen estas personas un lamentable deambular por distintos establecimientos, demostrando la ausencia de una solución de política penitenciaria para los mismos. También hubo intentos de crear unidades asilares como el Hospital y Asilo Penitenciario de Segovia o la Prisión Central de Cuellar.

A pesar de todo, el impulso dado a la Reforma penitenciaria por los primeros Congresos internacionales y la terminación de las obras de las cárceles modelos de Madrid y Barcelona, con una arquitectura celular, fueron elementos favorecedores de algunas iniciativas humanistas interesantes de destacar. También debió influir la circunstancia de que desde 1887 las competencias penitenciarias las había asumido el Ministerio de Gracia y Justicia, y no el de Gobernación, y esto iba a impulsar un importante movimiento reformador. El estado de los ancianos en prisiones era sencillamente inhumano y degradante. La cuestión fue tratada en el Congreso Internacional celebrado en Washington de 1910⁽¹⁴⁾.

En este páramo nacional, destaca la iniciativa que se trató de poner en marcha a comienzos del s. XX, y que cristalizó en la creación de una Central de sexagenarios en la organización promovida por el RD de 5 de mayo de 1913. El momento histórico para estas iniciativas, que exigían dotaciones presupuestarias extraordinarias, no podía ser más adverso. La restauración borbónica se encontraba en una crisis que iba a concluir con el levantamiento de PRIMO DE RIVERA, solo diez años después. De manera que la iniciativa ni pasó de la voluntad del legislador ni tendría continuidad a la vista de la convulsión de los acontecimientos nacionales por venir.

Un nuevo intento de crear unidades separadas para los internos de determinada edad lo encontramos en el D de 5 de marzo de 1948. En esta ocasión, se crean los Asilos Penitenciarios de Ancianos para todos los penados, de cualquier clase y circunstancias que fueren, que hubieren cumplido sesenta años, bien al pronunciarse la sentencia o bien durante la extinción de su condena. De nuevo, vemos una iniciativa legal que reconoce implícitamente que esta población penitenciaria no tiene cabida en las cárceles, y se ingresan en estos centros

(14) En cuyas Actas se señala lo siguiente: «La ancianidad necesita tanta o mayor protección que la infancia y la adolescencia. Una y otras constituyen los periodos de la vida en que el hombre no se basta a sí propio...Estos infelices constituyen algo parecido a peso muerto en el mecanismo regimental de las penitenciarías; son inútiles e ineptos para el trabajo... para la enseñanza, para todo lo que signifique medio o factor de cambio y de reforma. Sometidos a la disciplina penitenciaria, sus sufrimientos aumentan con respecto a los demás y ellos a su vez se convierten sin quererlo, pero de manera inevitable, en obstáculo para la buena marcha de la prisión.» CADALSO, F., *op. cit.*, págs. 621-622.

a quienes carezcan de aptitud física, total o parcial, para el trabajo o para seguir la vida normal de los demás establecimientos penitenciarios (art. 14). Y, una vez más, la propuesta no pasó de lo estrictamente normativo, pero, además, interesa subrayar que el referido Reglamento no incluye especificidades regimentales que debieran cumplirse en estos asilos para atender a las necesidades de sus ocupantes, es decir, no está aún definido qué se debe hacer, aunque sí se sabe que había que hacer algo. Por eso, la iniciativa iba a tener su relevancia desde una perspectiva histórica porque refleja un creciente interés por mejorar las condiciones penitenciarias de este grupo vulnerable. También merece destacar en el referido Reglamento la incorporación de los avances criminológicos de aquel momento, como demuestra el intento de superar el criterio puramente cronológico para determinar quiénes deben ser ingresados en este tipo de centros. Conforme señala el texto legal, se debe atender «no sólo al cómputo matemático, sino al fisiológico.».

El Instituto Geriátrico Penitenciario de Málaga, creado en 1955⁽¹⁵⁾, representa hasta la fecha el intento más ambicioso que se ha puesto en marcha en nuestro país para abordar el problema de la ancianidad en las prisiones.⁽¹⁶⁾ Aunque el proyecto apenas duró unos años, a juzgar por los datos puede considerarse una experiencia muy positiva. El número total de ingresos que tuvo en sus doce años de existencia fue de 813 personas, las cuales, cuando se cerró, fueron trasladadas al Instituto Geriátrico de Almería⁽¹⁷⁾. No es casualidad que la primera ocasión en que establece a nivel normativo unas condiciones especiales de ejecución de la pena para las personas de edad avanzada sea en el geriátrico de Málaga. La creación de un espacio penitenciario específico hizo tomar conciencia de la necesidad de establecer en el mismo un régimen adecuado. Sería un despropósito crear una unidad geriátrica para seguir aplicando las mismas condiciones y el centro se inspiró «en la especial condición de los reclusos en los mismos, sin que de por ello se excluya en lo esencial la observancia del régimen general» y, en consecuencia, las separaciones legales y de vida interna de los reclusos son diseñadas por el Médico de Prisiones de la especialidad. Además, la Orden de

(15) A este modelo geriátrico de atención a los internos de edad avanzada con la vigente Ley penitenciaria, pues, aunque durante los debates parlamentarios el Grupo Socialista propuso que se mantuviera su existencia, sin embargo, el art. 11 no se refiere a los centros geriátricos. YAGÜE OLMOS, C. (Coord.), *op. cit.*, pág. 42.

(16) *Vid.* CASTILLO NOGUERA, A. «Cárcel y delito el instituto geriátrico penitenciario de Málaga (1955-1967)», *X Congreso de Profesores-Investigadores*, Hespérides, Sanlúcar de Barrameda, 1992, págs. 481-490.

(17) *Ibid.*, pág. 482. Señala esta autora que el 56,3% de los reclusos se hallan en edades comprendidas entre los 60 y 70 años, lo que supone la mayoría, ya que los presos entre los 50 y 60 años sólo alcanzan el 21 '5%. Hay 4 de ellos están entre los 80 y 90. Casi el 65% de los reclusos son mayores de 60 años y el 35% menores de esta edad.

14 de diciembre de 1954 esboza algunas cuestiones regimentales adecuadas a las necesidades de este grupo, entre otras, son interesantes las siguientes: la supresión del aislamiento celular, un horario más flexible, la supresión de la obligación de ir en formación, la voluntariedad del trabajo penitenciario, un régimen higiénico y sanitario especial, flexibilización de las comunicaciones con el exterior y un régimen disciplinario no tan estricto. La experiencia de Málaga, aunque no tuvo continuidad, sí sirvió para tomar conciencia de que, cuando la alternativa de la excarcelación es inviable, la mejor de las soluciones son estas unidades geriátricas.

III. POLÍTICA PENITENCIARIA EN RELACIÓN CON LAS PERSONAS MAYORES

En la medida que el porcentaje de personas de edad avanzada ha ido creciendo en las prisiones, resulta más apremiante resolver el interrogante sobre cuál es el modelo de política penitenciaria más adecuado para este grupo de internos. Hay una convención general que considera que estas personas forman parte de lo que se viene denominando grupos vulnerables, es decir, aquellos en los que concurren ciertas circunstancias que, de no ser tenidas en cuenta, provocan un mayor padecimiento de las condiciones penitenciarias. Por esta razón, no puede seguir vigente un modelo reduccionista que identifique a las personas de edad avanzada con los enfermos. Esta identificación no solo es equivocada porque una persona de edad no está enferma, sino que es un atentado a su dignidad porque se estigmatiza la condición de anciano y se le margina. Si, en verdad, es un enfermo, se le debiera excarcelar y, si no lo es, se deben introducir cambios en el modelo de ejecución. Lamentablemente, el Consejo de Europa ha perdido la oportunidad de abordar específicamente esta cuestión en la última edición de las Normas Penitenciarias Europeas de 2006, en donde tan solo se puede concluir que, a modo de principio general, conforme a los pfs. 12.1 y 2, las personas que sufran enfermedades mentales, cuyo estado de salud mental sea incompatible con la detención en prisión, permanecerán detenidas en un establecimiento concebido a tal efecto, y si estas personas están detenidas excepcionalmente en una prisión, se regirán por reglas especiales que contemplen su situación y sus necesidades. En consecuencia, los sistemas penitenciarios están obligados a atender a este grupo de internos que presentan graves dificultades de adaptación al régimen común debido a lo avanzado de su edad.

Es preciso que para este grupo de internos se prevea no una cárcel mejor, sino algo mejor que la cárcel, pero este objetivo no siempre se puede cumplir, y cuando nos encontramos con personas condenadas a penas de larga duración por graves delitos o que presentan graves índices de peligrosidad criminal, es necesario diseñar un modelo de régimen distinto porque el régimen común diseñado para la mayoría de internos clasificados en segundo grado —régimen

ordinario— se asienta sobre unos criterios de seguridad y de prevención de intraconflictividad que no se justifican en relación con los condenados de edad avanzada.

La primera de las cuestiones, pues, que se plantean es la conveniencia o no de separarlos respecto del grupo principal. Es cierto que las separaciones tienen, en ocasiones, efectos dudosos, como ocurre con las mujeres. No son pocas las personas que se han pronunciado a favor de eliminar esta separación o, al menos, introducir en ella criterios de flexibilización para evitar que termine convirtiéndose en una segregación que añade más daño al que ya produce para la mujer la pérdida de la libertad. Hay que evitar que esto mismo suceda con los ancianos. Existe, a nuestro juicio, una vía legal para experimentar fórmulas de excarcelación de los ancianos. Nos referimos a las unidades dependientes (arts. 80 y 167 y ss. RP), que permiten la máxima adaptación a sus necesidades, ya que han sido previstas por la legislación para que funcionen sobre los mismos principios del régimen abierto, de confianza y autorresponsabilidad. Cuando esta alternativa no fuera posible porque, p. ej., el interno no estuviera clasificado en tercer grado, a nuestro juicio, deben crearse establecimientos geriátricos o, por último, módulos diferenciados del resto de la población penitenciaria.

Quizás sea recomendable una relectura *aggiornada* del art. 16 LOGP cuando señala que serán criterios de clasificación de los detenidos y presos «(...) el sexo, emotividad, edad, antecedentes, estado físico y mental (...)» y considerar que la referencia a la edad no afecta solo a los jóvenes, sino también a las personas de edad avanzada que, por sus circunstancias, no pueden soportar los *tempos* penitenciarios. La recuperación de los clásicos centros geriátricos penitenciarios con una capacidad máxima de trescientos cincuenta internos (art. 12 LOGP) puede ser una correcta respuesta a la existencia de personas privadas de libertad con una edad superior a los 65 años que no pueden ser excarcelados. Las ventajas de esta separación están, en primer lugar, en la necesidad de optimizar recursos. Si existieran a lo largo de la geografía entre cinco y diez centros con módulos para este grupo, se garantizaría también que puedan estar cerca de sus allegados y que puedan centralizarse los servicios de personal y recursos en unos pocos centros; por otra parte, trabajar con una población uniforme en cuanto a sus necesidades favorece que las condiciones regimentales estén diseñadas por los profesionales para alcanzar unos objetivos específicos.

Teniendo en cuenta que la experiencia hace recomendable que, a la hora de implementar cualquier criterio de separación, se procure huir de los estereotipos y emplear fórmulas testadas con los correspondientes informes de los técnicos, el traslado de un interno a un módulo geriátrico no debe venir determinado exclusivamente por el criterio de la edad, de manera que, en un panorama dominado por la fragmentación del espacio penitenciario, son imaginables excepciones para poder atender a circunstancias específicas.

Ahora bien, la creación de módulos para personas de edad debe ir parejo al compromiso de establecer en su interior un régimen que responda auténticamente a las necesidades del grupo y conforme a los fines del sistema haga que la prisión evite para ellos daños irreversibles que no están inescindiblemente unidos a la ejecución de la pena y que, por el contrario, sí son incompatibles con el respeto de los DD. HH. y los principios de intervención mínima y resocialización. Si no aseguramos que cada separación se acompañe de medidas regimentales que la justifiquen, entonces estamos aplicando una política penitenciaria de segregación porque, al separarse del grupo principal de adultos, se pierde el acceso a muchos recursos escasos dentro de los establecimientos.

Con ser importantes las medidas sanitarias en la cárcel como en la sociedad libre, las personas de edad avanzada presentan unas necesidades que se ven agravadas por la condición de privado de libertad. Por lo general, son personas que carecen de contactos con el mundo exterior. Se encuentran solos, bien porque están cumpliendo condenas de larga duración y sus relaciones con el mundo exterior han ido debilitándose, bien porque han ingresado procedentes de un mundo de delincuencia senil que se da en delitos propios de la marginación con numerosos antecedentes o con graves desviaciones sexuales. El sistema penitenciario tiene la obligación de compensar mediante una asistencia especializada ese aislamiento. Quienes estén destinados en los módulos de este tipo deben tener una formación especializada y capacidad para diseñar unas condiciones regimentales adecuadas. A continuación, indicaremos algunas de las necesidades que deben ser atendidas para este grupo.

— Educación y trabajo. La exclusión de estos internos del trabajo penitenciario («Quedarán exceptuados de esta obligación (...) c) los mayores de sesenta y cinco años.», art. 29 LOGP) no puede arrojarlos a pasar el tiempo penitenciario en el ocio y la monotonía. Tanto el trabajo como la educación tienen para ellos un significado y unos contenidos distintos. Ambas actividades deben dirigirse a desarrollar la persona en su conjunto, teniendo en cuenta su contexto social, económico y cultural. Por lo que se refiere a los programas educativos para personas de edad avanzada, estos no tienen como objetivo preparar a los educandos para que participen activamente en la vida social, económica y política; por el contrario, la educación tiene un sentido más personal de estimular o satisfacer el deseo de ampliar los conocimientos. Ese mismo objetivo deben cumplir las actividades ocupacionales de las personas de edad avanzada, las cuales no van a poder integrarse en el mercado laboral y no será, por tanto, con ese fin con el que participen en programas de ocupación laboral. Esta desvinculación finalista del mercado de trabajo hace recomendable que estas actividades sean más flexibles porque no tiene que dar respuestas a programas habilitantes predeterminados.

— Régimen progresivo. El sistema progresivo por grados pierde mucho sentido para las personas de edad avanzada no solo porque se basa en criterios *extra* e intrapenitenciarios, que no suelen darse en este grupo, p. ej., no pueden acceder al régimen propio de salidas diarias de los clasificados a tercer grado porque es muy difícil que encuentren una actividad laboral en el exterior o tengan un hogar o grupo familiar, sino también porque estas progresiones del sistema de individualización científica trabajan con unos tiempos que resultan muy rígidos y lentos para quienes tienen graves problemas de adaptación, precisamente, por no ser debidamente atendidas en el plano regimental las necesidades que surgen de su avanzada edad. Cuanto más se tarde en atender sus necesidades, mayores serán los daños irreversibles. Organizaciones basadas en la comunidad con experiencia con personas mayores deben tener capacidad de decisión sobre el diseño del régimen penitenciario.

— Compensar la falta de comunicación con el exterior. Nuestra legislación penitenciaria no contempla las específicas circunstancias regimentales que tienen que cumplirse cuando se trata de reclusos condenados a penas de larga duración. En estos casos, la prisión muestra su mayor contradicción, ya que es su propia realidad la que impide desplegar programas resocializadores. Muchos de los internos de edad avanzada se encuentran dentro de este grupo que, prácticamente, no tiene visitas del exterior. Por lo general, el aislamiento penitenciario es la causa de que sus allegados se hayan ido alejando de ellos. Las visitas son un instrumento fundamental en los procesos de reconstrucción social de los privados de libertad, además de neutralizar la prisionalización, humanizan el castigo. Los programas de las personas de edad avanzada en las prisiones tienen que contemplar actividades que compensen esta carencia. Instituciones asistenciales del exterior pueden interesarse en programar visitas y, a falta de estas, considerando la baja peligrosidad de estas personas, se puede flexibilizar la prohibición de acceso a internet u otros medios de comunicación tecnológicos.

— Acceso a la justicia. Pueden ser muchos los factores que dificulten el acceso a la justicia de este grupo. El CONSEJO DE EUROPA se ha hecho eco de estas dificultades y propone que se lleven a cabo programas inspirados en los principios de información, simplificación, aceleración y gratuidad (R [81] 7). También en otros ámbitos distintos al penal o penitenciario, como en el civil o administrativo, pueden tener especiales necesidades de testar o tomar determinadas decisiones en relación con su patrimonio.

— Vías de información interior. La mayor presencia en este grupo de personas que llevan años en el establecimiento permite suponer que tiene un conocimiento bastante completo de las normas que rigen en su interior, no obstante, la eventualidad de cambios o las dificultades de comprensión o

adaptación a los mismos hacen recomendable un compromiso de la Dirección del centro para reforzar las vías de información a este grupo de internos. Estas especiales vías de información tendrán en cuenta la notificación de cualquier incidencia de defunción que se produzca en relación con este grupo dentro o fuera de la prisión.

— Condenados a penas de larga duración. La condición de condenado a penas de larga duración exige también que se adopten medidas legales y regiminales que favorezcan un tratamiento adecuado de estas personas. Estos condenados, entre los que abundan personas de edad, suelen haber cometido delitos muy graves pero, por lo general, no tienen antecedentes penales cuando lo cometieron, además, saben que sus posibilidades de salir de la cárcel dependen en gran medida de sus comportamiento penitenciario, por lo que no son reclusos conflictivos y, en ocasiones, no son ni siquiera futuros ciudadanos criminalmente peligrosos y esto hace injustificadas determinadas condiciones de endurecimiento regimental solo por la naturaleza de la pena impuesta. De una forma particularmente intensa, es conveniente fomentar en ellos la responsabilidad mediante sistemas de participación y cogestión dentro de los módulos o unidades específicas, incluso, como medidas de democratización más incisivas de las que se desarrollan en los módulos de respeto. P. ej., introducir técnicas de mediación para resolver los conflictos de convivencia dentro del módulo es muy eficaz para reducir los índices de prisionalización que se dan con mayor intensidad en estos condenados y para fomentar la corresponsabilidad. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que las penas de larga duración, como la prisión permanente revisable, se convierten de hecho en penas indeterminadas, es decir, que su duración no se va a determinar en la sentencia, sino en la fase de ejecución⁽¹⁸⁾. Esto obliga a prestar una especial atención a la planificación de un programa adecuado orientado a su futura reinserción social. El principio de legalidad también es una garantía frente a la arbitrariedad en la aplicación de estas medidas que determina *ex post* la duración de la pena.

— Grupo de confianza con elementos positivos para el establecimiento. Las personas de edad avanzada tienen algunas cualidades poco experimentadas, en general, en prisiones. Nos estamos refiriendo, en primer lugar, a

(18) COYLE señala, con razón, que «La naturaleza indefinida de la cadena perpetua supone problemas específicos para las administraciones penitenciarias en cuanto al tratamiento de estos reclusos. El hecho de que no conozca la fecha de su liberación implica que debe prestarse especial atención a la planificación de un programa adecuado orientado hacia el eventual regreso de estos reclusos a la sociedad.». COYLE, A., *La administración penitenciaria en el contexto de los derechos humanos. Manual para el personal penitenciario*, Centro internacional de Estudios Penitenciarios, Londres, 2002, pág. 137.

su autoridad frente al resto de la población penitenciaria. Su participación puede ser determinante para resolver conflictos dentro de un centro. Incluso debidamente seleccionados los grupos, las personas de edad pueden aportar su experiencia vital como argumento en el contexto de un programa resocializador, especialmente, en relación con los jóvenes reclusos. No es descabellado experimentar entre ambos grupos la reconstrucción de relaciones familiares o paternofiliales para reforzar los estímulos resocializadores. Además, este grupo se convierte en reclusos de confianza para el sistema. Es interesante el aprovechamiento de esa circunstancia de confianza en beneficio de todos en situaciones como el acompañamiento de internos con tendencias suicidas, con patologías físicas o psíquicas, en labores de coordinación de ciertas actividades, desempeño de puestos de confianza o participación en los programas de formación de jóvenes.

— Eliminación de barreras físicas. Los espacios arquitectónicos de estos módulos tienen que estar provistos de recursos que posibiliten y hagan segura la movilidad dentro de ellos. Los diseños de las celdas presentan, en ocasiones, barreras similares a las que paulatinamente se han ido eliminando en la sociedad libre para las personas con capacidades diferenciadas.

— Reducir la presión disciplinaria. La vida en la prisión se caracteriza por su rigidez. Las dificultades que entrañan mantener privados de libertad a un grupo de personas solo pueden sortearse con unas condiciones regimentales estandarizadas que, en la mayoría de las ocasiones, se imponen estableciendo distintos niveles de disciplina. Lo prohibido determina todo en la prisión —lo que no está permitido es que está prohibido—. Ahora bien, la disciplina no debe extenderse con igual intensidad siempre —la disciplina equivale a la intervención quirúrgica en la Medicina, a ella debe acudir cuando otros mecanismos han fracasado— porque un uso desproporcionado de la misma pone en peligro el ambiente del establecimiento. Diversas circunstancias justifican que se rebaje las exigencias generales de régimen, una de ellas es el perfil del interno. Las personas de edad avanzada reducen considerablemente su conflictividad y, consiguientemente, deben ajustarse las normas de régimen y permitir cierta flexibilización en los horarios, en los desplazamientos zonales dentro del módulo, en las actividades comunes, etc.

— Atención sanitaria. Es necesario recordar que la obligación de la Administración penitenciaria de velar por la vida y la salud de los privados de libertad no tiene excepciones (art. 3.4 LOGP). En términos generales, la población penitenciaria presenta unos estándares de salud comparativamente de menos calidad que los de la sociedad libre. En este escenario, los internos de mayor edad demandan unas atenciones sanitarias superiores al resto de la población. No solo en lo estrictamente sanitario, sino también en las medidas preventivas de higiene o alimentación se plantean necesidades

específicas que deben ser atendidas⁽¹⁹⁾. Las propias condiciones de habitabilidad del módulo se convierten en parte de los programas preventivos de enfermedades. Un entorno saludable es imprescindible, y eso compromete a las administraciones a que los locales, especialmente las celdas, satisfagan las exigencias de higiene y habitabilidad —luz, ventilación, calefacción, dimensiones, etc.—⁽²⁰⁾.

En el ámbito estrictamente sanitario, se deben garantizar los programas de medicina preventiva con exámenes médicos regulares, aparte de las consultas periódicas que demanden los interesados. El servicio médico del centro asume un compromiso activo de control de la salud de este grupo, y las evaluaciones conjuntas de salud y asistencia social deberían ser rutinariamente programadas para los mayores con necesidades de cuidado social. Como señala la Regla 62 de las Normas Mínimas Europeas, los médicos están obligados a esta actuación regular con independencia de que, en el caso concreto, sea o no demandada. El diseño modular se convierte, en ocasiones, en una barrera para alcanzar ese acceso directo de las personas de edad con los servicios médicos, ya que tienen que abandonar el módulo con las dificultades de seguridad que arrastra. Piénsese en las dificultades de atender un servicio nocturno de urgencia.

Por otra parte, algunas incidencias no infrecuentes obligan a imponer a algunas personas tratamientos médicos en contra de su voluntad que, incluso, pueden llegar, p. ej., a ingresos involuntarios. Estos ingresos son decisiones médicas que se rigen por los mismos principios deontológicos de la Medicina. Los mismos no podrán tener lugar si no hay un peligro para terceras personas. Si el peligro solo es para el propio enfermo, la decisión del ingreso para su tratamiento debe ser recomendable cuando, a juicio de los médicos, lo contrario deterioraría el estado del paciente o no permitiría someterlo al tratamiento adecuado y, debido a su propio estado, no puede consentir el ingreso⁽²¹⁾.

(19) Vid. art. 22.1 Recomendación Rec(2006)2 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas, en la que se dice que «Los internos deben disfrutar de un régimen alimenticio que tenga en cuenta su edad, estado de salud, estado físico, religión, cultura y tipo de trabajo concreto que desarrollen.». CONSEJO DE EUROPA, *Recomendación Rec(2006)2 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas (adoptada por la Comisión de Ministros de 11 de enero de 2006, durante la 952.ª Reunión de los Delegados de los Ministros)*, 2006, pág. 7. Disponible en: http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/legislacion/REG_PEN_EUR_ES.pdf [Última consulta: 20 de marzo de 2021].

(20) Las Reglas Mínimas Europeas se han referido a este tema obligando a las administraciones penitenciarias a que las instalaciones sanitarias sean adecuadas para que el interno pueda satisfacer sus necesidades naturales en el momento oportuno, en forma aseada y decente (Regla 12).

(21) Sobre esto vid. CONSEJO DE EUROPA, *Recomendación R (83) 2 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre la protección jurídica de las personas afectadas por trastornos men-*

— Programas postpenitenciarios. Si lo que sucede tras la excarcelación se considera cada vez más relevante en el diseño de los programas resocializadores, cuando se trata de población de edad avanzada prestar atención a esa etapa resulta también necesario desde una óptica humanitaria. Como hemos señalado, estos reclusos apenas les queda fuera de la prisión familiares o allegados que puedan hacerse cargo de ellos después de un largo período de internamiento, y la institución penitenciaria deberá estar coordinada con los servicios de asistencia social de las personas mayores en la sociedad libre para que cubran sus necesidades en el momento de la excarcelación. Las Normas Penitenciarias Europeas se han referido expresamente a la necesidad de contar con unos programas de ayuda a estos condenados⁽²²⁾. A veces, por falta de recursos o de coordinación entre los servicios de prisiones, no siempre llegan a tiempo para ayudar a resolver las condiciones de vida mínimas para el anciano excarcelado. Muchos de ellos no pueden hacer nada sin el apoyo de estos servicios. Los servicios sociales para adultos de la sociedad libre deberían funcionar en las cárceles sistemáticamente para garantizar su prestación a los reclusos mayores. A partir de las posibilidades que ofrece el art. 100 RP, el propio sistema progresivo tiene que reinventarse para este grupo de internos, ya que para ellos tiene más importancia las condiciones de la asistencia posterior a la salida que la propia excarcelación.

IV. LAS PERSONAS DE EDAD AVANZADA EN EL SISTEMA PENAL VIGENTE

Como ya hemos indicado, no es muy frecuente que las personas de edad avanzada merezcan una consideración especial en la legislación vigente. Para ajustarnos al tema de nuestra contribución, vamos a exponer cuáles son esas referencias específicas a partir de que se produce una sentencia firme condenatoria. Acotamos nuestra exposición a los pasajes legales en los que se hace diferenciación por razón de la edad. Tan solo vamos a hacer una excepción con la posibilidad que se contempla en el art. 60 CP, pues, aunque no se hace una referencia expresa a ellos, su aplicación está en gran medida justificada para

tales e ingresadas como pacientes no voluntarios, adoptada por el Comité de Ministros el 22 de febrero de 1983, durante la 356.ª Reunión de los Delegados de los Ministros, 1983.

(22) La Norma 107.1 señala que «Se ayudará a los internados penados, en el momento oportuno y antes de su salida en libertad, a través de procedimientos y programas especialmente concebidos para permitirles hacer la transición entre la vida carcelaria y una vida respetuosa con la legislación nacional en el seno de la colectividad.». Y, más concretamente, en la Norma 107.2 se señala que «En lo que concierne más específicamente a los internos condenados a penas de larga duración, se adoptarán medidas para asegurarles un regreso progresivo a la vida en un medio libre.». CONSEJO DE EUROPA, *Recomendación Rec(2006)2 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas (adoptada por la Comisión de Ministros de 11 de enero de 2006, durante la 952.ª Reunión de los Delegados de los Ministros)*, op. cit., pág. 31.

casos de demencia senil, Parkinson, enfermedad de Alzheimer o de estados previos en los que la persona pierde, total o parcialmente, la conciencia de la realidad. Aplicado con flexibilidad, puede resultar un instrumento normativo eficaz para resolver las necesidades de excarcelación anticipada al margen del sistema progresivo o de individualización científica.

4.1. Suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad cuando debido a un trastorno mental sobrevenido no se puede conocer el sentido de la pena

El actual art. 60 CP es el resultado de una evolución fluctuante y escasamente compadecida con el sentido de la solución que se pretende dar a la incidencia de trastornos mentales sobrevenidos durante el proceso penal o durante la ejecución de las penas⁽²³⁾. El caso ha sido abordado ininterrumpidamente desde nuestro primer CP en 1822; un código de escasa elaboración doctrinal, pero bastante claro en la forma de abordar y resolver los problemas que, entonces, se entendían con incidencia en la responsabilidad penal. En él se decía que tanto el reo como el condenado «constituido en estado de verdadera demencia o locura o en peligro inmediato de muerte por razón de enfermedad» se le suspende la pena hasta que sane. Si ese estado durase más de quince días, se nombrará un tutor y la condena se llevará a efectos en lo relativo a «resarcimientos, indemnizaciones y pagos de alimentos y costas.» (art. 96). El siguiente Código —el CP de 1848— introduce algunas mejoras técnicas de las que nos interesa destacar las siguientes porque ayudan a entender críticamente la deriva hasta llegar a la redacción actual:

- Declara que estas personas no sufrirán pena alguna;
- Se le trasladará a un hospital y se le ingresará en una «habitación solitaria»;
- Si la pena fuera menor se le podrá entregar a la familia para la custodia;
- En cualquier momento que el demente recobre su salud se ejecutará la sentencia (art. 88)⁽²⁴⁾.

(23) GARCÍA ALBERO critica, con razón, uno de los problemas sustantivos más delicados que plantea este art. 60. Porque el legislador ignora las dificultades de sustituir una pena en ejecución por una medida de seguridad que no ha sido recogida en ninguna sentencia. Pero no es este problema formal el único que se plantea, como señala el autor referido la aplicación en estos supuestos de una medida de seguridad solo es posible ignorando algunos de los presupuestos básicos que la propia ley exige. Estos presupuestos no son aportes gratuitos, sino que son importantes victorias de las garantías penales y del Estado de Derecho para evitar el uso indiscriminado de las medidas de seguridad. GARCÍA ALBERO, R. M., «De las penas», en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código Penal, t. I, Parte General*, 3.^a Ed., Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008, pág. 530.

(24) PACHECO comenta el precepto y dice lo siguiente: «La pena impuesta a un reo que ha venido a tal punto, sería una pena inmoral, y no produciría sino malas consecuencias. Respecto a

Con posterioridad, la regulación de este instituto jurídico fue sufriendo una especie de contagio o aproximación a los beneficios penales o penitenciarios, con los que, sin embargo, presenta notables diferencias. La redacción actual se introduce con la Reforma 15/2003 y, como tendremos ocasión de ver, no tuvo en cuenta esas diferencias entre una suspensión de la pena por inutilidad de su aplicación y otra con fines resocializadores. Lo dispuesto en el art. 60 es una lógica consecuencia de la falta de justificación que tiene el mantener la vigencia de un castigo cuando el condenado es incapaz de entender el sentido de la pena. En primer lugar, es cruel porque, como ya se encargó de destacar BECCARIA, la pena que no es útil es sencillamente cruel y no es útil una pena cuando, en un sentido preventivo, no puede ser entendida por el condenado y cuando su ejecución es apreciada como inhumana por la sociedad. Ni razones de prevención especial ni general justifican mantener en estas circunstancias el castigo. Es importante no perder de vista este fundamento preventivo para interpretar su alcance. Todas las circunstancias que pueden, en la práctica, desplegarse a partir del art. 60 tienen en común exclusivamente que el condenado es capaz de entender el sentido del castigo. Ahora bien, desaparecidas las circunstancias psíquicas que impedían esa incompreensión, no hay razones para que la pena deje de aplicarse, salvo que la misma hubiere prescrito o que concurran extraordinarias razones de humanidad. Para lo primero, basta con acudir a los plazos prescriptivos, que no pierden su vigencia; para lo segundo, los operadores de la justicia, conocedores del caso, deberán decidir si solicitar el indulto conforme a las normas que rigen el mismo.

Veamos a continuación cuales son los presupuestos que deben darse para suspender la pena impuesta conforme a este precepto:

— En el ámbito procesal, nos encontramos ante un sujeto que ha sido condenado en firme y no se ha apreciado ninguna circunstancia modificativa de la imputabilidad o, habiéndosele declarado semiimputable, no se le ha considerado peligroso, ya que, de lo contrario, se le habría aplicado una medida de seguridad, que enerva la posibilidad de aplicar lo dispuesto en el art. 60. No tendría sentido suspender la ejecución de una medida y aplicar

él, fuera un acto cruelísimo y anticristiano; respecto al público, fuera un acto repugnante. El hombre que ha perdido la razón no puede servirnos de ejemplo, de ninguna suerte. La piedad y la caridad deben cubrirlo con su manto.» Y en relación con el reinicio de la ejecución de la pena una vez curado señala: «aunque perfectamente lógico, podrá ser a veces de un rigor extremado. Ante todas las cosas hay que subordinarla a lo que establece el Título VI de este libro en materia de prescripción criminal; y aun prescindiendo de ello, ocurriría en muchas ocasiones que el lapso del tiempo, no bastante para aquella otra, lo sería ya, y produciría tales circunstancias que exigieran un especial indulto.» PACHECO, J. F., *El Código penal concordado y comentado*, t. I, Santiago Saunaque, Madrid, 1848, págs. 463-464.

otra de similares contenidos en base a este precepto. También es aplicable a los condenados que ya han iniciado el cumplimiento de sus penas.

Es acertado que esta suspensión no se limite a los condenados a penas privativas de libertad, sino que se extienda a todas las penas. Aunque nada se dice, no es extensivo, en cambio, a otras consecuencias jurídicas del delito como puede ser el comiso o la responsabilidad civil. Como la excarcelación responde a necesidades terapéuticas o asistenciales y cuenta con el consentimiento del condenado, las medidas que se apliquen no son en sentido estricto medidas de seguridad ni tampoco se someten a la garantía de la proporcionalidad con la pena impuesta. El condenado a multa puede consentir su ingreso en un centro psiquiátrico para cuidar una patología, y este ingreso no se limita en el tiempo por la pena impuesta ni por el resto de las garantías vigentes para las medidas de seguridad.

En lo relativo a las competencias, las mismas son asumidas, en primer lugar, por el JVP, a quien corresponde decidir si procede o no su aplicación y, aunque no se dice, le corresponde también hacer un seguimiento de la aplicación de la medida. El interés del legislador por acentuar que las circunstancias son sobrevenidas y no guardan relación con el delito está detrás de la decisión de hacer recaer en este juez dicha competencia. Se olvida que la jurisdicción penitenciaria —como su nombre indica— limita sus competencias a la pena privativa de libertad, aunque con posterioridad a su creación se le han otorgado competencias que afectan a otras penas⁽²⁵⁾. Es muy probable que el condenado no haya pisado aun la prisión, bien porque no se ha iniciado la ejecución, bien porque se le condenó a otra pena. En uno y otro caso, el JVP no tendrá a su disposición el expediente para resolver y no habrá criterio para determinar el juez competente. Sin embargo, no corresponde a este órgano judicial y si al sentenciador decidir si, una vez restablecida la salud mental del condenado, la pena se debe restablecer o dejarla definitivamente extinguida.

— Situación duradera de trastorno mental transitorio. Es importante destacar que no estamos ante un expediente de imputabilidad, sino de capacidad de comprensión de unas determinadas circunstancias valoradas desde una perspectiva preventivo-especial. No otra cosa puede significar «conocer el sentido de la ley». Se trata de conocer que se está privado del ejercicio de unos derechos, y que dicha privación es debida a la comisión de un delito y

(25) Es cierto que, en posteriores reformas legislativas, tras la entrada en vigor de esta figura judicial sus competencias se han ido ampliando a otras penas, como sucede, en concreto, con el trabajo en beneficio de la comunidad (art. 49.1.ª CP), pero la ampliación, en la *praxis*, ha provocado problemas, entre otros, el de convertir esta jurisdicción en una suerte de cajón de sastre en el que se incluyen todas las competencias del sistema penal que no se sabe qué hacer con ellas.

tiene un sentido resocializador. Conforme a reiterada jurisprudencia, se trata de una perturbación mental, que no necesariamente ha de tener una base patológica, que altera o anula de forma grave las capacidades cognitivas y volitivas de la persona⁽²⁶⁾. Debe apreciarse por el órgano judicial no solo el presupuesto psico-biológico del trastorno, sino también el jurídico, es decir, la comprobación de que el condenado no entiende en absoluto el sentido del castigo, ni siquiera en su dimensión más esencial de privación de unos derechos. Con buen criterio, la ley exige que dicha incomprensión no sea ocasional, sino duradera.

A nuestro juicio, los estados de debilidad psíquica, en los que el paciente pierde su capacidad de juicio, asociados a la senilidad encajan en este supuesto. El art. 60 ha eludido la referencia a anomalías o enfermedades que hubieran hecho más difícil la aplicación extensiva a todos aquellos condenados que, por diversas causas, no pueden entender el sentido de la pena. Conforme a lo que señala la OMS, la salud mental es un estado de bienestar en el que la persona es consciente de sus propias capacidades, puede afrontar las tensiones normales de la vida, puede trabajar de forma fructífera y hacer una contribución a su comunidad. Cuando una persona sufre un trastorno, carece de salud mental. Estos estados son frecuentes en personas que han sufrido largos periodos de privación de libertad.

— Cuando se dan los presupuestos anteriores, el JVP tiene preceptivamente que suspender la ejecución de la pena y garantizar que el condenado recibe la asistencia adecuada. A tenor del art. 60, al órgano judicial se le abren dos posibilidades. La primera es excarcelar al condenado para permitir que pueda recibir la asistencia que precise, según sus circunstancias personales. Como ya hemos visto en la legislación histórica, entre esa asistencia se contemplaba la custodia familiar, que es muy recomendable en el caso de demencia senil. El ingreso en una residencia o en otra institución similar o, incluso, el traslado a un núcleo familiar se encuentra revestido de las mismas garantías que establece el CC para las personas en la sociedad libre y, en consecuencia, tiene como presupuesto el consentimiento, salvo que la demencia que sufra el interesado haga jurídicamente irrelevante el mismo. En caso de no contar con él no es aplicable el art. 60, ya que expresamente se señala que la suspensión debe llevarse a cabo «(...) garantizando que reciba la asistencia médica precisa (...)». La segunda está prevista para aquellos supuestos en los que el sujeto presenta unos altos índices de peligrosidad y ha sido condenado a una pena privativa de libertad; en estas circunstancias, el Juez puede imponerle una medida de seguridad privativa de libertad de las

(26) *Vid.*, entre otras muchas, las SSTs, Sala 2.ª, 1122/1998, de 29 de septiembre, y 1491/2001, de 6 de julio.

previstas en los arts. 101, 102 y 103 CP. La condición de peligroso obliga a desplazar otras eventuales alternativas que pudieran ser más recomendables para tratar la demencia del condenado. No obstante, la aplicación de una medida no casa con los dispuesto con carácter general en el art. 6 CP, a tenor del cual solo pueden ejecutarse medidas de esta naturaleza si han sido impuestas en una sentencia firme. El JVP no tiene esas competencias. Como ya hemos señalado, los sujetos peligrosos quedarían al margen de la aplicación de esta disposición, para ellos están previstas las medidas de seguridad combinadas con el tratamiento de la peligrosidad cuando ello fuera posible⁽²⁷⁾.

— Cuando se restablece la salud mental, procede ejecutar la pena convenida, salvo que la misma haya prescrito. Si se trata de un anciano que padece demencia, es poco probable que esto suceda y la suspensión será definitiva. No obstante, en caso contrario, el Código se refiere a otras excepciones cuando el cumplimiento resulte «innecesario o contraproducente.». Una disposición tan relevante hubiera merecido un esfuerzo de taxatividad mayor que el que se emplea, ya que tanto la necesidad de la pena como conveniencia pueden ser valoradas de muy distintas formas. Considerando que esta suspensión tiene su origen en una enfermedad, tanto lo innecesario como lo inconveniente debe interpretarse en relación con ella y entender que no procede recuperar la ejecución de la pena si ello significa un peligro cierto de que el condenado recaiga en la misma patología⁽²⁸⁾. Para buscar un

(27) Se equivoca el legislador cuando trata las medidas que se pueden imponer en base al art. 60 como medidas de seguridad. Este error le lleva a exigir que haya las mismas garantías de proporcionalidad que rigen para la aplicación de la medida con relación a la pena que se hubiera impuesto de no ser considerado inimputable el autor (GARCÍA ALBERO, R. M., *op. cit.*, pág. 531). No estamos en este escenario, sino en otro bien diferente en donde un trastorno sobrevenido hace recomendable suspender la ejecución de la pena hasta que el condenado quede restablecido. En este escenario, la pena tiene una ejecución prioritaria a la «medida», que estaría en una relación de subsidiaridad, algo que no sucede en las medidas de seguridad.

(28) Un caso similar es el acceso a un régimen especial de libertad condicional por los condenados que sufren una grave enfermedad con padecimientos incurables. El alcance de esta enfermedad ha dado origen a un intenso debate hasta llegar al TC, el cual, acertadamente, entiende que «tan solo una enfermedad grave e incurable en cuya evolución incida desfavorablemente la estancia en la cárcel con empeoramiento de la salud del paciente, acortando así la duración de su vida, aun cuando no exista riesgo inminente de su pérdida.» (STC 48/1996, de 25 de marzo). A nuestro juicio, este criterio puede extrapolar al caso que nos ocupa y considerar que no ha quedado restablecida la salud mental y, consiguientemente, no procede reiniciar la pena cuando la misma implica un riesgo de recaída. Para un conocimiento en detalle del debate en la actualidad, *vid.* NISTAL BURÓN, J., «El nuevo régimen jurídico de la libertad condicional en la LO 1/2015, de reforma del Código Penal. De la teoría penal a la praxis penitenciaria», *Revista Aranzadi doctrinal*, núm. 5, 2015, págs. 219-238.

punto de coherencia, nos parece que la ejecución se debe suspender definitivamente cuando concurren los mismos criterios que se emplean para la concesión de los indultos. El art. 4 CP señala que se solicitará el indulto por el órgano judicial «(...) cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo.». De esta forma, se ancla la no revocación con el indulto particular (art. 206 RP).

4.2. La libertad condicional para personas mayores de setenta años

El CP de 1995 en su art. 35 introduce un supuesto especial de libertad condicional para los reclusos mayores de setenta años⁽²⁹⁾. La particularidad de este supuesto radica en que no es necesario que concurra la regla general de tener cumplida una parte de la condena. Para interpretar el alcance de estos requisitos, es preciso hacer una correcta valoración de esta modalidad específica de libertad condicional. Con carácter general, la libertad condicional formaba parte del sistema progresivo del que, paulatinamente, se fue separando para convertirse en un instrumento de excarcelación anticipada, que tiene como objetivo fomentar la integración pacífica del interno en la vida en prisión con el estímulo de una medida premial. Esta finalidad esencialmente disciplinaria no está reñida con otros logros relacionados con la resocialización, compatibles con aquellos objetivos disciplinarios. La compatibilidad es doble; en primer lugar, porque la excarcelación se presume siempre una medida resocializadora y, en segundo lugar, porque una prisión en la que se asegura una convivencia ordenada permite un ambiente propicio para poder desplegar programas de contenido formativos y reinsertadores.

A tenor del art. 91 CP, el JVP tiene dos opciones dentro de este modelo especial de libertad condicional.

— Modelo ordinario. Los condenados que cumplan setenta años podrán obtener el beneficio acreditando la clasificación en tercer grado y que hayan observado buena conducta.

— Modelo extraordinario. Cuando debido a la edad o al estado de salud peligre la vida del interno, el órgano judicial, valorando exclusivamente la peligrosidad criminal del mismo, podrá conceder el beneficio sin que tengan que concurrir los dos presupuestos del modelo ordinario. En estos casos, el beneficiado debe informar al órgano judicial de la evolución de la enfermedad o, de lo contrario, se puede revocar el beneficio.

(29) Este art. ha sido modificado conforme al texto de LO 1/2015, de 30 de marzo. Sus antecedentes se encuentran en el D de 22 de marzo de 1932, cuyo art. 11 disponía la concesión de la libertad condicional a los penados septuagenarios: «1. Que el sentenciado que esté cumpliendo su condena, cumpla la edad de setenta años. 2. Que hayan dado pruebas de intachable conducta. 3. Que ofrezcan garantías de hacer vida honrada en libertad.».

Sin ningún género de dudas, esta disposición tiene enorme relevancia de cara a excarcelar a los mayores de setenta años. No obstante, no alcanza una adaptación plena a los objetivos porque se construye sobre el modelo común de la libertad condicional, que tiene otras pretensiones. En relación con el primero de los modelos, al que hemos denominado ordinario, resulta inconveniente, injustificado y contradictorio que se exija la clasificación en tercer grado. Es inconveniente porque añade una dificultad al proceso de excarcelación, que lo ralentiza sin que este justificado; de hecho, solo podría clasificarse inicialmente en tercer grado los casos excepcionalmente favorables (art. 104.3 RP). No está justificado porque, en la *praxis*, gran parte de las clasificaciones en tercer grado se han convertido en un mecanismo de control por parte de la Administración penitenciaria de las concesiones de estos beneficios con el objetivo de neutralizar la tendencia a incrementar el control judicial de la ejecución de la pena de prisión. La clasificación en tercer grado, en muchas ocasiones, se agota en sí misma y coinciden en el tiempo con la concesión de la libertad condicional. Por último, nos parece contradictorio porque se intenta agilizar la obtención de beneficio teniendo en cuenta la circunstancia de la avanzada edad del interno, y se establecen presupuestos que son difíciles de conseguir, tales como evolución favorable en el trabajo o en los programas de capacitación. Incluso la buena conducta que se exige, y que normalmente se valora a partir de las sanciones disciplinarias que se le hayan puesto al interno, puede resultar, en ocasiones, una exigencia innecesaria, ya que este modelo especial de concesión de la libertad condicional responde más a los principios de proporcionalidad y humanidad del castigo que a la idea del premio por el buen comportamiento.

Por otra parte, la necesaria clasificación en tercer grado se enfrenta al obstáculo de la *cláusula de seguridad*, por la que no puede clasificarse un condenado en tercer grado hasta tener cumplida la mitad de la condena si esta es superior a cinco años (art 36. 2 CP). Existe posibilidad de eludirla si el órgano judicial entiende que concurren «(...) motivos humanitarios y de dignidad personal de penados enfermos muy graves con padecimientos incurables y de los septuagenarios (...)» y se trata de condenados de escasa peligrosidad (art. 36. 3 CP)⁽³⁰⁾.

Por lo que se refiere al modelo extraordinario, previsto para quienes, por su enfermedad, se encuentran en peligro de muerte, es acertado cuando la libertad condicional se da por razones de enfermedad, pero no en el caso de mayores

(30) Los JVP han tenido también ocasión de pronunciarse contra la aplicación del periodo de seguridad en los casos de ancianos a los que se le aplican este modelo extraordinario de libertad condicional. XIII REUNIÓN DE JUECES DE VIGILANCIA PENITENCIARIA, *Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos*, Valencia, marzo de 2004. Disponible en: https://www.acaip.es/images/docs/jornadas13_jvp_2004.pdf [Última consulta: 20 de marzo de 2021].

de edad, en los que las razones de la excepcionalidad son las dificultades personales de adaptación al régimen penitenciario.

No queda claro en ninguna de las dos modalidades cómo se conjuga esta liberación excepcional con las estrictas reglas de los supuestos en los que el condenado lo ha sido a una pena de prisión permanente revisable. También se nos antoja más difícil eludir la aplicación de lo dispuesto en el art. 78 CP, en virtud del cual, si a resultas de aplicar las reglas del concurso de delitos la pena fusionada es menos de la mitad de la mera suma aritmética de todas las penas impuestas, a los efectos de los plazos que pudieran ser exigidos para el tercer grado o la libertad condicional —plazos de tiempo de pena cumplida para acceder a esa clasificación o beneficio—, deberá tenerse en cuenta la suma total. En caso de concurrir muchas penas, esta operación se convierte en la imposibilidad de acceso a dichos beneficios.

Cualquiera de las vías que se empleen para conceder la libertad condicional de las personas de edad avanzada tiene como presupuesto que las mismas no presenten un alto índice de peligrosidad criminal. Por esto, nos parece razonable el AAP de Cádiz, de 7 de junio de 2004, en el que se deniega la libertad condicional a un interno de 84 años, clasificado en tercer grado, al considerar que no se dan las circunstancias para ello, debido, fundamentalmente, a que el delito por el que cumple condena fue cometido cuando contaba con 81 años, deduciendo el tribunal que, por ello, también podría delinquir con la edad actual.

También es común a ambos modelos de libertad condicional la posibilidad de que, una vez excarcelado, se le imponga al liberado algunas de las obligaciones previstas en el art. 83 —prohibición de aproximarse o comunicarse con determinadas personas, obligación de residir en un lugar concreto o prohibición de residir en un lugar, personación, obligación de participar en programas, etc.—, las cuales pueden ser objeto de cese, suspensión o cambio según las circunstancias que devengan tras la liberación. Si se incumplen gravemente estas obligaciones o desaparecen las expectativas en las que se fundaba la decisión de conceder el beneficio, se revocará el mismo, sin que el tiempo pasado en libertad le cuente como tiempo de ejecución. De manera que el condenado se encuentra en una suerte de libertad congelada, que durará hasta un período de dos a cinco años que, en ningún caso, será inferior a la duración de la parte de la pena pendiente de cumplimiento, pero que sí pudiera ser superior (art. 90. 5 CP).

V. EPÍLOGO

Somos conscientes de que es mucho más difícil hacer prosperar un cambio legislativo que tenga en cuenta las circunstancias personales de las personas de edad avanzada en un ámbito pre punitivo, pero es ahí donde debe empezar a considerarse la especificidad de este grupo social. Es en la determinación de la pena y en el tipo de pena que se impongan donde la ley debe considerar que

la entrada en prisión de una persona de estas características comporta para el condenado un castigo más severo que para el resto de las personas adultas. Hoy se va progresivamente aceptando que el principio de igualdad ante la ley no solo no resulta vulnerado cuando a la hora de fijar la condena en términos cuantitativos y cualitativos se tienen en cuenta estas circunstancias personales, sino que es, precisamente, este principio el que obliga a tratar desigual lo que es desigual.

También en la fase de ejecución de las penas y, más concretamente, de la pena privativa de libertad, hay que iniciar una reforma legislativa con una propuesta alternativa al sistema de adultos, en el que se tengan en cuenta mecanismos excepcionales de excarcelación anticipada y, para cuando ello no sea posible, crear unidades o establecimientos geriátricos. Pero modificar las condiciones penitenciarias solo será posible cuando todo el sistema de ejecución gravite sobre estos dos principios informadores que, aunque recogidos en nuestra legislación, se ven gravemente vulnerados por otros criterios hegemónicos de seguridad, estandarización y económicos. Aquellos principios son:

— Diversidad: «Las personas privadas de libertad deben ser tratadas de una manera respetuosa con los derechos humanos.»⁽³¹⁾. «La actividad penitenciaria se ejercerá respetando la personalidad de los internos y los derechos e intereses legítimos de los mismos no afectados por la condena (...).»⁽³²⁾.

— Normalización: «La vida en prisión debe ajustarse lo máximo posible a los aspectos positivos de la vida en el exterior.»⁽³³⁾. «(...), la vida en prisión debe tomar como referencia la vida en libertad, reduciendo al máximo los efectos nocivos del internamiento, favoreciendo los vínculos sociales, la colaboración y participación de las entidades públicas y privadas y el acceso a las prestaciones públicas.»⁽³⁴⁾.

Todo no está perdido en la ancianidad. Ni las razones humanitarias ni el respeto a la dignidad humana permiten que las políticas criminales desatiendan las necesidades de las personas de edad avanzada, aunque solo sea porque, como escribe SÉNECA en sus Cartas, «estos árboles han sido descuidados; no tie-

(31) Norma 1. CONSEJO DE EUROPA, *Recomendación Rec(2006)2 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas (adoptada por la Comisión de Ministros de 11 de enero de 2006, durante la 952.ª Reunión de los Delegados de los Ministros)*, op. cit., pág. 3.

(32) Art. 4.1 RP.

(33) Norma 5. CONSEJO DE EUROPA, *Recomendación Rec(2006)2 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas (adoptada por la Comisión de Ministros de 11 de enero de 2006, durante la 952.ª Reunión de los Delegados de los Ministros)*, op. cit., pág. 3.

(34) Art. 3.3 RP.

nen hojas, las ramas están rotas y dobladas y esto no hubiera pasado si alguien suavizara la tierra, y les diera agua.».

VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Resolución aprobada por la Asamblea General A/RES/46/91, de 16 de diciembre. Ejecución del Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento y actividades conexas. Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de edad*, 1991. Disponible en: <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/RES/46/91> [Última consulta: 20 de marzo de 2021].

CADALSO, F., *Instituciones penitenciarias y similares en España*, José Góngora, Madrid, 1922.

CASTILLO NOGUERA, A. «Cárcel y delito el instituto geriátrico penitenciario de Málaga (1955-1967)», *X Congreso de Profesores-Investigadores*, Hespérides, Sanlúcar de Barrameda, 1992.

CONSEJO DE EUROPA, *Recomendación R (83) 2 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre la protección jurídica de las personas afectadas por trastornos mentales e ingresadas como pacientes no voluntarios, adoptada por el Comité de Ministros el 22 de febrero de 1983, durante la 356.ª Reunión de los Delegados de los Ministros*, 1983.

CONSEJO DE EUROPA, *Recomendación Rec(2006)2 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas (adoptada por la Comisión de Ministros de 11 de enero de 2006, durante la 952.ª Reunión de los Delegados de los Ministros)*, 2006. Disponible en: http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/legislacion/REG_PEN_EUR_ES.pdf [Última consulta: 20 de marzo de 2021].

COYLE, A., *La administración penitenciaria en el contexto de los derechos humanos. Manual para el personal penitenciario*, Centro internacional de Estudios Penitenciarios, Londres, 2002.

GARCÍA ALBERO, R. M., «De las penas», en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código Penal, t. I, Parte General*, 3.ª Ed., Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008.

MATA Y MARTÍN, R. M., «Aproximación a Concepción Arenal y el sistema penitenciario», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, núm. 1, vol. 72, 2019. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2019-10018100215_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_Aproximaci%C3%B3n_a_Concepci%C3%B3n_Arenal_y_el_sistema_penitenciario [Última consulta: 20 de marzo de 2021].

NISTAL BURÓN, J., «El nuevo régimen jurídico de la libertad condicional en la LO 1/2015, de reforma del Código Penal. De la teoría penal a la *praxis* penitenciaria», *Revista Aranzadi doctrinal*, núm. 5, 2015.

PACHECO, J. F., *El Código penal concordado y comentado*, t. I, Santiago Saunague, Madrid, 1848.

XIII REUNIÓN DE JUECES DE VIGILANCIA PENITENCIARIA, *Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos*, Valencia, marzo de 2004. Disponible en: https://www.acaip.es/images/docs/jornadas13_jvp_2004.pdf [Última consulta: 20 de marzo de 2021].

YAGÜE OLMOS, C. (Coord.) *Análisis de la Ancianidad en el Medio Penitenciario*, Ministerio del Interior. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, Madrid, 2009. Disponible en: <http://www.interior.gob.es/documents/642317/1201664/An%C3%A1lisis+de+la+ancianidad+en+el+medio+penitenciario+%28NIPO+126-09-042-0%29.pdf/ae3d44d9-460c-4798-98de-ed518a39d9c5> [Última consulta: 20 de marzo de 2021].

Páginas electrónicas

EXPANSIÓN. Disponible en: <https://datosmacro.expansion.com/> [Última consulta: 20 de marzo de 2021].

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Delitos según edad*, 2018. Disponible en: <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=26013#!tabs-tabla> [Última consulta: 20 de marzo de 2021].

MINISTERIO DEL INTERIOR. Disponible en: www.mir.es [Última consulta: 20 de marzo de 2021].

PRISON REFORM TRUST. Disponible en: <https://translate.google.com/translate?hl=es&sl=en&u=http://www.prisonreformtrust.org.uk/WhatWeDo/Projectsresearch/Olderpeopleinprison&prev=search> [Última consulta: 20 de marzo de 2021].

Jurisprudencia

- AAP de Cádiz, de 7 de junio de 2004.
- STC 48/1996, de 25 de marzo.
- STS, Sala 2.ª, 1122/1998, de 29 de septiembre.
- STS, Sala 2.ª, 1491/2001, de 6 de julio.
- STS, Sec. 1.ª, 349/2019, de 7 de febrero.

CAPÍTULO 24

MALTRATO A LAS PERSONAS MAYORES Y VÍCTIMAS VULNERABLES: DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL. ABANDONO

Javier Muñoz Cuesta
Fiscal, Tribunal Supremo

I. INTRODUCCIÓN

Antes de tratar el tema asignado en esta monografía nominada *Derecho y Envejecimiento*, no podemos de dejar de manifestar nuestro profundo pesar por la situación en la que se hallan las personas mayores como consecuencia de la pandemia provocada por el *SARS-CoV-2* o más conocida por el *COVID-19*, cuyo número de fallecimientos en todo el mundo causado por el efecto del virus se cuentan por cientos de miles, lo que no es más que una manifestación de la vulnerabilidad de la persona de edad avanzada, que, por su situación de debilidad física o por la existencia de otras patologías previas, motiva que sea un objeto fácil de ese virus.

Al tiempo de redactar estas líneas, momento de cierta contención y de las consecuencias nefastas de la pandemia, no podemos más que decir que habrá que estar expectantes y estudiar los casos que puedan presentar indicios de una dejación o abandono de los mayores, que se hallan fundamentalmente ingresados en las mal llamadas residencias de ancianos, centros públicos o privados, en los que no se les ha prestado la atención debida o se han omitido las medidas necesarias para evitar su contagio, ya que era y es bien sabido que son personas de alto riesgo y por esa situación de vulnerabilidad física se debía actuar en tal sentido.

En función de lo anterior, será necesario establecer por las autoridades judiciales y por el MF criterios para analizar la situación de los fallecidos y determinar si la omisión de las medidas de resguardo son causa de un delito de lesiones por imprudencia grave o menos, o, en su caso, por los mismos niveles de imprudencia, si esas omisiones son constitutivas de homicidios negligentes, lo que habrá de hacerse por la obligaciones legales de investigar los delitos que tienen las autoridades citadas; el no hacerse, además de no ser admisible en un Estado de Derecho, manifestará un olvido de los derechos de las víctimas de esta pandemia.

Entrando ya en el tema que nos ocupa, habría que comenzar porque la longevidad de la población no es nada que sorprenda hoy, sino lo contrario, es una cuestión asumida por la propia sociedad y los poderes públicos, hasta el punto que aquélla y éstos se adaptan a ella y se preparan para los años venideros en los que la edad de las personas va a aumentar, y nos podemos encontrar con

una pirámide, sin llegar a estar invertida, sí desde luego sin una estructura que sea la necesaria para garantizar el bienestar de todos los que llegan a una posición no laboral o de merecido descanso, que no pasiva, dentro de la sociedad en la que se hallan instalados.

Tampoco es nada novedoso afirmar que las personas mayores pueden ser más fácilmente víctimas de delitos de muchas clases y de distinta naturaleza, precisamente, por su vulnerabilidad, por hallarse en una posición de inferioridad respecto a otras personas que pueden de manera más fácil hacer frente a los ataques de cualquier clase que puedan acecharles.

Queremos dejar sentado, a nuestro juicio, que el hecho de ser mayor o tener una edad avanzada no es sinónimo de estar ante una persona indefensa, o que ancianidad y vulnerabilidad son un mismo concepto, sin que seamos partidarios de llamarlos ancianos al tener este vocablo una connotación negativa por la falta de autodeterminación que conlleva en el sujeto y por aparecer como alguien que ya no es útil a la sociedad; por tanto, el denominar a estas personas como mayores es más correcto e incluso más respetuoso con su situación social, que puede ser activa y contributiva en el ámbito donde desarrolle su vida ordinaria.

Puede acontecer, y es palpable en la sociedad actual, que personas con edad superior a los 80 años desarrollen una vida ordinaria con total capacidad física y mental para gobernar con independencia su patrimonio, sus asuntos sociales de relación o el propio cuidado de su sanidad e higiene, sin que puedan ser más fácilmente sujetos pasivos de determinados delitos en los que los autores se aprovechan de la debilidad de la víctima, lo cual, a nuestro entender, es algo netamente positivo que el hecho de ser mayor no suponga necesariamente una posición de inferioridad en el contexto social.

En este mismo contexto, podemos afirmar que la vulnerabilidad de una persona de edad, por tanto, proclive a ser víctima de una acción delictiva, se manifiesta por su deterioro intelectual o cognoscitivo, que será el supuesto más frecuente al poder ser perjudicado de un delito de estafa o contra el patrimonio, o por su precariedad económica, que puede dar lugar a ser más fácilmente víctima de un delito de maltrato o de trato degradante en función de la situación en la que se encuentre.

En este sentido, SALCEDO HERNÁNDEZ⁽¹⁾ entiende que el factor económico es un elemento de extrema importancia al influir de manera determinante en la mayoría de los supuestos de vulnerabilidad; esto no significa nada más que si

(1) SALCEDO HERNÁNDEZ, J. R., «La protección de la vulnerabilidad desde la dignidad y responsabilidad», en CORBACHO GÓMEZ, J. A. / LEGAZ CERVANTES, F. (Dir.), *Protección Civil y Penal de los Menores y de las Personas Mayores Vulnerables en España*, Aranzadi, Pamplona, 2018, pág. 57.

el mayor que está al cuidado de terceros y carece de medios económicos, por esta razón, precisamente, su atención será inferior a si los tiene y esa carencia determinará su abandono en términos penales, o un trato degradante por tratarse de una persona que supone una incomodidad y se deja de tratarla con la dignidad que merece.

Se han tratado en la rama de Derecho Civil los conceptos de influencia indebida y abuso de influencia: el primero relativo a las declaraciones de voluntad realizadas en beneficio de quien, teniendo bajo su dependencia al mayor, aprovecha esa situación para conseguir, para él u otros, una ventaja que de otro modo no hubiera obtenido; y el segundo concepto de abuso de influencia se concreta en el influjo injusto de otro que aprovecha la confianza en él depositada, la debilidad mental o la angustia de la persona de edad para la obtención de un beneficio.

Estos conceptos, aplicables a contratos, poderes, otorgación de testamentos o entrega de bienes para su administración, entre otros posibles actos de naturaleza civil, pueden, por la influencia indebida y el abuso de influencia, desembocar en actos delictivos cuando medie engaño, extralimitación en las funciones encomendadas o hasta la facilidad que proporcionan para la sustracción de bienes de esas personas sobre las que se realizan funciones de guarda o tutela.

Así, la protección de las personas mayores ante actos delictivos en los que se sirve el delincuente de la vulnerabilidad física, psíquica o el simple deterioro de su capacidad mental por el mero paso del tiempo, puede manifestarse en diferentes esferas, como la física, maltrato, lesiones o trato denigrante; en la esfera patrimonial, puede verse afectado en delitos patrimoniales como la estafa o la apropiación indebida, o, incluso, el delito de hurto o robo, abusando de esa situación de inferioridad; y, finalmente, sin que estemos ante una relación cerrada de delitos, los que afectan a las relaciones familiares, como es el abandono que puede sufrir el mayor.

Es cierto que no hay una previsión legislativa penal de un denominado DP de mayores, o personas vulnerables por edad o discapacidad, sí existen tipos penales que, de alguna manera, se adaptan a las especiales circunstancias o situaciones de personas mayores, o que en esos tipos genéricos o abiertos podemos, mejor dicho, pueden encajarse a las personas mayores vulnerables, pero donde se manifiesta la protección de este grupo social es en las agravantes genéricas, en menor medida, y en las agravantes específicas, en mayor medida, que las veremos al tratar los tipos penales correspondientes.

Entre las agravantes genéricas, nos encontramos con la prevista en el art. 22.2^a CP, de abuso de superioridad, o en la circunstancia 6.^a de ese art. cuando concurre abuso de confianza, que supone el aprovechamiento por parte del agente de la amistad o intimidad que se haya ganado el anterior, que

motiva la rebaja de las barreras de protección del mayor, el que por su edad y merma de facultades psíquicas por el paso del tiempo, unido a no tener una vigorosidad o actitud personal a enfrentarse a situaciones que pudieran serle negativas, cede en la vigilancia de sus asuntos utilizado por la persona que tiene esa relación con él para cometer el delito con una facilidad que, de no tratarse de un mayor vulnerable por razón de edad, le habría supuesto mayores inconvenientes en la ejecución del delito de que se trata, el que no será en caso alguno violento como principio general, pero sí con la utilización subrepticia de medios o métodos que manifiestan la indignidad del agente contra los derechos del mayor.

Por otra parte, el parentesco del art. 23 CP, en cuanto que la acción delictiva la comete un pariente de los que se describen en ese art. agravará la responsabilidad, teniendo incidencia en los delitos patrimoniales, pero atendiendo a la facilidad que proporciona esa relación parental para cometer el delito contra el patrimonio, debe ser considerada esa relación parental como agravante, además con la imposibilidad de aplicar la excusa absolutoria del art. 268.1 CP, que establece que cuando concorra violencia o intimidación, o abuso de la vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad o discapacidad, no será apreciada la exención de responsabilidad citada.

Como manifiestan ALONSO ÁLAMO y JAVATO MARTÍN⁽²⁾, no puede haber un DP exclusivamente dirigido a proteger a un grupo de la población de forma diferenciada e independiente, solventándose parcialmente, al menos, esa deficiencia, si es que lo es, en la creación de agravantes genéricas que potencien como agravación la situación de la víctima o las agravantes específicas en diferentes tipos delictivos, las que recojan la vulnerabilidad de la víctima y, en concreto, de las personas mayores como un plus de responsabilidad por el carácter negativo o más reprochable de la acción del sujeto y por la defensa que merecen los mayores por su debilidad en oponer los resortes necesarios para evitar el delito.

Sin perjuicio de la apreciación anterior, sí se encuentran en nuestro principal texto punitivo diferentes tipos penales que, aunque no específicos para personas mayores, sí lo son de aplicación a éstas de una manera especial porque en las conductas delictivas descritas de forma genérica se halla también de manera ajustada la que puede recaer sobre una persona de edad avanzada y que lesiona sus derechos, además de añadirse en alguna de ellas la agravación de edad, co-

(2) ALONSO ÁLAMO, M. / JAVATO MARTÍN, A. M.^a, «La protección penal de las personas mayores. Cuestiones de técnica legislativa», en JAVATO MARTÍN, M. / DE HOYOS SANCHO, M. (Coords.), *Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico-penal y procesal: conforme a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 39.

mo puede ser el art. 250.1.6.º CP relativo al abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador en el delito de estafa.

Aunque la denominación del cap. que tratamos en esta obra se refiera a los malos tratos a mayores, o a los delitos contra la integridad moral y el abandono, hay otras conductas delictivas que también protegen a aquéllos en materia de delitos patrimoniales como la citada de estafa. En tal sentido, ciertos ataques al patrimonio han sido llamados por BELLO LANDROVE⁽³⁾ como maltrato patrimonial, queriendo reflejar que hay determinadas conductas de abuso económico por terceros que se valen de la proximidad con el mayor y su vulnerabilidad por razón de edad para obtener un beneficio de esa naturaleza, las que no llegan a tener carácter delictivo por existir un consentimiento no viciado del sujeto pasivo, el que acepta la situación porque le es beneficiosa, a pesar del coste que le representa, como puede ser p. ej. el no caer en soledad y estar acompañado de terceros, aunque se aprovechen de esa inclinación del mayor.

Al margen de los delitos de hurto o robo, que pueden ser más fácilmente cometidos sobre mayores, al no prestar la atención debida ante la sustracción no violenta de objetos, o en el segundo delito su oponibilidad a la acción es nula por la agresividad del agente, se encuentra el delito de estafa en sentido propio, en que el engaño a la persona de edad requiere de menos complejidad para conseguir el objetivo propuesto.

Son frecuentes los supuestos de cuidadores de personas mayores que, abusando de esa situación, aprovechan la ocasión para obtener el rendimiento económico a costa de persona mayor. Son ejemplos la STS, Sec. 2.ª, 140/2018, de 22 de marzo, en la que el acusado, en situación irregular en nuestro país, trabajó durante meses como responsable del cuidado de persona mayor de 80 años de edad, que, con ánimo de obtener un beneficio económico ilícito, confeccionó y simuló la firma de éste en un cheque por importe de 2.000 €, haciéndose efectivo en la cuenta bancaria del acusado. O la STS 919/2016, de 7 de diciembre, en la que gestores de residencia de ancianos se aprovechan del deterioro cognitivo de un residente para lograr ciertas disposiciones económicas a su favor.

Observamos que la vulnerabilidad de la persona de edad se patentiza, en mayor o menor medida, en función de la relación del sujeto que se ocupa de su cuidado, o la confianza obtenida por el autor es lo que crea la condición óptima para alcanzar el enriquecimiento que se busca, siempre partiendo de la facilidad que otorga el sujeto pasivo por deterioro intelectual, lo que permite ceder sin oposición a las pretensiones del autor de la estafa.

(3) BELLO LANDROVE, F., «Estafas y apropiaciones indebidas cometidas contra ancianos. Unos apuntes», en JAVATO MARTÍN, M. / DE HOYOS SANCHO, M. (Coords.), *op. cit.*, pág. 197.

II. MALTRATO A LAS PERSONAS MAYORES Y VÍCTIMAS VULNERABLES

En cuanto a lo que entendemos por personas mayores, ya nos hemos ocupado en el apdo. anterior y hemos hecho especial referencia a que las personas mayores pueden ser vulnerables en un tanto por ciento alto, pero no necesariamente una persona de avanzada edad es vulnerable; puede tener ésta su capacidad prácticamente intacta y estar a la altura en lo que se refiere a su disposición para oponerse a la agresividad de un tercero, a una persona de mediana edad, pero también es cierto que, por su posible dependencia o limitación de facultades, entran dentro del ámbito de personas vulnerables por razón de edad y proclives a ser víctimas de malos tratos de obra, físicos o psíquicos, además de lesiones de esas clases por las personas de su entorno, familiares, cuidadores o terceros que, de alguna forma, se hallan en contacto con aquéllas.

El colectivo especialmente vulnerable es el compuesto por personas mayores que sufren una discapacidad, es el prototipo de víctima vulnerable, de los que necesariamente deberemos de ocuparnos, aunque no sea el objetivo de este cap., enfocado al mayor sin más connotaciones, pero es evidente que la persona de edad avanzada diagnosticada de una discapacidad que se halla bajo la guarda de terceros particulares o ingresada en centro geriátrico, o, en su caso, hospitalizada por una enfermedad no permanente física o psíquica, necesita de una especial protección, no sólo administrativa, sino también por vía del DP.

Es evidente que una víctima vulnerable, susceptible de un maltrato en cualquiera de sus niveles o violencia, es el menor tanto cuando se halle en el seno familiar o cuando se encuentre en un régimen de acogida por una familia que no es la biológica, o en un centro destinado a estos fines, protección del menor que está contemplada en una normativa tanto nacional como internacional que se ocupa de una manera pormenorizada de ello, tema que sólo dejamos constancia en cuanto que se trata de personas especialmente vulnerables de las que no nos ocuparemos al quedar al margen de este estudio.

El maltrato a personas mayores, dice VILLAR FUENTES⁽⁴⁾, es una realidad dramática de la sociedad actual, que requiere una especial atención por muchas razones, pero principalmente por dos: la especial condición de vulnerabilidad de la víctima y por la difícil publicidad y repercusión de los mismos. La violencia sobre personas mayores tiene una característica común y es la imposibilidad de defenderse y, aún más grave, de poder denunciarla. El entorno de esta violencia se produce en el ámbito doméstico/familiar, por una parte, y en establecimientos especializados, por otra.

(4) VILLAR FUENTES, I., «Maltrato a personas mayores ¿víctimas vulnerables “olvidadas”?», en BUJOSA VADELL, L. M. / DEL POZO PÉREZ, M. (Dirs.), *Proceso Penal y víctima especialmente vulnerables. Aspectos interdisciplinares*, Aranzadi, Pamplona, 2019, págs. 193-210.

Opiniones o posturas que compartimos plenamente, ya que el maltrato al mayor se lleva a cabo desde una posición de superioridad del autor y de indefensión material de la víctima, que, además, difícilmente se persigue ante las dificultades materiales y de propia convicción que tiene la persona mayor para denunciar esos hechos, que pueden revestir la condición de infracciones penales.

El maltrato a estas personas, según la *Declaración de Toronto* de 2002, a propuesta de la OMS, se define como «(...) la acción única o repetida, o la falta de la respuesta apropiada, que ocurre dentro de cualquier relación donde exista una expectativa de confianza y la cual produzca daño o angustia a una persona anciana.»⁽⁵⁾.

Las clases de violencia o maltrato al anciano pueden ser física, psíquica o sexual, respecto de la última estima COLOMAR PUEYO⁽⁶⁾ que se produce por falta de espacios privados o íntimos, en cuanto que los hijos consideran a sus padres como seres asexuados, ridiculizando y controlando esta faceta de la vida de los ancianos. Sin duda, estas actuaciones de los hijos o de terceros en el ámbito familiar, o no, constituyen un maltrato, cercano al psíquico, pero que no está de más destacarlo desde esa óptica sexual.

Estas formas de entender el maltrato a personas mayores se contemplan más desde un punto de vista sociológico que penal, pero nos pueden servir para centrarnos y como punto de partida para determinar las consecuencias de esta naturaleza, que pueden acontecer cuando el maltrato rebasa la simple dejación o el mero desprecio al mayor y se introduce en algo reprochable que necesita de la intervención penal para reparar la acción que supera lo que es un comportamiento inadecuado.

2.1. Situaciones en las que se causa el maltrato al mayor vulnerable

Mucha es la casuística que pueda acontecer en el devenir diario de una persona mayor vulnerable que motive un maltrato físico o corporal, como el que

(5) ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Declaración de Toronto para la Prevención Global del Maltrato de las Personas Mayores*, 2002, pág. 3. Disponible en: https://www.who.int/ageing/projects/elder_abuse/alc_toronto_declaration_es.pdf?ua=1 [Última consulta: 20 de marzo de 2021]. Por su parte, la Declaración de Almería de 14 de mayo de 1995, que estima como «(...) maltrato todo acto u omisión sufrido por personas de 65 años o más, que vulnera la integridad física, psíquica, sexual y económica, el principio de autonomía, o un derecho individual del individuo; que es percibido por éste o constatado objetivamente, con independencia de la intensidad o el medio donde ocurra (familiar, comunidad, Instituciones).».

(6) COLOMAR PUEYO, G., *Abuso y maltrato al anciano. Análisis y revisión de sentencias judiciales en España*, Universidad Autónoma de Barcelona, 2018, pág. 27. Disponible en: https://ddd.uab.cat/pub/tesis/2018/hdl_10803_666718/gcp1de1.pdf [Última consulta: 20 de marzo de 2021].

pueda acontecer en sus propios domicilios por sus familiares o personal profesional que se encargan de su custodia y cuidados, o en centros o residencias de mayores y, en su caso, en hospitales o clínicas que se ocupan de mayores, tanto si tienen patologías físicas como en los supuestos de enfermedades mentales que suponen una situación más grave, puesto que al deterioro propio de la edad se une un padecimiento mental que supone un internamiento ininterrumpido en lugar en que está internado.

Nos centramos en residencias de mayores, con o sin una patología mental declarada o de hecho, en que, por el elevado número de personas internadas y el déficit de medios personales para su cuidado, se acude a sistemas de contenciones, o, dicho más vulgarmente, a utilizar ataduras durante periodos normalmente nocturnos, en que, por no existir cuidadores que se hallen en vigilia durante esas horas de sueño, se acude a las contenciones para evitar que puedan caerse, levantarse o realizar otra actividad que por la edad no controlan mentalmente o no pueden realizarlas físicamente sin ayuda de terceros.

Planteamos, así, el hecho de si el uso de contenciones es legítimo, y, si lo es, qué límites tiene, además de qué consecuencias puede tener desde el punto de vista penal esa utilización indebida o desviada de estos sistemas de contención, ya que ello puede afectar directamente a derechos fundamentales como la libertad del individuo y al respeto a la dignidad de la persona, pudiendo dar lugar a la comisión de un delito de maltrato, excepcionalmente a un delito de lesiones y, en su caso, también a un delito contra la integridad moral, que, por otra parte, éste puede ser de aplicación únicamente cuando no hay atentado a la integridad física o compatibles cuando, además del maltrato previsto como delito o el de lesiones, se une ese atentado a la dignidad de la persona afectada, que conlleva, como luego veremos, un delito autónomo contra la integridad moral del mayor.

En este sentido, para determinar el alcance delictivo o no del uso de las contenciones, el CBE ha elaborado las llamadas *Consideraciones éticas y jurídicas sobre el uso de contenciones mecánicas y farmacológicas en los ámbitos social y sanitario*⁽⁷⁾ con las correspondientes recomendaciones que seguidamente resumimos:

— Sólo se deben instaurar las imprescindibles, antes de llegar a indicar las contenciones se deben buscar alternativas, debiendo estar protocolizados, siendo competencia exclusiva del facultativo, tanto físicas como farmacoló-

(7) COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, *Consideraciones éticas y jurídicas sobre el uso de contenciones mecánicas y farmacológicas en los ámbitos social y sanitario*, 2016. Disponible en: <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20Contenciones-CBE.pdf> [Última consulta: 20 de marzo de 2021].

gicas. No obstante, si en el momento de decidir la contención mecánica, y siendo una situación de urgencia, no se puede contactar con el médico, el personal de enfermería podría iniciar el procedimiento comunicándolo al médico con la menor demora posible.

— De acuerdo con los principios éticos universalmente establecidos y con el reconocimiento de los derechos de los pacientes y usuarios, es preciso que la asistencia se dé con humanidad y con compasión, sin que pueda conducir a la discriminación de la persona por parte del personal que la atiende.

— Las contenciones se aplicarán sólo el tiempo estrictamente necesario y siempre se hará de forma proporcional, garantizando el bienestar de la persona contenida y con las precauciones necesarias para causarle el mínimo daño, debiendo todo ello ser registrado en la HC o documento equivalente.

— Ante una muerte o una lesión grave producida en el contexto de una contención, la organización debe realizar un análisis sistemático, integral e inmediato a fin de dar una respuesta con propuestas de cambio en los protocolos de actuación; cualquier contención, como intervención médica que es, exige siempre el consentimiento previo del paciente, excepto en dos situaciones: que exista un riesgo para la salud pública, o que nos hallemos ante una urgencia vital y, además, simultáneamente, se dé la circunstancia de que el paciente no esté en condiciones de poder tomar decisiones. Fuera de estos supuestos, la intervención debe ser consentida por el paciente, o, en caso de incapacidad, debe de ser prestado el consentimiento por su representación legal.

— El CI de una contención debe ser, en todo caso, por escrito cuando vaya a utilizarse más allá de un episodio agudo motivado por un riesgo vital urgente, por considerar que nos encontramos ante procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de previsible y notoria repercusión sobre la salud del paciente y atentan contra derechos fundamentales de las personas como la libertad, y contra principios y valores como la dignidad y la autoestima, entrañando, además, riesgos físicos y psíquicos.

— El CI debe ser explícito para la situación y en el mismo momento en el que se va a tomar la decisión, no considerándose válidos los consentimientos genéricos ni los diferidos en el tiempo.

— En excepcionales casos en los que no se exige consentimiento previo, se solicitará, con la mayor celeridad posible, el consentimiento si esta medida debiera persistir en el tiempo, siendo obligatoria la comunicación judicial ante discrepancia o rechazo del paciente o de sus representantes legales, guardador de hecho o familiares antes de llegar a dar un alta forzosa. Pueden quedar exentas de solicitar inicialmente el consentimiento informado las situaciones asistenciales que conlleven un riesgo vital urgente, pero

siempre que sea posible se debe informar a los familiares o acompañantes de la necesidad de aplicar esta medida, solicitando el consentimiento para la misma por escrito y asegurando que el paciente participe, en la medida de lo posible, en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.

— Es frecuente que los pacientes sean personas con discapacidad, por lo que se les ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del «diseño para todos», de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento.

Vistas estas recomendaciones, asumidas por la FGE como órgano encargado de la defensa de las personas mayores y discapaces o, mejor expresado, con la capacidad modificada, si son respetadas y se llevan a cabo en las situaciones y con las prevenciones citadas, no deben motivar la comisión de delito alguno de las modalidades citadas, pero, cuando se traspasan esos límites y se hacen sin justificación alguna, pueden motivar el delito de trato degradante, en su caso maltrato o lesiones, e incluso un delito de detención ilegal según las circunstancias concretas del caso, delitos que veremos al tratarlos en los que pueden encajar estas formas de trato a los mayores, tengan o no la capacidad modificada.

En cuanto al delito de detención ilegal, sólo una referencia a propósito de las contenciones que tratamos, ya que no parece que sea algo extraordinario el que el tipo básico de detención ilegal del art. 163.1 CP se concrete en una privación de libertad en una persona mayor con la que se convive familiarmente, estándose ocupada de ella permanentemente, o por personas que contractualmente, o incluso de manera voluntaria, están al cuidado de ella en centros públicos o privados.

En cuanto a la protección de la libertad de los mayores, DE COUTO GÁLVEZ⁽⁸⁾ estima que lo que realmente es el bien jurídico objeto de este delito que se pretende defender es la facultad de abandonar un lugar en el que no se quiere estar, y no tanto la libertad de deambulación del mayor ni la posibilidad de fijar por sí mismo el lugar en el espacio; por ello, cuando simplemente no se deja abandonar al mayor vulnerable el lugar donde se halla sin causa de justificación jurídica, se cometerá el delito de detención ilegal, ya que la edad, y si no existe modificación de la capacidad que afecte o limite la autonomía de sus decisiones, el tipo penal será plenamente aplicable, aunque se pueda privar de libertad bajo un mal entendido sentimiento de protección del mayor.

(8) DE COUTO GÁLVEZ, R. / MIRAT HERNÁNDEZ, M.^a P. / ARMENDÁRIZ LEÓN, C., *La protección jurídica de los ancianos. Procedimiento de incapacitación e instituciones tutelares que los protegen. El internamiento involuntario y su incidencia penal*, Colex, Madrid, 2007, pág. 117.

2.2. Protección penal ante el maltrato de personas mayores vulnerables

Desde el punto de vista de las acciones penales que se encuentran tipificadas en nuestro principal texto punitivo, que tienden a proteger a los sujetos que tratamos, nos encontramos dos delitos de los que nos ocuparemos seguidamente, como es el delito de maltrato en sentido estricto, es decir, aquel que conlleva una agresión física o psíquica del sujeto pasivo que no motiva lesión, tanto como delito leve, es decir, con una primera asistencia médica, sin tratamiento médico o quirúrgico, como la agresión de esas formas o la que atenta a la salud, que conlleva ese tratamiento médico o quirúrgico que supone una conducta más grave para el mayor.

No podemos olvidar que la protección de la vida, próximo y de mayor gravedad a la integridad corporal, también se contempla con una connotación específica para los mayores. Así, en el art. 140.1.1.^ª CP se prevé como una agravación del homicidio o el asesinato, con pena de prisión permanente revisable, cuando la víctima sea una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad, en cuya primera expresión se encuentran las personas mayores con la condición de vulnerables en el sentido antes expuesto, lo que nos parece de lo más adecuado posible en la defensa del mayor que, ante una agresión vital, no tiene la necesaria capacidad para repelerla, por tanto, por la mayor facilidad que supone el perpetrar la muerte, concurriendo en el asesinato necesariamente algunas de las circunstancias que lo cualifican, y más fácilmente apreciable en el homicidio al no poder entrar en colisión esta agravación con la alevosía, que dificultaría aplicar la agravación de vulnerabilidad por edad por el principio *non bis in idem*.

A) *Maltrato a personas mayores en sentido estricto*

La protección penal ante el maltrato de personas mayores se encuentra en nuestro vigente CP en diversas normas como el art. 147.3 CP, golpear o maltratar a otro sin causar lesión; el art. 153.1 CP, cuando se causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apdo. 2 del art. 147, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, conducta que se transforma de lo que sería un delito leve a un delito menos grave cuando la víctima sea una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor; o el art. 173.2 CP, que sanciona el ejercicio de violencia habitual física o psíquica sobre ascendientes u otras personas dentro del ámbito familiar que sean mayores, y, en especial, se protege a las personas que, por su especial vulnerabilidad, se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

Como maltrato aplicable especialmente a las personas mayores, podemos apreciar que lo será toda acción u omisión dirigida a una persona de avanzada en edad que evidencia un deterioro de sus facultades físicas o psíquicas por el

transcurso del tiempo, a la que se le causa un daño apreciable en su integridad física o psíquica y que le produce un sufrimiento apreciado externamente.

Dejando de lado los malos tratos familiar o doméstico, el institucional o el inmobiliario, nos centraremos en el maltrato físico y psíquico en cualquier ámbito, que es, precisamente, el que puede encajar en las normas del CP que hemos enunciado.

Así, el citado delito leve de lesiones del art. 147.3, que castiga al que golpear o maltratare de obra u otro sin causarle lesión, introducido en el CP por LO 1/2015 de 30 de marzo, el que afirma TAMARIT SUMALLA⁽⁹⁾ es una excepción más, como el art. 153 CP, de incluir en el cap. de las lesiones conductas que no causan lesión, siguiéndose una sistemática poco adecuada al *nomen iuris* del grupo de delitos que deben integrar el cap. de las lesiones, pero entendemos que es lugar sistemático y atendiendo al bien objeto de protección donde deben ubicarse.

El maltrato que tratamos puede ajustarse a un acto agresivo a la víctima consistente en un empujón, patada o golpe, siempre con contacto físico, sin que llegue a necesitar el sujeto primera asistencia; por tanto, no hay lesión, pero repercute en su integridad física de una manera muy leve, pero suficiente para que tenga relevancia penal, excluyéndose el maltrato psíquico. El tipo no contempla una modalidad o agravación cuando la víctima sea una persona mayor vulnerable, pero es obvio que, cuando lo sea, su aplicación estará tan justificada o más que si se tratase de otros sujetos pasivos, requiriéndose para su perseguibilidad que se presente denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, y si tuviese su capacidad modificada, sería éste el que iniciaría la acción penal, pudiendo hacerlo el Fiscal en defensa de las personas que no pueden valerse por sí mismas.

El segundo supuesto de maltrato al mayor se halla en el 153.1 CP cuando castiga al que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apdo. 2 del art. 147, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, motivando que la conducta que sería un delito leve pasase a un delito menos grave cuando la víctima sea una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor; por tanto, en el precedente art. mencionado no se exigía la condición del sujeto pasivo de persona especialmente vulnerable y, además, que conviva con el autor.

Esta norma sí expresa una resuelta protección de las personas mayores vulnerables cuando son sujetos de maltrato, de lesión, física o psíquica, sin necesidad

(9) TAMARIT SUMALLA, J. M.^a, *Comentario a la Reforma Penal de 2015*, Aranzadi, Pamplona, 2015, pág. 347.

de tratamiento médico o quirúrgico para su curación, teniendo que ser mayores que tienen disminuida su capacidad física o psíquica por el paso del tiempo y que ello, además, le suponga una limitación en su capacidad de oposición a la agresividad exterior, y, por otra parte, es necesaria que esa persona conviva con el autor, lo que conlleva estabilidad en una habitabilidad común que, además, favorece el maltrato.

Las conductas citadas pueden ser tipificadas de otro delito, como el previsto en el art. 153.2 CP cuando la persona mayor es de las previstas en el art. 173.2 de esa norma, de las que destacan las sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados por su especial vulnerabilidad, estando la verdadera naturaleza de la protección del mayor, en este caso, por un delito menos grave en su vulnerabilidad al estar internado en un centro de los citados, siempre en régimen de internamiento, a lo que se pueden asimilar las personas que llevan a cabo una estancia de día completo menos su pernoctación porque internamiento no puede ser sólo cuando se está todo el día bajo los cuidados de terceros, sino también cuando esa ocupación del mayor lo es durante muchas horas al día, lo que, en definitiva, supone un internamiento o sujeción a las normas del centro, que, en definitiva, se puede denominar internamiento de día.

Por último, en este apdo. del maltrato al mayor en el sentido que tratamos se encuentra el delito previsto en el art. 173.2 CP, que posibilita la más decidida protección a los mayores en el ámbito del maltrato como es la denominada violencia habitual, castigándose cuando se ejerce violencia física o psíquica de forma reiterada, que supone, además de los actos agresivos de ambas naturalezas, un menoscabo moral de la persona que los sufre, el que sólo será de aplicación si entre el sujeto activo y la persona mayor concurre alguna de las relaciones familiares o análogas que describe esa norma, o sometida aquélla a custodia o guarda en centros públicos o privados por su especial vulnerabilidad, protegiéndose al mayor vulnerable ante la habitualidad del maltrato, en el que podemos encajar sin duda cuando se le somete a las contenciones fuera de las recomendaciones que antes hemos expuesto y, sobre todo, cuando se abusa de ellas y se le causa al sujeto pasivo un sufrimiento que se compatibiliza de forma extraordinariamente diáfana en la norma penal que tratamos.

De este art. se puede concluir que, si no aparece la vinculación familiar entre agresor y víctima y la violencia física o psíquica se desarrolla fuera del ámbito de los centros antes aludidos, no será de aplicación el art. 173.2 CP al faltar los presupuestos típicos que éste exige, en cuyo caso esas conductas se castigarán como delitos leves de maltrato de obra en la agresiones físicas, siendo de difícil encaje el maltrato psíquico, que tampoco tendría cabida en la vejación injusta a que se refiere el propio art. 173.4 CP al faltar la habitualidad ni en las injurias del art. 208 pfo. 2.º CP al no tener la conceptualización de injurias graves que exige esa norma como imperativo.

Nos parece oportuno *de lege ferenda*, en cuanto a la agresión al mayor, que cuando no lo sea por algún familiar aludido en la norma o fuera del centro público o privado, o cuando no conviva con el autor, tuviera, en todo caso, el efecto agravatorio de pasar de delito leve a delito menos grave con la correspondiente penalidad, o en los supuestos de habitualidad también el añadir en el art. 173.2 CP que sea también abarcada la tipificación toda persona con especial vulnerabilidad; con ello, se extendería el ámbito de protección de los mayores a la situación objetiva en la que se encuentran y que, además, facilitaría la comisión del ilícito penal básico de golpear o maltratar de obra o de causarle lesión, siempre como delito menos grave, y no como leve, o, en su caso, castigando la habitualidad a pesar de no concurrir la relación familiar o el internamiento en centros público o privados.

B) *Lesiones a personas mayores*

Los delitos de lesiones, incluidos los ya tratados relativos al maltrato, tienen en el ámbito que nos movemos una vertiente de protección del mayor que comienza por el delito de lesiones previsto en el art. 147.1 CP, que comprende en este tipo básico las lesiones con primera asistencia médica y tratamiento facultativo o quirúrgico, que se completa en su apdo. 2 al castigarse al que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no incluida en el apdo. anterior, es decir, las lesiones de primera asistencia exclusivamente; por tanto, las agresiones dolosas a mayores serán castigadas por estas vías sin que la condición o circunstancias personales de la víctima tengan relevancia a la hora de la aplicación de estos tipos de lesiones menos graves y leves, pero, cuando se trate de lesiones a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor por la vía del art. 148.5.º CP, y sólo para las causadas que encajen en el citado art. 147.1 CP, se agravará la pena.

Esta agravación sí tiene una finalidad clara de defensa de las personas mayores que se hallen en situación de vulnerabilidad, que tienen una especial o acusada indefensión por las condiciones físicas y psíquicas en las que se encuentran, y ello favorece el éxito de la agresión, subtipo agravado que, como afirma MARTÍNEZ GARCÍA⁽¹⁰⁾, no sólo se dirige a la protección de los mayores especialmente vulnerables, sino a todos los que puedan encontrarse en peligro por las condiciones intrínsecas que concurren en ellos, como menores o personas con la capacidad modificada, o, incluso, las que carecen de un sentido que hace que sean más frágiles ante esos ataques sobre su integridad física o psíquica.

(10) MARTÍNEZ GARCÍA, A. S., en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2.ª Ed., Lex Nova, Valladolid, 2011, pág. 595.

La agravación necesita de la convivencia del autor con la persona mayor especialmente vulnerable, lo que significa que esa agresión al sujeto que tratamos en otras condiciones espaciales o de simple relación sin convivencia impiden la apreciación del tipo agravado. El sentido de la agravación es obvio respecto a los mayores, puesto que, si éstos se hallan en una situación de convivencia familiar o aceptada por terceros y el mayor supone una carga, los convivientes tenderán a no comportarse con el respeto y consideración que merecen, llegando a la agresión que se facilita por la especial vulnerabilidad del sujeto pasivo.

Una de las pocas resoluciones sobre esta materia es la STS, Sec. 2.^a, 477/2009, de 10 de noviembre, que castigó por el delito de lesiones del art. 147.1 CP las causadas a persona mayor con dos ingresos hospitalarios como consecuencia de privación alimenticia, grave desnutrición, deshidratación y atrofia muscular, producidos por la mujer que tenía en su domicilio a la víctima y que recibía una cantidad importante de dinero por ello, siendo responsable de su salud la que conscientemente dejó de dar el sustento acordado, motivando unas lesiones propias de primera asistencia y tratamiento médico.

Las lesiones pueden perpetrarse en la persona del mayor vulnerable mediante la comisión imprudente con categoría de grave o menos grave, conforme a lo previsto en el art. 152 CP, en que aquellas se producen por la negligencia de las personas que tienen el deber de cuidado, que pueden ser familiares, cuidadores o personal sanitario de los centros donde puedan encontrarse, en definitiva porque son garantes de su integridad física o psíquica o su salud, y ese incumplimiento de las responsabilidades que les corresponden motivará el sustento legal para su atribución como partícipes del delito.

No podemos pasar por alto en este momento de pandemia las lesiones por contagio imprudente que se pueden causar a las personas de edad que tienen su domicilio en las residencias de la llamada tercera edad, públicas o privadas.

En este sentido, el contagio que se le puede causar es de una grave enfermedad, siendo aplicable el art. 149.1 CP, ya que el *COVID-19* es una enfermedad que produce fiebre, cansancio general, tos seca, congestión nasal, dolor de garganta, además de infección respiratoria con necesidad de respiración asistida, y su curación puede causar las secuelas de depresión o atrofia muscular con cierta permanencia, además de peligro concreto para la vida, lo que obliga a catalogarla como de grave enfermedad para los pacientes que la contraen, pues, siendo lo relevante que puede afectar a los pulmones, pudiendo impedirles cumplir su función respiratoria, e incluso si la enfermedad no se manifestase con agresividad, siempre existiría el riesgo de aumentar sus efectos perniciosos.

El contagio puede ser doloso o culposo por el sujeto que es portador de la enfermedad: podrá generar responsabilidad penal en los términos que se pre-

vén en los arts. 149.1 CP en acción dolosa, y si la conducta es culposa, en lo previsto en el art. 152.1.2.º con remisión en cuanto al resultado recogido en el art. 149.1, si la imprudencia del sujeto es grave, o al art. 152.2 pfo. 1.º CP si la negligencia del sujeto es menos grave.

En caso de que el contagio fuera por una imprudencia leve causada por el personal sanitario o de asistencia al centro que, conociendo su enfermedad y su carácter transmisible, simplemente da la mano o un abrazo a una persona mayor allí internada sin realizar otra conducta adicional que pudiera elevar las posibilidades de contagio, siendo ésta actividad del sujeto que padece el *COVID-19* nada más que un acto de cercanía al mayor con ánimo de causarle un bienestar, que bien es cierto que lleva un componente de negligencia, pero tan escaso que sólo llega a la levedad y, con ello, a la atipicidad por decisión del legislador al regular las lesiones por imprudencia sin incluir estas conductas leves.

Ni que decir tiene que el caso fortuito carecería de responsabilidad criminal porque en el contagio no existen más que unas causas ajenas al personal citado, impidiendo la respuesta penal en todo caso.

III. DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL

Debemos de partir del art. 15 CE, que establece: «Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. (...)», siendo la última parte de esta norma la que da viabilidad a los delitos que nos ocupan contra la integridad moral, motivando que en el CP de 1995 apareciera el T. VII del L. II «De las torturas y otros delitos contra la integridad moral», constituyendo los últimos una novedad en el citado Código, no así las torturas que se habían introducido por Ley 31/1978, de 17 de julio, en el precedente texto punitivo de 1973, las que son sustancialmente diferentes en su morfología a los delitos contra la integridad moral al ser perpetradas por autoridad o funcionario público con unas finalidades muy concretas, distintas a los otros delitos que conforman el T. citado del CP.

Después de la entrada en vigor del CP de 1995, estos delitos contra la integridad moral han sufrido algunas reformas al incluirse el denominado acoso laboral o funcional y el acoso inmobiliario por LO 5/2010, el maltrato habitual en el ámbito doméstico por LO 11/2003 y las injurias o vejación injusta en ese mismo ámbito por LO 1/2015, no siendo modificado el delito de trato degradante, que se mantiene igual a su redacción originaria en el CP de 1995, posiblemente motivado ello al describirse una conducta de forma amplia y con altos valores de respeto al individuo, que no ha necesitado de una actualización, sí siendo finalmente dentro de este T. modificado el art. 177 sólo en lo concerniente a la eliminación de la referencia a las faltas, que, como es sabido, se suprimieron por la última LO citada.

En el T. que tratamos se redactan, al menos, cuatro delitos contra la integridad moral que afectan a las personas mayores, como el relativo a su integridad moral en sentido estricto previsto en el art. 173.1 CP; el denominado acoso inmobiliario del pfo. 3.º de ese art., que tanta casuística ha generado no sólo desde el ámbito penal, sino también del Derecho Civil; el maltrato habitual recogido en el art. 173.2 CP, al que antes no hemos referido de manera parcial; y, por último, el delito leve de injurias o vejaciones injustas, de nueva redacción y sustitutivo de la falta de esa naturaleza, que también se adentra en la lesividad de los derechos de los mayores.

En todos los delitos contra la integridad moral se protege, dice la STS, Sec. 2.ª, 157/2019, de 26 de marzo, un valor autónomo, independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad o al honor, radicando en la necesidad de proteger la inviolabilidad de la persona desde el punto de vista de su dignidad como un atributo de toda persona y, precisamente, la imposición de una acción degradante o humillante es lo que vulnera la dignidad personal del sujeto atacado, completándose esta idea que lo que se pretende con la tipificación de estos delitos es reafirmar que el ser humano es siempre un fin en sí mismo, sin que quepa «cosificarlo», circunstancia que obliga a distinguir los simples ataques a la integridad física o psíquica de aquellos otros con repercusión directa en la dignidad humana, como así lo expresa la STS, Sec. 2.ª, 420/2016, de 18 de mayo, o la 620/2019, de 12 de diciembre.

No podemos olvidar que el maltrato a mayores y, en general, a cualquier persona no puede equipararse o identificarse a un delito contra la integridad moral, sin perjuicio que, de coincidir, puedan pensarse separadamente conforme a las prescripciones del art. 177 CP, admitiéndose el concurso real de delitos siempre que el maltrato sea parte inescindible del delito contra la integridad moral, en cuanto que éste es el propio contenido del delito, p. ej., del trato degradante, concurso que se mantendrá cuando el resultado de esa acción contra la integridad moral motive lesiones de cualquier clase, excluidas las del art. 147.3 CP, golpear o maltratar a otro sin causar lesión, o delitos contra la libertad o libertad sexual.

Como decíamos, no es equiparable el maltrato al mayor con el delito contra la integridad moral porque el primero atenta a la integridad física sin otra connotación; en cambio, el segundo protege la dignidad de la persona, el no ser tratada como una cosa, con desprecio a lo que es consustancial con la naturaleza del individuo como persona.

3.1. Trato degradante

Por trato degradante, desde el punto de vista doctrinal, ha de entenderse el comportamiento que puede crear en la víctima un sentimiento de terror, de angustia y de inferioridad susceptible de humillarla, de envilecerla y de que-

brantar, en función de las circunstancias, su resistencia física o moral, siendo castigado penalmente, conforme al art. 173.1 CP, «El que infringiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral (...)».

El sujeto activo de la acción criminal puede ser cualquier persona, sin exigirse el ejercicio de una determinada actividad o condición individual, incluso descartándose a la autoridad o funcionario público cuyos atentados a la integridad moral de una persona cuando, abusando de su cargo, den lugar, por aplicación del art. 175 CP, a un tipo autónomo al de trato degradante, que este art. es de aplicación cuando existe un trato degradante por una autoridad o funcionario público a un ciudadano ajeno a la función pública, no cuando los sujetos pasivos están en el ámbito funcional de la autoridad o funcionario público, en cuyo caso será apreciable el art. 173.1 pfo. 1.º CP.

La STS, Sec. 2.ª, 1218/2004, de 2 de noviembre, respecto de las personas mayores afirma que son susceptibles de padecer este trato degradante por su vulnerabilidad a manos de quienes quieren envilecerlas por esa situación de vulnerabilidad, dándoles un trato en su vida cotidiana que afecta gravemente a su esfera moral o intelectual y que motiva una degradación encajable en el citado art. 173.1 pfo. 1.º CP.

Dice JAVATO MARTÍN⁽¹¹⁾, sobre el trato vejatorio a ancianos en ámbito de residencias o centros donde desarrollan su vida, que no puede catalogarse de internamiento a sujetos con la capacidad modificada judicialmente cuando se lleva a cabo un trato vejatorio mediante inmovilizaciones, ausencia de higiene cuando necesiten ayuda en esta parcela de su vida, deficiente alimentación o, en su caso, propinar golpes o patadas con la intención simplemente de denigrarlos.

En este sentido, la STS, Sec. 2.ª, 137/2008, de 18 de febrero, aprecia trato degradante cuando se encierra a una mujer de 80 años con avanzado estado de senilidad en un trastero de un cortijo, impidiéndole relacionarse con terceros y con carencia de las mínimas condiciones de habitabilidad e higiene, situación que puede calificarse de grave menoscabo a la integridad moral.

Lo relevante del delito es infringir a otro un trato degradante, que produce el elemento necesario del tipo penal de alcanzar un menoscabo en la integridad moral de sujeto pasivo; así, la acción o acciones del autor que se proyectan en éste, físicas o psíquicas, de contenido necesariamente vejatorio u ofensivo, deben producir un quebranto de la integridad moral, entendida como un atentado a la dignidad de la persona o tratarla como si fuese una cosa.

(11) JAVATO MARTÍN, M., «El maltrato sobre las personas mayores. Perspectiva jurídico penal», en JAVATO MARTÍN, M. / DE HOYOS SANCHO, M. (Coords.), *op. cit.*, pág. 113.

Sobre esta cuestión, la STS, Sec. 2.^a, 196/2017, de 24 de marzo, aprecia que este tipo delictivo es de mera actividad por cuanto los términos expresados describen en su conjunto la conducta típica, de forma que no se trata de que el menoscabo de la integridad moral sea consecuencia del trato degradante, sino que el trato degradante será delictivo siempre que menoscabe gravemente la integridad moral de la persona.

Por su parte, la STS, Sec. 2.^a, 157/2019, de 26 de marzo, condena al sujeto activo que teniendo una relación sentimental con la víctima, persona diagnosticada de tetraparesia espástica, con un coeficiente intelectual límite y una minusvalía del 98% que la incapacita para las actividades básicas de la vida cotidiana, la obliga a estar de rodillas largo tiempo con la excusa de ponerla derecha, dado que por su minusvalía no podía hacerlo e incluso le intentaba poner recta la mano que, por su enfermedad, estaba torcida, le corta el pelo como castigo por mirar a otro hombre y le baña, al menos, dos veces con agua fría en invierno, vertiéndole en la ducha agua muy caliente, quemándole la piel, sumergiéndola a la fuerza en el agua, conducta que, aunque no recae sobre una persona mayor, sí lo es respecto de un sujeto especialmente vulnerable, equiparable en buena parte a un mayor que tiene limitadas sus capacidades como consecuencia de la edad.

3.2. Acoso inmobiliario

Su tipificación se halla en el art. 173.1 pfo. 3.º CP consistente en actuar «(...) de forma reiterada lleve a cabo actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda.».

Esta modalidad de delito contra la integridad moral puede incidir directamente en personas mayores vulnerables cuando el autor tenga como fin la acción de expulsar de la vivienda a aquéllos que, por cuestiones de alquileres que no son rentables a sus propietarios, o persigan la demolición o rehabilitación de los edificios donde aquéllos, tienen su domicilio debido a la revalorización de zonas urbanas donde residen mayores.

El acoso inmobiliario, dice HERRERA MORENO⁽¹²⁾, llamado asedio inmobiliario, está integrado en el círculo del acoso moral, y la ofensividad de la conducta ha de centrarse, más que en la afectación de la voluntad, en la erosión moral de la víctima con la intención de expulsar al mayor de su domicilio por las razones indicadas o por otras incluso más crueles como familiares que pretenden ese

(12) HERRERA MORENO, M., «Ancianidad y vivienda: notas sobre la evolución del tratamiento jurídico-penal del asedio inmobiliario», en JAVATO MARTÍN, M. / DE HOYOS SANCHO, M. (Coords.), *op. cit.*, pág. 217.

objetivo, llevando al mayor fuera de su entorno, supuestos de hacerse con la vivienda y la persona de edad es llevada a un centro de personas de esa edad.

Se presenta esta modalidad delictiva cuando hay intromisiones en la vida privada, vejaciones, insultos personales o telefónicos, destrucción de bienes de escaso valor, como un buzón de correos, encaminadas a humillar a las víctimas, infundiéndoles una inseguridad personal que les hacen decidir tanto abandonar la vivienda que constituye su domicilio como zafarse de esa situación que les crea miedo y desasosiego, objetivo que no será necesario que concurra, siendo suficiente que ese sea el propósito del autor y que exteriorice la conducta descrita anteriormente.

Acontece en el ámbito del Derecho Civil una forma de atacar a la vivienda de las personas mayores que están en régimen de alquiler con rentas bajas, cual es el interponer una demanda de desahucio cuando el inquilino mayor, por diferentes razones, como cuando carece de medios económicos o se desorienta en el pago de la renta, o se la encarga a un tercero que voluntariamente la desatiende, en el que el demandante, propietario o su administrador, oculta en la demanda el domicilio del arrendatario, que puede estar temporalmente con parientes, para que sea tramitado en rebeldía y así conseguir el desahucio y obtener alguno de los fines que antes hemos citado, motivando esta estrategia maliciosa una demanda de revisión por maquinación fraudulenta como uno de los motivos de revisión civil del art. 510.1.4.º LEC que, cuando prospera, da lugar a la nulidad del juicio de desahucio y se ofrece la oportunidad al mayor privado de su vivienda a crear la contradicción exigible en todo proceso judicial que se le negó.

Por último, una figura relacionada con la que tratamos es las llamadas coacciones inmobiliarias previstas en el art. 172.1 pfo. 3.º, que se castiga cuando «(...) la coacción ejercida tuviera por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda.», puesto que ambas figuras, una con violencia o con fuerza en las cosas que también se admite en las coacciones, y otra con actos hostiles o humillantes, tienen la finalidad de privar a una persona de la utilización de lo que es su domicilio, sin que sea preciso que tal objetivo se alcance, sin que esa conducta, a diferencia del acoso inmobiliario, suponga o conlleve actos de humillación a la víctima, conducta que, por la especial sensibilidad y situación de indefensión, puede llevar también en personas mayores a apartarlas del uso de su vivienda, pero que no está incluida dentro de los delitos contra la integridad moral.

3.3. Maltrato habitual

Ya hemos hecho referencias en los delitos de maltrato y de lesiones al de maltrato habitual del art. 173.2 CP, y, por lo que se refiere a personas mayores, podemos decir que su protección procede por el hecho de ser ascendientes del

autor y por tratarse de personas que, por su especial vulnerabilidad, se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

La habitualidad es la especialidad en cuanto a lo antes expuesto; a propósito de otros delitos, se encuentra en, teniendo un desvalor mayor que otras acciones por su habitualidad, la repetición admitida de, al menos, en tres ocasiones para poder tener como acreditada la aplicación de esta norma. Además, los hechos delictivos se pueden concretar en violencia física o psíquica, que pueden combinarse y llegar a suponer una denigración o humillación de la persona mayor que, cuando está sujeto a un régimen de internamiento en centro público o privado para hacer efectiva su guarda y custodia, le hacen más vulnerable al hallarse en una posición de inferioridad respecto de las personas que ejercen esas labores de cuidado del mayor; en cualquier caso, la habitualidad, en cualquiera de las posibilidades del art. 173.2 CP, crea un desgaste en el mayor, que debe ser reprendido de la manera más contundente posible por la vileza del sujeto activo y por desvalor de la acción contra una persona indefensa.

El Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala, Sec. 2.^a, TS de 21 de julio de 2009 afirma que el tipo delictivo del art. 173.2 CP exige que el comportamiento atribuido sea activo, no siendo suficiente el comportamiento omisivo; sin perjuicio de ello, es sancionable penalmente, conforme a dicho precepto, quien contribuye a la violencia de otro, no impidiéndola pese a encontrarse en posición de garante, siendo de aplicación a este efecto el art. 11 CP.

3.4. Delito leve de injurias o vejaciones injustas

La reforma del CP por LO 1/2015 incluye el art. 173.4 CP, delito leve de injurias o vejaciones injustas dirigidas a alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2 CP; constituye el primer art. citado una excepción a la atipicidad de todas las injurias que no sean tenidas en el concepto público de graves, como así se prescribe en el art. 208 pfo. 2.º CP al disponer que solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias sean tenidas en el concepto público de graves.

Son injurias los insultos o atribución de comportamientos que, en el concepto público, se tienen como denigrantes o que afectan al buen nombre o crédito de la persona a la que van dirigidas, protegiendo el honor, significando las vejaciones injustas los actos de desprecio o denigración moral de la persona, sin llegar a ser graves, afectando a la dignidad, tienen la dimensión, en lo que ahora se refiere, cuando el sujeto pasivo sea un ascendiente, en todo caso, o personas de las que en el art. 173.2 CP se relacionan, pero exclusivamente en cuanto se refiere a personas mayores cuando, por su especial vulnerabilidad, se encuentren sometidas a guarda y custodia en centros públicos o privados, como así lo hemos venido exponiendo al referirnos a esa norma.

La perseguibilidad que establece el art. 173.4 pfo. 2.º CP se refiere a las injurias solamente que lo serán mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, lo que puede interpretarse que el requisito de perseguibilidad se refiere exclusivamente a la injuria, y no a la vejación injusta, lo que podría justificarse por su íntima vinculación con los delitos contra el honor, en los que se exige la presentación de querrela al tratarse de un delito privado conforme al art. 215 CP.

De lege ferenda, sería conveniente añadir en el texto del art. 173.4 CP la cuestión sobre la protección generalizada de las personas mayores que, por su situación o circunstancias, sean conceptuadas como vulnerables, no limitando esta defensa a cuando estén internadas en centros públicos o privados, lo que restringe notablemente el amparo del mayor.

IV. ABANDONO

El concepto de abandono a personas mayores vulnerables que es objeto de este estudio puede limitarse exclusivamente a las que tienen esta condición sin más connotaciones que no sean las propias de la edad, con las limitaciones que ello produce, o, las que, siendo mayores, tienen, además, una modificación de la capacidad o discapacidad que necesitan de una atención determinada por esa doble condición de mayor y discapaz.

Hacemos de principio esta distinción porque, si lo que pretendemos es exponer la protección penal que se le dispensa a esas personas, el CP distingue entre lo que es el abandono a mayores por las personas obligadas a atenderlas, art. 226.1 CP, de las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, arts. 229 y 230 CP; aunque hay que aclarar necesariamente que tanto en el primer supuesto como en el segundo el CP no menciona a las personas mayores vulnerables, pero es evidente que se hallan incluidas en ambos casos y, por tanto, debemos abordar esas dos opciones, aunque ya adelantamos que como propuesta de modificación del CP se deberían incluir como sujetos específicos por la relevancia de la protección penal que merecen.

Los delitos citados se encuentran dentro del T. XII del L. II CP, «Delitos contra las relaciones familiares», en el cap. relativo a los «De los delitos contra los derechos y deberes familiares», y en su Sec. 3.ª se incluyen el «Del abandono de familia, menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección», teniendo como objeto todo el T. citado la defensa de lo relativo a la familia y situaciones que podíamos denominar similares, como son las que se hallan bajo la tutela, guarda legal o de hecho.

La primera norma aludida, el art. 226.1 CP, castiga al que «(...) dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente

establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados (...).», de la que nos interesa la segunda parte y, en concreto, cuando el cónyuge o el descendiente no prestare la asistencia necesaria para el sustento, estando necesitado, al otro cónyuge o el ascendiente, siempre que en estos dos casos se tratase de una persona mayor con las suficiente edad y situación para tenerla como vulnerable, figura que es la que protege al abandono del mayor, aunque no específicamente como hemos visto.

La *conducta delictiva* a la que nos ceñimos tiene diversas connotaciones que debemos poner de relieve para hacer factible su aplicación y que necesitan de una exégesis imprescindible para alcanzar tal fin, delito que ha sido considerado de mera omisión de garante o especial propio de omisión simple; en cualquier caso, es un delito de omisión que no requiere resultado, que, de acontecer, daría lugar a un concurso de leyes, cuestión de la que luego nos ocuparemos, cuya consumación se produce cuando se incumplen los deberes aludidos o, desde otra óptica, cuando no se satisfacen los derechos al sustento de los que sujetos que nos interesan, cónyuge o ascendiente.

La omisión que supone el incumplimiento de la prestación de asistencia necesaria para el sustento ha de interpretarse como persistente, obstinada, no meramente ocasional o esporádica, puesto que, en este caso, la irrelevancia o insignificancia de la acción no afectaría al bien jurídico objeto de protección, lo que convierte a este delito en permanente, ya que, alcanzada la comisión delictiva requerida, si permanece en tal posición omisiva no se perpetran nuevos delitos, sino que se prolongan sus efectos, siempre que no exista una iniciación de un proceso que interrumpa esa permanencia delictiva.

No es aplicable este tipo penal cuando el obligado, dice RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ⁽¹³⁾, no tiene recursos o capacidad para atender a los sujetos perceptores de esa obligación, es decir, cuando está imposibilitado de hacer aquello que tiene legalmente que ejecutar, siendo una conducta atípica al no tener el deber originario de asistencia o sustento que exige el tipo como elemento ineludible.

Al tratarse de un tipo penal en blanco, puesto que éste dispone que se castigará al que dejare «(...) de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento (...)», habrá de concretarse o rellenarse la norma interpretando qué se entiende por sustento, qué es el contenido de la obligación de asistencia, planteándonos la cuestión de si sustento en el ámbito penal equivale a alimentos en el ámbito civil conforme se expresa el art. 143 CC, estableciendo que: «Están obligados recíprocamente a darse alimentos en toda la extensión que

(13) RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S., «Exégesis doctrinal y jurisprudencial de las conductas punibles de abandono de familiares (arts. 226 a 233 CP/1995)», en CORBACHO GÓMEZ, J. A. / LEGAZ CERVANTES, F. (Dirs.), *op. cit.*, pág. 945.

señala el artículo precedente: 1.º Los cónyuges. 2.º Los ascendientes y descendientes. (...)», señalando el art. 142 pfo. 1.º CC que comprende por alimentos «(...) todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. (...)», entre otros que nos son de interés a referirse a otros sujetos a los que nos ocupan.

Las normas civiles citadas se corresponden con el art. 226.1 CP en que los sujetos, cónyuge y ascendientes, se hallan en ambas y que el art. 142 pfo. 1.º CC se refiere a la obligación de sustento y algunas más, como habitación, vestido y asistencia médica; por tanto, la pregunta que debemos hacernos es si por sustento en la norma penal ha de entenderse exclusivamente lo que es alimentación o comida como límite de la obligación penal típica, o, por el contrario, sustento penalmente equivale a alimentos en la parcela civil.

Nuestra posición es la equivalencia penal entre sustento y alimentos en el ámbito civil; por tanto, sustento hay que interpretarlo como la obligación de alimentación, habitación, vestido y asistencia médica, ello porque si se remite a otra norma legal el art. 226.1 CP será para darle un contenido, no para limitarse a una parte de los alimentos civiles que es el sustento, para ello no sería necesaria la remisión normativa; además, por eso se hace la remisión a otra norma, para darle sentido o toda su amplitud al sustantivo «sustento» que, además de prestar alimentación, significa gramaticalmente apoyo, y ello se culmina o consigue con habitación, vestido y asistencia médica. No olvidemos que esas obligaciones en el CC se establecen respecto de los mismos sujetos que en el art. 226.1 CP, razón añadida para llegar a la conclusión que, si se deja de prestar por el cónyuge o el descendiente al mayor esas obligaciones, se incurriría en el delito que tratamos, que es una manera eficaz de luchar contra el abandono de la persona mayor vulnerable.

Un argumento de refuerzo al respecto es la supresión de la falta del art. 619 CP contra las personas, en la que se castigaba a «(...) los que dejaren de prestar asistencia o, en su caso, el auxilio que las circunstancias requieran a una persona de edad avanzada o discapacitada que se encuentre desvalida y dependa de sus cuidados.», que suponía una salvaguarda del mayor aunque fuese con una mera falta, que no ha pasado a delito leve en el T. del CP que tratamos, conducta que debe entenderse incluida en el art. 226.1 CP en los términos expuestos.

No comparte este criterio MARTÍNEZ GARCÍA⁽¹⁴⁾, que aprecia que la obligación de alimentos del art. 142 CC es más amplia que la que se prevé en el art. 226.1 CP, que sólo se refiere al sustento como manutención, excluidos los demás alimentos que se describen en la norma civil recogida en el art. 142 pfo. 1.º CP, posición que nos parece demasiado ajustada a la literalidad de la norma de

(14) MARTÍNEZ GARCÍA, A. S., *op. cit.*, pág. 883.

remisión a la que se halla en blanco y que con una interpretación sistemática podría resolverse conforme proponemos en los pños. anteriores.

Por último, el sujeto pasivo, cónyuge o ascendiente debe estar necesitado; si por cualquier razón dispone de los alimentos en el sentido civil aludido, el CP dispensa de esa obligación, lo que hace en el inciso anterior cuando se refiere a los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar, los que serán de obligado cumplimiento cuando esos sujetos no estén necesitados de ellos.

La segunda norma o, mejor, normas que protegen al mayor especialmente vulnerable de forma no expresa se encuentran en los arts. 229 y 230 CP. En ambos se castiga el abandono de una persona con discapacidad necesitada de especial protección por parte de la persona encargada de su guarda, siendo evidente que una persona mayor con discapacidad está en el ámbito de las personas a las que se refieren estos delitos porque es un individuo especialmente vulnerable por su discapacidad; por tanto, cuando el abandono es por los tutores o guardadores legales, se pone en concreto peligro al discapaz o el abandono sea temporal, el mayor discapaz está amparado por estas normas, sin perjuicio de poderse mejorar la redacción de estos tipos para dar mayor eficacia al amparo del mayor vulnerable, a lo que seguidamente nos referiremos.

Es evidente, al no contener una formula imprudente conforme al art. 12 CP, dice RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ⁽¹⁵⁾, que se trata de un delito doloso, lo cual es cierto, pero si la acción de abandono fuera imprudente, grave o menos grave, y concu-riese un resultado de lesiones a la salud o la muerte del mayor, se castigaría el delito correspondiente conforme a los arts. 142 y 152 CP.

Por otra parte, y en relación con lo anterior, el abandono, dice SÁNCHEZ CASTELLANO⁽¹⁶⁾, supone un desamparo voluntario por parte del responsable de la atención al mayor en un centro sanitario o en otro lugar, siendo el caso más grave de negligencia, ya que supone la dejación de las obligaciones de cuidado de la persona mayor, conducta que, añadimos, en principio no tiene consecuencias penales, salvo que se llegue al trato degradante, sino que sería necesario un resultado para imputar lesiones u homicidio imprudentes, siempre que ese abandono fuere voluntario con intención de producir a su vez un resultado, con lo cual estaríamos ante un delito doloso cometido por medio del abandono del mayor.

(15) RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S., «Exégesis doctrinal y jurisprudencial de las conductas punibles de abandono de familiares (arts. 226 a 233 CP/1995)», *op. cit.*, pág. 947.

(16) SÁNCHEZ CASTELLANO, C., *Problemática jurídica de las personas mayores: prevención detección y abordaje del maltrato al mayor en el medio hospitalario*, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2018, pág. 5.

Se podrá plantear un concurso de leyes cuando dolosamente se busca desatender al mayor para producir un resultado de lesiones o muerte, es decir, el incumplimiento voluntario de los deberes de asistencia necesaria para el sustento del destinatario, cónyuge o ascendiente, daría lugar si el dolo abarcase ese resultado, dolo directo o eventual, con lo cual tendríamos unas lesiones o un homicidio doloso, aplicándose exclusivamente alguno de estos últimos, ya que, por el principio de absorción del art. 8.3.^a CP, la conducta de dejar de prestar el sustento quedaría embebida en las lesiones o en el homicidio al ser el medio para causarlos, siendo necesaria la concurrencia de un doble dolo: por una parte, el dejar de prestar el sustento; y, por otro lado, el de causar alguno de los resultados previstos.

Este concurso de leyes respecto de los delitos del art. 229 CP, cuando se pone en peligro la vida, la salud, la integridad física, queda resuelto al establecerse que las penas previstas se impondrán «(...) sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyere otro delito más grave.».

La SAP Barcelona, Sec. 2.^a, en auto 346/2017, de 15 de mayo, en que se persigue como investigada a la hija de una anciana por dejación de sus deberes conforme se prevé en el art. 226.1 CP, afirma que no basta para entender consumado el tipo penal con cualquier incumplimiento de obligaciones de índole civil, precisándose una desatención permanente o continúa, un incumplimiento reiterado de los deberes de protección a través del cual dejase de prestarse la asistencia necesaria para el sustento familiar, constituyendo los hechos de esa resolución en que la investigada, persona bajo cuyo cuidado se hallaba su madre diagnosticada de la enfermedad de Alzheimer y demencia, se encargó del cuidado médico de su progenitora y de que estuvieran cubiertas sus necesidades básicas, siendo revelador que contratase los servicios de una cuidadora para que supervisara diariamente a la madre, sin que el hecho de que dicha cuidadora padeciese un trastorno límite de la personalidad y llegase a exponer que se encontraba cansada implique que no llevase a cabo sus tareas o funciones en términos tales que implicase una patente desatención de las necesidades básicas de la persona para cuyo cuidado fue contratada, no llegando la investigada, hija de la señora mayor, a desatender a su madre a pesar de la labores deficientes de la persona contratada, sin perjuicio de que el auxilio alimenticio y socio-sanitario prestado a la madre por la investigada fuese objetivamente mejorable.

Finalmente, nos parece oportuno hacer alguna reflexión *de lege ferenda*, consistente en que no se ha desaprovechado la oportunidad al modificar el art. 226.1 por LO 1/2015, en cuanto se podían haber tenido en cuenta a las personas mayores vulnerables que también están necesitadas de una atención o protección jurídica, ya que precisamente por su vulnerabilidad se justifica la posible existencia de un tipo penal, sin que se quedase limitada esa descripción legal en el art. 226.1 CP a los ascendientes, descendientes o cónyuge, sino tam-

bién a esas personas mayores vulnerables en que terceros por un contrato, un testamento u otro negocio jurídico tienen la obligación de atenderlas o darles la asistencia necesaria para su sustento, cuyo quebranto, a nuestro juicio, justificaría la existencia de un ilícito penal por la trascendencia del bien jurídico digno de protección, ampliación que también se echa de menos en el art. 229 CP cuando, junto con el abandono de «(...) una persona con discapacidad necesitada de especial protección por parte de la persona encargada de su guarda (...)», se hubiera añadido *el abandono de una persona de edad avanzada especialmente vulnerable*, lo que cubriría el desvalor de esa acción y no tener que limitarnos, y por vía indirecta, a la persona mayor que padece una discapacidad que es abandonada.

No estimamos que haya en el abandono por falta de sustento o el material abandono físico una protección penal digna de la situación y lugar que tienen en la sociedad las personas mayores especialmente vulnerables sin que estén diagnosticadas de una enfermedad psíquica, sino que las que tienen dificultades de desplazamiento, limitación de los sentidos o deficiencias cognitivas sin modificación de la capacidad se hallan en una posición de inferioridad y desatención por parte de la norma penal porque creemos razonadamente que esas personas merecen una consideración expresa en los ataques que en el ámbito de lo que denominamos abandono se le dispensa en nuestro vigente texto punitivo, que debería reformarse conforme a lo indicado anteriormente.

De todo lo expuesto en la totalidad de este trabajo, podemos concluir que no existe un DP de mayores en una ley penal especial ni tan siquiera un cuerpo de normas dentro del CP que, sistematizadas, se refieran a la protección penal de la persona mayor, y su protección penal se encuentra diseminada en preceptos del CP como agravaciones específicas o genéricas, lo que concuerda con el carácter vulnerable de la persona de avanzada edad, es decir, fácilmente atacable, siendo necesaria una mayor atención en nuestro principal texto punitivo con las ampliaciones o reformas que hemos propuesto y con sanciones más elevadas cuando el ataque a la dignidad del mayor sea objeto de repulsa por la bajeza de la condición que manifiesta su autor, que, sin duda, el reproche penal debe ser proporcional al ataque a un bien jurídico tan digno de protección.

V. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALONSO ÁLAMO, M. / JAVATO MARTÍN, A. M.^a, «La protección penal de las personas mayores. Cuestiones de técnica legislativa», en JAVATO MARTÍN, M. / DE HOYOS SANCHO, M. (Coords.), *Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico-penal y procesal: conforme a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

BELLO LANDROVE, F., «Estafas y apropiaciones indebidas cometidas contra ancianos. Unos apuntes», en JAVATO MARTÍN, M. / DE HOYOS SANCHO, M. (Coords.),

Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico-penal y procesal: conforme a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

COLOMAR PUEYO, G., *Abuso y maltrato al anciano. Análisis y revisión de sentencias judiciales en España*, Universidad Autónoma de Barcelona, 2018. Disponible en: https://ddd.uab.cat/pub/tesis/2018/hdl_10803_666718/gcp1de1.pdf [Última consulta: 20 de marzo de 2021].

COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, *Consideraciones éticas y jurídicas sobre el uso de contenciones mecánicas y farmacológicas en los ámbitos social y sanitario*, 2016. Disponible en: <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20Contenciones-CBE.pdf> [Última consulta: 18 de marzo de 2021].

DE COUTO GÁLVEZ, R. / MIRAT HERNÁNDEZ, M.^a P. / ARMENDÁRIZ LEÓN, C., *La protección jurídica de los ancianos. Procedimiento de incapacitación e instituciones tutelares que los protegen. El internamiento involuntario y su incidencia penal*, Colex, Madrid, 2007.

HERRERA MORENO, M., «Ancianidad y vivienda: notas sobre la evolución del tratamiento jurídico-penal del asedio inmobiliario», en JAVATO MARTÍN, M. / DE HOYOS SANCHO, M. (Coords.), *Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico-penal y procesal: conforme a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

JAVATO MARTÍN, M., «El maltrato sobre las personas mayores. Perspectiva jurídico-penal», en JAVATO MARTÍN, M. / DE HOYOS SANCHO, M. (Coords.), *Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico-penal y procesal: conforme a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

MARTÍNEZ GARCÍA, A. S., en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2.^a Ed., Lex Nova, Valladolid, 2011.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Declaración de Toronto para la Prevención Global del Maltrato de las Personas mayores*, 2002. Disponible en: https://www.who.int/ageing/projects/elder_abuse/alc_toronto_declaration_es.pdf?ua=1 [Última consulta: 20 de marzo de 2021].

RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S., «Exégesis doctrinal y jurisprudencial de las conductas punibles de abandono de familiares (arts. 226 a 233 CP/1995)», en CORBACHO GÓMEZ, J. A. / LEGAZ CERVANTES, F. (Dirs.), *Protección Civil y Penal de los Menores y de las Personas mayores Vulnerables en España*, Aranzadi, Pamplona, 2018.

SALCEDO HERNÁNDEZ, J. R., «La protección de la vulnerabilidad desde la dignidad y responsabilidad», en CORBACHO GÓMEZ, J. A. / LEGAZ CERVANTES, F. (Dirs.), *Pro-*

tección Civil y Penal de los Menores y de las Personas mayores Vulnerables en España, Aranzadi, Pamplona, 2018.

SÁNCHEZ CASTELLANO, C., *Problemática jurídica de las personas mayores: prevención detección y abordaje del maltrato al mayor en el medio hospitalario*, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2018.

TAMARIT SUMALLA, J. M.^a, *Comentario a la Reforma Penal de 2015*, Aranzadi, Pamplona, 2015.

VILLAR FUENTES, I., «Maltrato a personas mayores ¿víctimas vulnerables “olvidadas”?», en BUJOSA VADELL, L. M. / DEL POZO PÉREZ, M. (Dirs.), *Proceso Penal y víctima especialmente vulnerables. Aspectos interdisciplinares*, Aranzadi, Pamplona, 2019.

Jurisprudencia

- Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala, TS, Sec. 2.^a, de 21 de julio de 2009.
- SAP Barcelona, Sec. 2.^a, auto 346/2017, de 15 de mayo.
- STS, Sec. 2.^a, 1218/2004, de 2 de noviembre.
- STS, Sec. 2.^a, 137/2008, de 18 de febrero.
- STS, Sec. 2.^a, 477/2009, de 10 de noviembre.
- STS, Sec. 2.^a, 420/2016, de 18 de mayo.
- STS 919/2016, de 7 de diciembre.
- STS, Sec. 2.^a, 196/2017, de 24 de marzo.
- STS, Sec. 2.^a, 140/2018, de 22 de marzo.
- STS, Sec. 2.^a, 157/2019, de 26 de marzo.
- STS, Sec. 2.^a, 620/2019, de 12 de diciembre.

CAPÍTULO 25

LA ATENCIÓN A LAS NECESIDADES DE LOS MAYORES EN SUS RELACIONES CON LA JUSTICIA

Concepción Aldama Baquedano
*Magistrada Especialista en la Jurisdicción
de Menores en Zaragoza*

I. INTRODUCCIÓN

El cambio demográfico que ha de experimentar la sociedad española en la próxima década es abrumador. Emergerán como personas de tercera edad la generación de los *baby boomers*⁽¹⁾ —«Durante las décadas de los 30 y 40 de este siglo se registrarían los mayores incrementos, con la llegada a la vejez de las voluminosas cohortes nacidas durante el *baby boom*»—, sin apoyo familiar en un alto porcentaje, y el reto no sólo consistirá en los cuidados que merecerán según los derechos básicos del Estado del bienestar y que la AP debe salvaguardar, sino también en cómo vivirán ese tramo final de vida, con qué calidad, autonomía personal, integración social y apoyo en sus propias decisiones y proyectos.

La vulnerabilidad de los ancianos en sus condiciones de vida y sus limitaciones en la adopción de decisiones esenciales, se ha evidenciado ya en la situación de pandemia atravesada, dando lugar a un debate de alto contenido ético y transversal para el Estado y las AAPP en cuanto a su escasez de recursos y actuaciones de control y apoyo, que no han logrado evitar terribles resultados. En consecuencia, se deben revisar con respuestas no sólo puntuales ante el problema, sino de cobertura permanente y estable para no quedar expuestos en adelante ni su vida ni sus derechos en ningún ámbito, siendo éstos muy variados y no sólo de salud (medicamentos, residencias, cuidadores), sino también de pensiones, de seguros, de conservación de vivienda, de testamento y dere-

(1) Sería recomendable acreditar este hecho: se propone, p. ej., alguno de los siguientes: *Vid.* sobre este término y las implicaciones de su llegada a la jubilación en torno al año 20040, FERNÁNDEZ MUÑOZ, J. N. (Coord.), *Informe 2016. Las Personas Mayores en España. Datos Estadísticos Estatales y por Comunidades Autónomas*, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO), 2017, págs. 49 y 50. Disponible en: https://www.imserso.es/InterPresent1/groups/imserso/documents/binario/112017001_informe-2016-persona.pdf [Última consulta: 10 de julio de 2021]; PÉREZ DÍAZ, J. / ABELLÁN GARCÍA, A. / ACEITUNO NIETO, P. / RAMIRO FARIÑAS, D., «Un perfil de las personas mayores en España, 2020. Indicadores estadísticos básicos», *Informes Envejecimiento en red*, núm. 25, marzo de 2020, pág. 5. Disponible en: <http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/enred-indicadoresbasicos2020.pdf> [Última consulta: 10 de julio de 2021].

chos sucesorios, de dependencia, de ausencia de familiares, de tejido social de apoyo por alejamiento de núcleo poblacional u otros factores, etc., en especial cuando ya sabemos que se incrementarán sobremanera estas necesidades de cobertura en todos los planos respecto a muchas más personas mayores en los próximos años y a lo largo de su proceso de envejecimiento⁽²⁾.

El abordaje de todos estos ámbitos debería ser multidisciplinar y con implicación coordinada del Estado⁽³⁾ y todas las AAPP, algunas de las cuales en vía autonómica ya se plantean la posibilidad de elaborar un plan de choque en los próximos años⁽⁴⁾, con compromiso de financiación para poner en marcha recursos y actuaciones muy diversas hacia la cobertura de todas las necesidades de las personas mayores, incluida su participación activa e integrada en el tejido social al que pertenecen. La sociedad actual y el Derecho no pueden permitirse dejar de lado a sus mayores, debiendo tomar conciencia de que del choque generacional y de las diferencias entre jóvenes y mayores ante la sociedad, si se da una adecuada interacción, podría surgir su integración solidaria y el mantenimiento sólido de los valores sociales rectores de la convivencia.

Ha sido histórica la falta de financiación del sistema de ayudas a los mayores⁽⁵⁾: precarias, sectorizadas, sin coordinación y, por tanto, altamente ineficaces para paliar una situación de carencias y fragilidad en los ámbitos más básicos de su vida, cuanto más la ausencia de una visión institucional conjunta de su situación para atender, corregir y equilibrar las desigualdades de origen a fin de posibilitar el pleno ejercicio de sus derechos como todo ciudadano.

Esta línea de total cobertura de las desigualdades que afecten a las personas mayores desde los valores inherentes al ser humano en un estado social del bienestar en evolución, conduce al planteamiento de la necesidad *de cons-*

(2) Ello afectará, p. ej. y muy probablemente, a la cobertura asistencial y al futuro de las pensiones. *Vid.*, a este respecto, LORENZO CARRASCOSA, L., «Consecuencias del envejecimiento de la población: el futuro de las pensiones», *Indicadores sociales de España 2004*, Instituto Nacional de Estadística (INE), 2004, págs. 80-81 y 87 y ss.

(3) *Vid.* MINISTERIO DE DERECHOS SOCIALES Y AGENDA 2030, *Plan de Choque en Dependencia 2021-2023*, enero de 2021. Disponible en: <https://www.mayoresudp.org/wp-content/uploads/2021/01/plan-dependencia.pdf> [Última consulta: 10 de julio de 2021].

(4) Así, p. ej., en Andalucía. Disponible en: <http://www.juntadeandalucia.es/presidencia/portavoz/destacadosportada/consejodegobierno/140990/ConsejodeGobierno/JuntadeAndalucia/ConsejeriadelgualdadPoliticasyConciliacion/Dependencia> [Última consulta: 10 de julio de 2021].

(5) *Vid.* las diferencias de gasto público y privado en cuidados de larga duración en los países de la OCDE. CASADO MARÍN, D. / LÓPEZ I CASASNOVAS, G., «Vejez, dependencia y cuidados de larga duración. Situación actual y perspectivas de futuro», *Fundación «La Caixa»*, núm. 6, 2001, pág. 101. Disponible en: https://fundacionlacaixa.org/documents/10280/240906/es06_esp.pdf [Última consulta: 10 de julio de 2021].

truir un sistema cuya regulación garantice el derecho al envejecimiento pleno y activo.

II. DIVERSIDAD DE ÁMBITOS DE ACTUACIÓN

La dignidad como valor inherente a todo ser humano⁽⁶⁾, así como la libertad, la igualdad y la justicia como valores superiores del ordenamiento jurídico, no pueden ser objeto de discriminación ni sufrir menoscabo alguno por razón de la edad y/o vulnerabilidad del ciudadano, de manera que nadie por su condición o circunstancias pueda verse impedido o limitado en los mismos.

La primera obligación del Estado, en toda su dimensión y competencias, es garantizar su completo alcance para quienes parten de una situación inicial de limitaciones y desigualdad, removiendo dificultades y eliminando obstáculos a través de la implementación de los medios y recursos adecuados.

Son muchos y muy diversos los ámbitos de actuación en los que se ha de mejorar para conseguir la paridad de la persona mayor limitada o vulnerable con la situación de cualquier otro ciudadano, pero necesarios en la cobertura evolutiva de los derechos fundamentales de toda la población. Uno de estos ámbitos de implementación de actuaciones para su mejora es el de justicia para su debida atención y apoyo tanto en los procesos judiciales como en sus relaciones con la Administración de Justicia. Nuestro sistema judicial, en su regulación, estructura y medios ha de ser capaz de garantizar el acceso a la justicia de todos los ciudadanos, salvando las dificultades de acceso y limitaciones que pudieran tener los mayores⁽⁷⁾, y, a su vez, garantizar el ejercicio pleno y ajustado

(6) Vid. entre otros, MARTÍNEZ MORÁN, N. / ROMEO CASABONA, C. M. / DE CASTRO CID, B. / DE MIGUEL BERIAIN, I. (Coords.), *Bioteología, Derecho y dignidad humana*, Comares, Granada, 2003; APARISI MILLARES, Á., «El principio de dignidad humana como fundamento de un bioderecho global», *Cuadernos de Bioética*, núm. 81, vol. 24, 2013.

(7) Así se deduce de la Conclusión 12 de *HelpAge Internacional España*: «El derecho de acceso a la justicia es una garantía de todos los demás derechos, sin embargo, las personas mayores se enfrentan a la falta de accesibilidad de la administración de justicia en el plano físico, cognitivo y actitudinal. La percepción social de la edad avanzada es una vez más, un grave obstáculo para la garantía del acceso a la justicia, puesto que, además de que genera dificultades para identificar como tales las vulneraciones de derechos de las personas mayores, afecta a su credibilidad como participantes en el proceso en cualquiera de los roles. Por otro lado, las restricciones a la capacidad de obrar, las dificultades para vivir de forma independiente y los problemas en relación con el derecho a la educación y a la seguridad en los ingresos actúan en favor de la impunidad de las vulneraciones de derechos que viven las personas mayores.». BARRANCO AVILÉS, M^a. C. / VICENTE ETXEVARRÍA, I., «La discriminación por razón de edad en España». Conclusiones y recomendaciones para el contexto español con un enfoque basado en derechos», *HelpAge Internacional España*, 2020, pág. 5. Disponible en: <http://www.helpage.es/silo/files/conclusiones-y-recomendaciones-informe-haie.pdf> [Última consulta: 10 de julio de 2021].

a su comprensión y capacidad de decisión propia de sus derechos e intereses legítimos para obtener la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales (art. 24.1 CE). Forma parte de este principio constitucional y es esencial a la evolución del estado del bienestar que se pongan los medios para corregir la situación de vulnerabilidad del ciudadano con la problemática propia de su avanzada edad (soledad, aislamiento, brecha digital, pérdida de facultades), facilitando los recursos para que su acceso y relación con la justicia le resulte fácil, cómodo y eficaz, a fin de conseguir su participación sin barreras y con cobertura plena del principio de tutela en igualdad de condiciones que los demás.

III. EN EL ÁMBITO DE LA JUSTICIA

Si ya para el ciudadano sin ningún tipo de limitación por razón de edad(,) resulta complicado y estresante la participación en un proceso judicial al que ha sido llamado, o la necesidad de resolver judicialmente un conflicto cualquiera que sea su posición o pretensión, tanto más lo es cuando se enfrenta al sistema judicial en su conjunto en situación de carencias, limitaciones o vulnerabilidad, y máxime si es quien ha sufrido o aún sufre algún tipo de abuso. El sistema, y todos los operadores jurídicos del mismo con apoyo normativo, han de encontrarse en posición de salvaguardar y proteger esa situación de la persona mayor inicialmente descompensada ayudándola a vencer sus dificultades y prevenciones para reconducirla al pleno ejercicio de sus derechos.

Son esenciales, para ello, tanto se encuentren los mayores ante un proceso judicial concreto como en sus variadas relaciones con la Administración de Justicia, la prestación de información en términos cercanos y comprensibles a su situación⁽⁸⁾, la orientación con pleno respeto a su autonomía en la toma de decisiones, el apoyo y, en su caso, el acompañamiento profesional, simplifican-

(8) La importancia de una «justicia comprensible» ya se integra en el T. I de la *Carta de Derechos de los Ciudadanos*: «5.- El ciudadano tiene derecho a que las notificaciones, citaciones, emplazamientos y requerimientos contengan términos sencillos y comprensibles, evitándose el uso de elementos intimidatorios innecesarios. 6.- El ciudadano tiene derecho a que en las vistas y comparecencias se utilice un lenguaje que, respetando las exigencias técnicas necesarias, resulte comprensible para los ciudadanos que no sean especialistas en derecho. Los Jueces y Magistrados que dirijan los actos procesales velarán por la salvaguardia de este derecho. 7.- El ciudadano tiene derecho a que las sentencias y demás resoluciones judiciales se redacten de tal forma que sean comprensibles por sus destinatarios, empleando una sintaxis y estructura sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico. Se deberá facilitar especialmente el ejercicio de estos derechos en aquellos procedimientos en los que no sea obligatoria la intervención de Abogado y Procurador. 8.- El ciudadano tiene derecho a disponer gratuitamente de los formularios necesarios para el ejercicio de sus derechos ante los tribunales cuando no sea preceptiva la intervención de Abogado y Procurador». MINISTERIO DE JUSTICIA, *Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia*, 2002, pág. 3. Disponible en: https://www.administraciondejusticia.gob.es/paj/PA_PAGAJGene

do actuaciones y eliminando obstáculos para su acceso y adecuado ejercicio de sus derechos y pretensiones.

Merece destacarse que, respecto de los derechos de las personas con discapacidad, han sido muchos los esfuerzos ya realizados en algo más de diez años, a nivel internacional con la promulgación de la CDPD⁽⁹⁾ —de cualquier tipo—, y seguidamente de los Estados como España que la ratifica el 23 de noviembre de 2007 (con entrada en vigor el 3 de mayo de 2008)⁽¹⁰⁾, lo que ha supuesto un respaldo normativo de primer orden en el tratamiento de las personas con discapacidades en general y de aquellas personas mayores con algún tipo de discapacidad, las más vulnerables y, por ende, las primeras a proteger y apoyar en el ejercicio de sus derechos. La CDPD ha trazado un camino en los derechos esenciales de las personas con alguna limitación ante el Estado, que da paso a un avance en los DD. HH. de gran expansión y dimensiones, permitiendo que surjan Asociaciones de todo tipo⁽¹¹⁾ con profesionales dispuestos a cumplir sus objetivos de plena integración real de este colectivo en situación de igualdad y no discriminación.

Cumpliendo estos designios de la CDPD, y entendiendo las discapacidades en las distintas facetas de la vida como un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con algún tipo de deficiencia y las barreras existentes debidas a la mentalidad de un entorno pensado para situaciones de plena funcionalidad, surgió, ya el 1 de diciembre de 2003, en el seno del CGPJ el «Foro de Justicia y Discapacidad»⁽¹²⁾ en el deseo de coordinar las Instituciones Jurídicas del Estado (Ministerio de Justicia, de Trabajo y Asuntos Sociales, FGE, CGAE, Consejo General de Procuradores de España, Consejo General del Notariado, Colegio de Registradores de la Propiedad, Consejo General de Graduados Sociales de España, Representación del Colegio de Psicólogos de Madrid, con adhesión posterior de otras fundaciones y empresas de relevancia) para conseguir, entre todos y de forma coordinada, una mayor efectividad en la tutela judicial de los derechos de las personas con diversidad funcional, favoreciendo su acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Para conseguirlo, además del impulso para la creación de juzgados especializados —los de inca-

rico/descarga/Carta_de_derechos_de_los_ciudadanos.pdf?idFile=efd22835-f876-4e70-9cee-ae78d96b95a7 [Última consulta: 10 de julio de 2021].

(9) Disponible en: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf> [Última consulta: 10 de julio de 2021].

(10) Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2008/04/21/pdfs/A20648-20659.pdf> [Última consulta: 10 de julio de 2021].

(11) P. ej., el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad.

(12) Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Foro-Justicia-y-Discapacidad/Documentos-de-interes/Convenio-constitutivo/Convenio-para-la-constitucion-del-Foro-de-Justicia-y-Discapacidad-> [Última consulta: 10 de julio de 2021].

pacidades y tutelas—, entre las actividades del Foro⁽¹³⁾ están las formativas de los profesionales implicados y la creación de un servicio de orientación jurídica específico para discapacitados y familiares prestado en la Comunidad de Madrid por el Colegio de Abogados, con pretensión de que esta colaboración pudiera extenderse al resto de los Colegios de Abogados de España.

No es ajena a este Foro la preocupación por las personas mayores vulnerables, que cuenta ya con colaboradores especializados sobre todo en la cobertura en justicia de los mayores que son objeto de maltrato o abuso, ya que responde también a una situación base de limitación personal y vulnerabilidad que demanda los mismos criterios de protección y adecuada cobertura en su acceso y ejercicio del derecho de tutela judicial efectiva.

Pero no sólo esa extrema situación de vulnerabilidad —la de maltrato y abuso— está necesitada y es merecedora de atención y protección especial, sino toda persona de edad avanzada que, por sus limitaciones, encuentre dificultades en su acceso a la justicia y en el ejercicio pleno de sus derechos en condiciones de igualdad al resto de los ciudadanos. Y es que, aparte de las situaciones de mayor discapacidad o vulnerabilidad, que ya estarían amparadas por las actuaciones coordinadas del Foro, por los Juzgados especializados en incapacidades y tutelas y por el Estatuto de la Víctima si además tienen tal posición procesal, en el margen entre estas situaciones y la plena funcionalidad se encuentra la gran mayoría de personas mayores aquejadas por la normalidad del deterioro físico, psíquico, emocional y social que conlleva el proceso de envejecimiento y, es en esta línea general, en la que cabe reflexionar y hacer propuestas de mejora que ayuden a compensar estas limitaciones al interactuar con el sistema de justicia. Sólo así habrá un verdadero avance en línea de derechos fundamentales respecto a este colectivo para evitar la no discriminación y garantizar desde su dignidad, libertad y autonomía el pleno ejercicio de sus derechos en términos de igualdad con quienes no tienen dificultades para ello.

El sistema de justicia con apoyo normativo bastante —lo que requerirá reajustes y flexibilidad—, ha de contar con estructura dotada de medios de organización y gestión, así como de profesionales cualificados y sensibles a su problemática en la tramitación y práctica de actos procesales en las distintas jurisdicciones, que garanticen, siempre y ante cualquier caso, los derechos de la persona mayor a la intimidad y privacidad de sus datos y manifestaciones, la necesidad de recibir información comprensible y correcta, buen trato atento y cercano, con asistencia y apoyo para vencer obstáculos y limitaciones, y

(13) Puede acceder a las Actividades del Foro de Justicia y Discapacidad» a través del siguiente enlace. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Foro-Justicia-y-Discapacidad/Actividades/Actividades-Foro-Justicia-y-Discapacidad> [Última consulta: 10 de julio de 2021].

planteamientos profesionales con asesoramiento sobre las opciones y consecuencias de sus actos a fin de permitir que adopte decisiones desde la libertad y autonomía de su voluntad. El concepto esencial cambia ante las personas con limitaciones, trasladándose de la asistencia por sustitución al apoyo conservando su autonomía decisoria⁽¹⁴⁾.

Este cambio de modelo social y paradigma conceptual, para llevarse a la práctica real, requiere no sólo un esfuerzo normativo —que haga avanzar los derechos fundamentales del ser humano—, sino también una voluntad decidida de recomposición estructural de nuestros sistemas institucionales, en general muy tradicionales y resistentes al cambio, también el de justicia, así como de dotación de medios materiales y humanos que lo hagan viable y eficaz, con la coordinación necesaria entre sí y el costo al menos inicial que comporte.

El momento actual en nuestro país, siguiendo una línea de avance internacional imparables —como la marcada por las Reglas de Brasilia de 2006⁽¹⁵⁾, tras la Convención de la ONU—, es propicio y sensible a poner en práctica esta evolución de los derechos de los más vulnerables, de hecho se han planteado Anteproyectos de Ley de gran calado que contemplan medidas y mecanismos de necesaria introducción en nuestro sistema judicial —en todos sus ámbitos— para preservar la libertad y voluntad de las personas más vulnerables de la sociedad a fin de que puedan interactuar por sí mismas —sin ser sustituidas, sino ayudadas— y que puedan hacerlo fácil, cómoda y eficazmente, contando con suficiente información, asesoramiento y apoyo, entendiendo el establecimiento de estos medios como un deber y una necesidad de los Estados ante sus ciudadanos, ya que de su eficacia va a depender que sea real y para todos nada menos que el principio de tutela judicial efectiva. Basta con una lectura de los textos internacionales, el contenido de los Foros más destacados como el «Justicia y Discapacidad» en el seno del CGPJ —unidos al ideario de las diversas Asociaciones y Colegios Profesionales implicados con los ciudadanos discapacitados y vulnerables, — así como los preámbulos y contenido de las nuevas propuestas de reforma plasmadas en los Anteproyectos de Ley actuales, concretamente el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio

(14) Este es, precisamente, el sentido del articulado que integra el *Proyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*, recientemente aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados, frente a la incapacitación de personas con discapacidad. Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-27-1.PDF [Última consulta: 10 de julio de 2021].

(15) *Vid. Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad*, XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, marzo de 2008. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf> [Última consulta: 10 de julio de 2021].

Público de Justicia aprobado por el Consejo de Ministros el pasado 15 de enero de 2021⁽¹⁶⁾, así como el Anteproyecto de Ley de Tribunales de Instancia y Oficina Judicial que modifica la LO 6/1985 del Poder Judicial en su estructura judicial en fase de aprobación el pasado mes de abril por el Consejo de Ministros⁽¹⁷⁾, para comprender que existe en estos momentos un consenso colectivo respecto a la necesidad de evolución, simplificando el sistema y dotando de mejores y más eficientes servicios al ciudadano, lo que permitiría acoger e introducir con estas mismas premisas en las nuevas estructuras y recursos el adecuado apoyo institucional a las personas con limitaciones y en situación de avanzada edad.

Es, por consiguiente, el momento adecuado para posibilitar estos avances, desde lo normativo a lo estructural, y desde lo organizativo a lo funcional, aprovechando bases normativas e infraestructuras ya existentes —como las previstas para personas con discapacidad— con la implementación y adaptación necesarias para la atención a las personas mayores, o bien otras ya diseñadas en los Anteproyectos como las Oficinas de atención y asesoramiento de los Decanatos de Provincias, Colegios Profesionales de Abogados, Notarías y Registros, o las pendientes de implantar y dotar de pleno contenido, como sucede con las previstas en el Anteproyecto de Tribunales de Instancia y Oficinas de Justicia, tales como las Oficinas Judiciales de los nuevos Tribunales de Instancia de nuevas creación (con sus correspondientes UTRAM) y las Oficinas de Justicia en los Municipios sustituyendo a los antiguos Juzgados de Paz, que podrían asumir competencias respecto a la asistencia y ayuda a los mayores residentes en dichos municipios, con grandes posibilidades de eficacia tanto por su proximidad a la persona mayor como por ser oficinas dependientes y coordinadas con las Oficinas Judiciales de los Tribunales de Instancia.

Existe base, pero queda, sin duda, mucho camino todavía por recorrer.

IV. ASPECTOS A MEJORAR DEL SISTEMA DE JUSTICIA EN ATENCIÓN A LAS PERSONAS DE AVANZADA EDAD

A modo de ideario colectivo consensuado, ya que se expresa en todos los textos y foros indicados, y sin perjuicio de encontrar su mejor encuadre y estruc-

(16) MINISTERIO DE JUSTICIA, *Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia*, 2021. Disponible en: <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/APL%20Eficiencia%20Procesal.pdf> [Última consulta: 10 de julio de 2021].

(17) MINISTERIO DE JUSTICIA, *Anteproyecto de Ley Orgánica de Eficiencia Organizativa del Servicio Público de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para la implantación de los Tribunales de Instancia y las Oficinas de Justicia en los municipios*, 2021. Disponible en: <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/APLO.pdf> [Última consulta: 10 de julio de 2021].

tura para prestarlas con adecuada distribución competencial, territorial y multidisciplinar, cabría destacar las siguientes necesidades de las personas mayores ante la Justicia a cubrir y mejorar, con sus correspondientes recomendaciones y propuestas:

4.1. En su acceso a la justicia

Se ha de partir del principio de eliminación de obstáculos o impedimentos, tanto de orden físico como mental e intelectual.

A) Accesibilidad física

— Si existen barreras arquitectónicas u obstáculos físicos que dificulten su entrada o desplazamiento por los edificios y dependencias judiciales⁽¹⁸⁾, deberán eliminarse unas y corregirse otras, facilitando los medios auxiliares de desplazamiento y, en su caso, acompañamiento que cada limitación personal exija. Los Decanatos deben velar por su cumplimiento en atención a lo establecido en la LOPJ, y actualmente en la mayoría de los edificios judiciales de las grandes ciudades es un objetivo conseguido, pero aún pendiente en toda la demarcación y planta judicial⁽¹⁹⁾.

— No obstante, la necesidad de acudir a las mismas por llamamiento judicial sería conveniente reducirla a lo estrictamente necesario para las personas de avanzada edad, lo que, pese a la pendencia de reformas normativas y procesales, en la práctica se viene haciendo, en especial con la implantación de las nuevas tecnologías. Cabe valorar previamente su localización y sus especiales dificultades de movilidad e inseguridad en los desplazamientos en relación a la necesidad de su colaboración en el procedimiento, evitándola si no resulta imprescindible o cabe su sustitución por otra fórmula más cómoda y cercana sin pérdida de garantías, como puede ser la videoconferencia acompañado de familiar o persona de apoyo, evitando así un traslado del pueblo a la ciudad, por ratificación de algún escrito o declaración previa mediante envío de correo electrónico también con apoyo al realizarlo, o incluso proporcionando un te-

(18) Vid. RD 366/2007, de 16 de marzo, por el que se establecen las condiciones de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración General del Estado. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-6239-consolidado.pdf> [Última consulta: 10 de julio de 2021]; art. 28 LGD. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-12632> [Última consulta: 10 de julio de 2021].

(19) ITURRI GARATE, J. C., «La accesibilidad de los edificios judiciales», *Boletín Informativo Jueces y juezes para la Democracia*, núm. 75, octubre de 2019. Disponible en: http://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2019/10/La-accesibilidad-de-los-edificios-judiciales_JC-Iturri.pdf [Última consulta: 10 de julio de 2021].

léfono de contacto si la audiencia previsiblemente pueda ser de conformidad y no requiere su presencia inicialmente solicitada. Y, en cualquier caso, si ésta resultase necesaria, simplificando su colaboración, evitando reiteraciones y con la comodidad y acompañamiento que requiera su situación, tanto en sus desplazamientos por el interior de las instalaciones como estando ya en sus dependencias. Se trata de ocasionar a las personas mayores en su colaboración con la justicia las menores molestias posibles.

— Es más, en cuanto a las consultas e información sobre el estado del procedimiento y notificaciones, su atención debería ser especial y preferente, en lugar adecuado cómodo y a su altura evitando altos mostradores, y por el personal judicial encargado de tal información o actos, sea el del Órgano Judicial o la Oficina de Atención propia a la que se dirija, ofreciéndole de entre los medios de comunicación aquel más ágil y que mejor se acomode a su situación, evitando su desplazamiento a la sede judicial o su necesidad de consulta por sistemas informáticos de difícil acceso o manejo («brecha digital»). El buen trato y la capacidad de transmisión sencilla de la información resultan fundamentales, de ahí la necesaria aptitud y formación de este personal.

En la vía ya iniciada de modernización de la justicia, la utilización de los medios tecnológicos facilitaba estas líneas de actuación, pero ha sido con motivo de la situación de pandemia del *COVID-19* cuando se ha impulsado y extendido, pasando de ser una recomendación para ganar agilidad y evitar molestias a tener asiento normativo en el RDL 16/20⁽²⁰⁾ para tramitación procesal por medios telemáticos y celebración de actos judiciales por videoconferencia. Si bien esta apertura e impulso a dichos medios ha obedecido a exigencias ineludibles de salud pública y con limitación temporal, la realidad es que ha propiciado la apertura de la mentalidad judicial en la rígida estructura del proceso, permitiendo con los mismos medios tecnológicos flexibilizar la exigencia de presencia física por la telemática —ahora por razones de limitaciones y salud individual del justiciable— con uso preferente en sus condiciones de tales medios. Si este avance permaneciera, sería una oportunidad bien aprovechada para construir un patrón de accesibilidad de los mayores.

(20) Vid. RD-L 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al *COVID-19* en el ámbito de la Administración de Justicia. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-4705> [Última consulta: 10 de julio de 2021]. Esta ha sido derogada por la DD única 1. de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al *COVID-19* en el ámbito de la Administración de Justicia. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-10923#dd> [Última consulta: 10 de julio de 2021].

B) *Accesibilidad a la información y comprensión de las actuaciones judiciales*

— Resulta preferible la información oral y personalizada sobre la escrita y de plantilla, con escucha activa y observación de las posibles dificultades de comprensión, lo que, a su vez, precisa tiempo y actitud en la comunicación. Siendo la información el primer paso para establecer la relación del mayor con la Administración de Justicia, es imprescindible que se cuide con gran esmero y eficacia esta comunicación, quedando la competencia en oficinas o servicios específicos integrados en las vías de acceso a la justicia (Decanato —o bien Unidades para ello en las futuras Oficinas Judiciales de Provincia o Municipales—, Colegios de Abogados, Oficinas de Registro) y a cargo de personal con habilidades sociales para su desempeño.

Como complemento, si seguidamente se ha de realizar alguna gestión, trámite sencillo o solicitud sin necesidad de asistencia letrada, conviene promover la elaboración de formularios de fácil comprensión y gratuitos que agilicen el trámite a sus usuarios, con entrega inmediata y remisión del mismo, en su caso.

Si la información es más compleja o especializada, resulta necesaria la derivación desde las Oficinas de Atención e información a las de Asistencia y orientación jurídica —si las anteriores no la contienen— para encontrar el mejor planteamiento ante la cuestión, con opción a fórmulas o sistemas de arbitraje o mediación si fuera posible, o, en caso de controversia judicial, con un proceso ya iniciado en el que la persona mayor se ve inmersa, que comprenda en un lenguaje claro y sencillo cuál ha de ser su participación, modos de actuar y consecuencias, o sobre cómo ha de conducirse si desea en su libre decisión iniciarlo, estando bien informado sobre su pretensión, desarrollo y consecuencias. En esta orientación resulta esencial la labor de consulta y asesoramiento jurídico de un profesional específico en el tema, labor tradicional propia de los Colegios de Abogados con posible derivación, en su caso, a otros profesionales como Notarios, Juzgados específicos, Registro, etc., incluso con derivación hacia un sistema de mediación cada vez más amplio, normalizado y eficaz en los conflictos de proximidad de escasa entidad o en evitación de controversias⁽²¹⁾.

En estos momentos de recepción de información resulta determinante para la garantía de los derechos fundamentales de los mayores de edad, como de cualquiera otro ciudadano, pero especialmente si se ha de elevar el tono de voz o repetir o recalcar en alguna ocasión lo transmitido, que los lugares de realización de consultas sean apropiados para garantizar el principio de absoluta confidencialidad de los datos personales y manifestaciones que realicen. De ello depende la cobertura eficaz y por todos los medios de los principios de

(21) Vid. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (CGPJ), *Diez acciones imprescindibles para una justicia justa*, enero de 2020. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/> [Última consulta: 10 de julio de 2021].

privacidad e intimidad, sobre todo en la transmisión de datos sensibles especialmente protegidos⁽²²⁾, que ya todo profesional tiene el deber de salvaguardar.

La salvaguarda de su intimidad cobra especial relevancia si en su primer acercamiento o acceso a las Oficinas de Justicia o del Colegio de Abogados la persona mayor, normalmente con cierto agobio y nerviosismo, plantea una situación de abuso, maltrato o desvalimiento de cualquier índole, cuyo incremento lamentablemente se ha constatado en todas las jurisdicciones, y que tiene su origen —en concurrencia con otros factores sociales— en sus propias limitaciones, aislamiento o dependencia emocional de quien se lo infringe, sean familiares, cuidadores o vecinos, dando lugar a padecimientos en sus relaciones personales que pueden ser físicos, psíquicos o emocionales, o una combinación de ellos.

También se han incrementado los abusos económicos de todo tipo hacia las personas mayores, dependiendo de una buena escucha la delimitación de la problemática y su abordaje, dependiendo de sus características y ámbito en el que se plantea, y en función de su diversidad —desde problemas patrimoniales y testamentarios, a los de gestión de seguros, transportes, comunicaciones, abusos como consumidores y usuarios de suministros esenciales, pasando por abusos de confianza de sus asistentes, delitos leves de hurto⁽²³⁾ en su domicilio, servicios o reclamaciones comerciales o bancarias etc.—, o situaciones peores como fraudes, estafas, sucesos de violencia urbana que le impiden salir con seguridad de su domicilio, o incluso en éste sufriendo violencia de los más próximos a su cuidado, como sucede cuando aparecen los abuelos como víctimas de maltrato de sus nietos menores siendo, además, deudores frente a terceros con sus escasos recursos de los perjuicios ocasionados por ellos, situación penosa cada vez más frecuente⁽²⁴⁾ y preocupante en nuestros Juzgados de Menores, que precisa de respuestas preventivas o correctoras urgentes, multidisciplinarias y de doble dirección para ser eficaz, con implicación destacada en estos casos de fiscales y jueces con apoyo de equipos multiprofesionales. En definitiva, desde unos casos generales más habituales a otros muy concretos y especiales, depende de esta atenta escucha de la información dada por la persona mayor y los conocimientos de quien la atiende la detección temprana y precisa del problema

(22) Vid. LOPD. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2018/BOE-A-2018-16673-consolidado.pdf> [Última consulta: 10 de julio de 2021].

(23) Vid. art. 234.2 CP: «Se impondrá una pena de multa de uno a tres meses si la cuantía de lo sustraído no excediese de 400 euros, salvo si concurriese alguna de las circunstancias del artículo 235».

(24) Vid. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (INE), «Estadística de Violencia Doméstica y Violencia de Género (EVDVG)», *Notas de Prensa*, mayo de 2021, pág. 18. Disponible en: https://www.ine.es/prensa/evdvg_2020.pdf [Última consulta: 10 de julio de 2021].

planteado y su correcta derivación, con la menor necesidad posible de reiterar su relato plagado de datos sensibles ante variadas instancias.

4.2. En la asistencia y asesoramiento profesional en la toma de decisiones

El principio esencial al que atender es el de autonomía de la persona mayor⁽²⁵⁾ en sus decisiones ante la justicia una vez haya recibido la información y orientación precisa, sea cual sea el lugar que ocupe en el proceso —denunciante, denunciado, víctima, testigo, o responsable legal de un menor a su cuidado—, y, en caso de que se detecte que padece una situación de dificultad para intervenir o de desvalimiento (incluso emocional por dependencia de familiares o cuidadores), ha de contar con atención personalizada, especializada y apoyo suficiente (incluso psicológico) en dicha intervención, ya simplificada, facilitada, y, en la medida que resulte precisa al procedimiento, cuidando siempre en preservar su dignidad, intimidad y autonomía de la voluntad. En este momento la proximidad con los profesionales especializados, coordinados entre sí para su mejor atención, resulta fundamental. La persona mayor, en lugar de percibir la situación con agobio e inseguridad, ha de percibir al sistema de justicia y sus profesionales como de apoyo y al Órgano Judicial como protector de sus derechos, sin privarle de su libre decisión.

El cambio conceptual va desde la protección con sustitución de su voluntad por causa de sus limitaciones a establecer un sistema de apoyos múltiples ajustados a sus limitaciones para compensarlas y colocar a la persona mayor en situación de ejercitar plenamente sus derechos. Es ya una cuestión no de protección del Estado, sino de salvaguarda por éste de sus derechos fundamentales.

4.3. En la intervención inexcusable en el procedimiento

Si la persona mayor ya está llamada a intervenir o comparecer en un proceso en el que se encuentra inmersa, sin poder evitar su colaboración como ciudadano con la Administración de Justicia, el sistema judicial en su conjunto ha de poseer medios y recursos para facilitar su intervención, con apoyo directo y especializado. En primer lugar, ocasionándole las menores molestias posibles, atendiendo caso por caso a sus especiales dificultades y situación, valorando alternativas si resulta especialmente dificultosa su presencialidad con el desplazamiento correspondiente ante la sede judicial, promoviendo soluciones menos gravosas y más cómodas como puede ser la videoconferencia desde un punto

(25) Vid. PUJALON, B. / VILA I MIRAVENT, J. / BROGGI VALLÈS, M. / PÉREZ SALANOVA, M., «Autonomía y dependencia en la vejez», *Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas*, núm. 16, 2009. Disponible en: <https://www.fundaciogrifols.org/documents/4662337/4688831/cuaderno16.pdf/2f29e074-4dee-4b5b-bca2-9dfdb11599c7> [Última consulta: 10 de julio de 2021].

más cercano con acompañamiento familiar o profesional, o bien mediante ratificación de algún escrito o declaración previa, pudiendo, en ocasiones, quedar a disposición del órgano judicial mediante un teléfono de contacto si la audiencia previsiblemente pueda ser de conformidad y no requiere su participación inicialmente solicitada.

En cualquier caso, son estas limitaciones propias de la edad las que aconsejan simplificar su colaboración, reduciendo y suavizando los interrogatorios, y evitando reiteración en sus declaraciones y, en su caso, exámenes periciales, por lo que es idónea la utilización de la práctica de prueba anticipada con todas las garantías, reproducida posteriormente en el proceso.

Por último, si la persona mayor comparece presencialmente, tanto las instalaciones como las concretas dependencias judiciales a las que haya de acudir deben estar suficientemente dotadas de medios de apoyo y recursos asistenciales ante posibles eventualidades (intérpretes, psicólogos, peritos), prestando en todo momento por todos los operadores jurídicos y demás personal de auxilio un trato esmerado y ajustado a su situación personal. En estos casos debe existir, además de una infraestructura de medios personales y materiales, también una comunicación ágil entre el órgano judicial al que asiste la persona mayor y las Oficinas Gubernativas o las Unidades asistenciales, cuyos servicios o recursos se pudieran necesitar.

4.4. En los actos de comunicación, citaciones y notificaciones del procedimiento

Lo esencial a estos actos es que el justiciable tenga conocimiento de los mismos y comprenda sus consecuencias, ya que el correcto avance del proceso depende de ello, lo que implica que, según las limitaciones de cada persona mayor, se ha de comprobar que ha recibido la misma y conoce su contenido y consecuencias. Nuevamente, resulta indispensable una cordial y eficaz vinculación con el sistema judicial y la oficina del mismo llamada a atenderle, proporcionándole las explicaciones que requiera en lenguaje comprensible.

Es más, si es preciso, ante la carencia de medios telemáticos propios, y la posibilidad de que la persona mayor requiera más tiempo o explicaciones para asimilar la información, cabría pensar, incluso, en la posibilidad de flexibilizar el sistema posponiendo el plazo procesal de que se trate —sin perjuicio de la contraparte— a la comprobación de que la persona mayor ha quedado bien y debidamente informada.

— En resumen, apoyos y facilidades desde el sistema judicial actual y venidero al acceso e intervención en él de las personas mayores para salvar sus dificultades y deterioro de facultades debidas a su edad, colocándolos en situación de igualdad respecto al resto de ciudadanos del Estado.

Por todo lo expuesto, al margen del encaje definitivo de la protección y apoyo a nuestras personas mayores en el nuevo diseño de la estructura judicial y sus Oficinas de nuevo diseño, junto a los Tribunales de Instancia o las más cercanas de los Municipios sustitutivas de los Juzgados de Paz, las necesidades a cubrir y su(s) demanda(s) permanecen, por lo que, al menos en el momento actual, además de crear ese espacio de sensibilidad y concienciación entre todas las instituciones y profesionales implicados avanzando en su formación, cabría proponer unas líneas de mejora del servicio público de justicia para las personas mayores que acceden y actúan en él, ya desde un nuevo concepto de apoyo asistencial y no de sustitución, que mantenga intactos sus derechos fundamentales.

V. LÍNEAS DE MEJORA DEL SERVICIO DE JUSTICIA EN SU REGULACIÓN, ESTRUCTURA Y ACTUACIONES SUSTANTIVAS

5.1. Desde el plano normativo

— Extender y reajustar la regulación ya existente y en evolución avanzada sobre discapacidad a las personas mayores en situación de vulnerabilidad ante el sistema judicial.

— Implementar dicha regulación con normas flexibles en los procedimientos según jurisdicciones —acompañadas de medidas de organización y gestión, ágiles, coordinadas y eficaces—, que permitan ajustes razonables a la intervención de los mayores, atendiendo a su edad y necesidades de apoyo y comprensión para actuar por sí mismos.

— Establecer reglas claras sobre el trato que deben recibir los mayores vulnerables al acceder o participar en un acto judicial, así como sobre la garantía de la protección de la intimidad, privacidad y confidencialidad de los datos proporcionados por la persona mayor a los profesionales de apoyo para la toma de decisiones con libertad y autonomía personal.

— Potenciar en el sistema en su conjunto, y especialmente para las personas mayores, los mecanismos preventivos y alternativos de resolución extrajudicial de conflictos, introduciendo posibilidades de derivación por razón de su edad hacia soluciones arbitrales, de mediación, o de conciliación entre las partes.

— Revisión de la Ley 1/96 de Justicia Gratuita⁽²⁶⁾ para adaptarla a la (Convención) CDPD y demás reformas en curso a fin de incluir la gratuidad de los

(26) *Vid.* Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1996/BOE-A-1996-750-consolidado.pdf> [Última consulta: 27 de mayo de 2021]. Asimismo, RD 141/2021, de 9 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2021/03/10/pdfs/BOE-A-2021-3698.pdf> [Última consulta: 10 de julio de 2021].

servicios de apoyo y tutela judicial prestados a las personas mayores de edad en situación de dificultad económica.

5.2. Desde el plano estructural

— Aprovechar el momento de reordenación de los Tribunales de Justicia en el Anteproyecto de Ley de Tribunales de Instancia y Oficina Judicial, con supresión de los Juzgados de Paz, para introducir en ellas, y especialmente en zonas rurales o alejadas de los núcleos de Provincia, un servicio en dichas Oficinas de Justicia Municipales destinado a informar, apoyar y favorecer a las personas mayores en sus relaciones con la Administración de Justicia.

— Implementar las infraestructuras ya existentes o en proyecto en el sistema de justicia para prestar también servicio a los mayores vulnerables, tales como los servicios de Unidades Administrativas que eliminen barreras y faciliten los accesos, los de asistencia psicológica, o las Oficinas en los Decanatos y en los Colegios de Abogados similares a otras especiales (¿especialidades?) ya en funcionamiento, en este caso de «Asistencia al discapacitado y a las personas mayores vulnerables».

— Potenciar la formación especializada de los profesionales jurídicos — jueces, fiscales y abogados— y demás profesionales y personal de apoyo judicial a las personas mayores según sus competencias y en coordinación multidisciplinar.

— Fomentar la gratuidad de estos servicios de información, asistencia y orientación jurídica a los mayores en función de su situación económica y circunstancias.

5.3. Desde el plano funcional

— Implementar mediante dotación presupuestaria los recursos materiales, personales y digitales de las Oficinas judiciales con competencias en apoyo, atención, consulta y asesoramiento a las personas mayores, para que se coordinen con las existentes en los Colegios de Abogados, Registrales y demás Gabinetes de asistencia profesional para simplificar y agilizar gestiones procesales con cualquier órgano judicial —p. ej. otorgar poderes, acceder al Registro—, de tramitación —con derivación a servicios de mediación— y, en su caso, de asistencias personalizadas.

— Generar un registro de problemáticas más sensibles y frecuentes en las personas mayores, según ámbitos jurisdiccionales y de actuación.

— Prestar especial atención a las problemáticas más frecuentes de abuso, maltrato o desvalimiento en cada jurisdicción con mecanismos de detección

de los mismos y remisión competencial para prevenir y dotar de mecanismos inmediatos de respuesta y protección integral.

— Elaborar al respecto Guías o Protocolos de actuación, generales y por jurisdicciones, a conocer por todos los operadores jurídicos involucrados.

— Velar en línea multidisciplinar por la atención preferente a las personas mayores en los servicios de justicia, tanto desde los órganos judiciales como desde el resto de los operadores con la Administración de Justicia, valorando la problemática y urgencia de la cuestión planteada, con inmediata orientación al ámbito correspondiente.

— Finalmente, ante situaciones de especial vulnerabilidad y abuso detectadas respecto a una persona mayor, tener como objetivo a alcanzar en el futuro «la atención integral al justiciable en la tercera edad».

VI. CONCLUSIONES FINALES

Nos encontramos en un momento histórico, especialmente favorable para acometer reformas y dotar de recursos al sistema de justicia, que favorezcan la participación en él de las personas mayores limitadas o vulnerables por su edad y circunstancias, respondiendo ante sus dificultades de acceso y actuación ante la justicia con medios adecuados para disminuir o eliminar sus condiciones de desigualdad en este ámbito respecto al resto de los ciudadanos.

Se trata de un reto que dignificará y humanizará a toda la sociedad.

A continuación se enumeran las principales recomendaciones extraídas:

1. Modificar la cobertura del CDPD, ampliándolo en su clausulado a la cobertura de los mayores vulnerables.

A) Ampliar el ámbito de actuación del «Foro de Justicia y Discapacidad» en el seno del CGPJ a los mayores vulnerables.

B) Como consecuencia, también ampliarlo a otros participantes y a los operadores jurídicos llamados a intervenir junto a ellos (Colegios de Abogados, Procuradores, Notarios, etc.).

2. Impulsar la colaboración de los servicios de orientación jurídica prestados por los Colegios de Abogados de España a un servicio específico respecto a las personas mayores vulnerables (de asesoramiento y consultas, evitación de conflictos, arbitraje).

3. Dotar a los Decanatos de una Oficina de Atención a las personas mayores vulnerables en sus relaciones con la Administración de Justicia, similar en su estructura a la de Atención a las Víctimas (con información y derivación a los Órganos, Profesionales Técnicos o Servicios correspondientes).

4. Aprovechar la oportunidad del Anteproyecto de Ley de Eficiencia Organizativa del Servicio Público de Justicia y las nuevas Oficinas de Justicia Municipales sustitutivas de los Juzgados de Paz para implementar en las zonas rurales un servicio especial de atención y asesoramiento a las personas mayores de edad en sus relaciones con la justicia.

5. Implementar la actuación de los defensores del pueblo respecto a los ciudadanos mayores⁽²⁷⁾ con limitaciones respecto a sus necesidades y dificultades de relación personal, familiar, social e institucional, con un servicio de atención y derivación hacia los servicios de las CCAA y Ayuntamientos con competencias en la problemática planteada en línea de mejora de su calidad de vida y participación social activa.

VII. RECOMENDACIONES

— Cabe reflexionar y realizar propuestas de mejora que allanen las relaciones con la justicia de las personas mayores, inmersas en el proceso de envejecimiento, y que garantizaría con mayor plenitud su derecho a la tutela judicial efectiva y demás derechos fundamentales.

— Debe promoverse un fácil acceso a la justicia por parte de las personas mayores, especialmente de quienes residen en la llamada «España vaciada», adaptándose dicho acceso a las circunstancias y necesidades de estas personas, en particular todas aquellas medidas que tiendan a un trato más personalizado.

VIII. BIBLIOGRAFÍA CITADA

APARISI MILLARES, Á., «El principio de dignidad humana como fundamento de un bioderecho global», *Cuadernos de Bioética*, núm. 81, vol. 24, 2013.

BARRANCO AVILÉS, M.^a. C. / VICENTE ETXEVARRÍA, I., «La discriminación por razón de edad en España». Conclusiones y recomendaciones para el contexto español con un enfoque basado en derechos», *HelpAge International España*, 2020.

CASADO MARÍN, D. / LÓPEZ I CASASNOVAS, G., «Vejez, dependencia y cuidados de larga duración. Situación actual y perspectivas de futuro», *Fundación «La Caixa»*, núm. 6, 2001.

FERNÁNDEZ MUÑOZ, J. N. (Coord.), *Informe 2016. Las Personas mayores en España. Datos Estadísticos Estatales y por Comunidades Autónomas*, Ministerio de

(27) Vid. DEFENSOR DEL PUEBLO DE ESPAÑA, *Informe anual 2020. Informe de gestión*, vol. 1, Madrid, 2021. Disponible en: https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2021/05/Informe_anual_2020-1.pdf [Última consulta: 10 de julio de 2021].

Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad Instituto de mayores y Servicios Sociales (IMSERSO), 2017.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (INE), «Estadística de Violencia Doméstica y Violencia de Género (EVDVG)», *Notas de Prensa*, mayo de 2021. Disponible en: https://www.ine.es/prensa/evdvg_2020.pdf [Última consulta: 10 de julio de 2021].

ITURRI GARATE, J. C., «La accesibilidad de los edificios judiciales», *Boletín Informativo Juezas y jueces para la Democracia*, núm. 75, octubre de 2019.

LORENZO CARRASCOSA, L., «Consecuencias del envejecimiento de la población: el futuro de las pensiones», *Indicadores sociales de España 2004*, Instituto Nacional de Estadística (INE), 2004.

MARTÍNEZ MORÁN, N. / ROMEO CASABONA, C. M. / DE CASTRO CID, B. / DE MIGUEL BERIAIN, I. (Coords.), *Biotecnología, Derecho y dignidad humana*, Comares, Granada, 2003.

MINISTERIO DE DERECHOS SOCIALES Y AGENDA 2030, *Plan de Choque en Dependencia 2021-2023*, enero de 2021.

MINISTERIO DE JUSTICIA, *Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia*, 2002. Disponible en: https://www.administraciondejusticia.gob.es/paj/PA_PAGAJGenerico/descarga/Carta_de_derechos_de_los_ciudadanos.pdf?idFile=efd22835-f876-4e70-9cee-ae78d96b95a7 [Última consulta: 10 de julio de 2021].

MINISTERIO DE JUSTICIA, *Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia*, 2021. Disponible en: <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/APL%20Eficiencia%20Procesal.pdf> [Última consulta: 10 de julio de 2021].

PÉREZ DÍAZ, J. / ABELLÁN GARCÍA, A. / ACEITUNO NIETO, P. / RAMIRO FARIÑAS, D., «Un perfil de las personas mayores en España, 2020. Indicadores estadísticos básicos», *Informes Envejecimiento en red*, núm. 25, marzo de 2020.

PUIJALON, B. / VILA I MIRAVENT, J. / BROGGI VALLÈS, M. / PÉREZ SALANOVA, M., «Autonomía y dependencia en la vejez», *Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas*, núm. 16, 2009.

Páginas electrónicas

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (CGPJ), *Diez acciones imprescindibles para una justicia justa*, enero de 2020. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/> [Última consulta: 10 de julio de 2021].

CAPÍTULO 26

DEFUNCIÓN, DERECHOS SUCESORIOS Y DECISIONES *POSTMORTEM*

Carlos Pérez Ramos
Notario de Madrid

I. DEFUNCIÓN

1.1. Introducción

Como corolario al reconocimiento constitucional al derecho de propiedad privada, el art. 33 de nuestra CE reconoce el *derecho a la herencia*, por lo que fallecida una persona física se inicia el fenómeno sucesorio con la apertura de su sucesión, siendo este fenómeno el que se va a analizar en estas líneas, centrándonos en su descripción mediante el recorrido de sus instituciones principales para finalmente detenernos en el interesante tema de su diseño atendiendo a las particularidades que puede presentar, según las circunstancias vitales de cada causante, la futura sucesión.

Ante todo hay que tener en cuenta que cuando hablamos de sucesión *mortis causa* estamos partiendo de la premisa de que el difunto era una persona física, puesto que las personas jurídicas se disuelven y liquidan pero no fallecen. En cambio el sucesor —sea heredero o legatario— puede ser tanto una persona física como una persona jurídica.

Respecto al sucesor hay que distinguir según sea llamado por el causante como heredero o legatario:

Es *heredero* el sucesor a título universal, que sustituye al difunto en todas las relaciones jurídicas activas y pasivas que no se extinguen con su muerte, pasando a ocupar en ellas la misma posición que ostentaba el causante.

Es *legatario* el sucesor a título particular, que sustituye al difunto en relaciones jurídicas determinadas. Sus principales diferencias son:

A) El heredero sucede en *todo el patrimonio* del difunto o en una *cuota del mismo*; en cambio, el legatario sucede en bienes, derechos o valores determinados.

B) El heredero responde de las deudas del causante personal e ilimitadamente con sus propios bienes (art. 1003 CC), salvo que acepte a beneficio de inventario (art. 1023 CC); en cambio, el legatario no responde del pasivo de la herencia, salvo que toda se distribuya en legados (art. 891 CC) o que el testador le haya impuesto algunas cargas y obligaciones, que no pueden exceder del valor de su legado (arts. 797 y 858 CC).

C) El heredero precisa aceptar la herencia y si fallece transmite a sus herederos el derecho de aceptar o repudiar (art. 1006 CC). En cambio el legatario de cosa cierta no necesita aceptar el legado aunque podrá repudiarlo y, si muere sin aceptarlo, lo que se trasmite a sus herederos es la misma cosa legada (no el derecho a aceptarla); no obstante, algunos defienden que dado que nadie puede adquirir un derecho sin contar con su voluntad se necesita que el legatario acepte el legado.

D) El heredero que acepta tiene la posesión civilísima desde el fallecimiento del causante (art. 440 CC), y en cambio el legatario aunque desde el fallecimiento jurídicamente es propietario de la cosa legada necesita que cualquiera de las personas del art. 885 CC le entreguen su posesión, lo que tratándose de inmuebles conlleva que no podrá inscribirlo a su nombre mientras no se otorgue la escritura de entrega de legados, lo que provoca una curiosa paradoja: el legatario es propietario pero como no puede inscribir la finca legada a su nombre no podrá hipotecarla y difícilmente podrá encontrar un comprador dispuesto a adquirirla, puesto que no podrá inscribir su adquisición.

E) El heredero tiene obligación de colacionar siempre que además sea legitimario descendiente, mientras que el legatario no tiene obligación de colacionar aunque sea legitimario-descendiente y en vida hubiese recibido donaciones del causante, aunque algunos lo ponen en duda tratándose de un legatario de parte alícuota.

F) El heredero forma parte de la comunidad hereditaria por lo que puede pedir la división judicial de herencia (art. 782 LEC) y en si la partición es convencional (art. 1058 CC) deberá consentirla; en cambio, el legatario de cosa cierta no forma parte de la comunidad hereditaria y por ello no puede promover la división judicial de la herencia ni debe consentir la partición convencional.

G) Y sobre todo, el heredero —a diferencia del legatario— es continuador de la personalidad del causante y por tanto: se le aplicará la doctrina de los actos propios, los contratos consentidos por el causante le vinculan (art. 1257 CC) y tiene legitimación activa procesal para actuar en nombre del causante, mientras que el legatario sucede en bienes concretos.

H) Desde el punto de vista formal: El heredero puede ser designado por el testador o llamado por la ley, el legatario solo por el testador.

1.2. ¿Qué bienes y derechos componen la herencia?

El punto de partida es el art. 659 CC que declara que *«la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extinguen por su muerte»*.

Por tanto se incluye tanto activo (bienes y derechos de contenido patrimonial) como pasivo (deudas del causante) que no se extingan por la muerte.

Con relación al pasivo hay que comentar dos aspectos:

De un lado, el heredero responde de las deudas del causante con su propio patrimonio, lo que se conoce como responsabilidad *ultra vires hereditatis*, que implica que las deudas del causante pasan a ser deudas propias del heredero, salvo que acepte acogiendo al beneficio de inventario, en cuyo caso la responsabilidad frente a los acreedores del causante y de la herencia queda limitada a los bienes que forman parte de ésta, sin que afecten al patrimonio del heredero (art. 1023 CC).

Y del otro, es importante recordar que si el causante se obligó en vida como fiador (p. ej. en un préstamo hipotecario), la posición de fiador, como cualquier otra obligación será transmisible a sus herederos.

La sucesión alcanzará también a la posición procesal que ocupaba el causante puesto que conforme al art. 16 LEC la posición procesal del difunto la ocupará la persona que conforme al derecho civil sea su heredero, quien solo entra en su posición, no pudiendo modificar las actuaciones del causante, toda vez que le es aplicable la doctrina de los actos propios.

Visto lo que forma parte de la herencia vamos a exponer los bienes o derechos que unánimemente se consideran que no forman parte de la herencia y aquellos cuya pertenencia es discutida.

No forman parte de la herencia:

— Los derechos vitalicios de los que el causante era titular, esto es: el usufructo (art. 513.1 CC), el uso (art. 525 CC), la habitación (art. 529 CC), la renta vitalicia (art. 1808 CC) y el derecho a percibir alimentos.

— Los derechos de carácter familiar como la condición de cónyuge, tutor, o de titular de la patria potestad.

— La indemnización por causa de muerte, puesto que para la jurisprudencia (STS 1 abril 2009) no puede suceder en algo que no había ingresado en el patrimonio del causante —pues solo los vivos son capaces de adquirir derechos—, por lo que la legitimación no corresponde a los herederos en cuanto tales, sino a los perjudicados por el fallecimiento.

— Las sanciones económicas impuestas en juicios penales: Para la SAN de 10 de junio 2005 las sanciones penales se extinguen por el fallecimiento del responsable, en virtud de la aplicación del principio de la personalidad de las penas y de las sanciones, y sobre todo de la máxima de que la responsabilidad se asienta en la culpabilidad individual. Cuestión distinta son las sumas derivadas de la responsabilidad civil derivada de un delito que sí se

transmite *mortis causa* puesto que no es una sanción penal sino una indemnización de daños.

— Los derechos derivados de relaciones contractuales *Intuitu personae*: contrato de trabajo, arrendamiento de obra, y especialmente la condición de representante orgánico o voluntario puesto que los poderes se extinguen por el fallecimiento del poderdante o representado (art. 1732 CC).

— La condición de socio en sociedades personalistas (sociedad civil por los arts. 1680 y 1700 CC y en las sociedades colectivas y comanditarias si el fallecido era socio colectivo por el art. 221 Cdc).

— Los bienes que tengan un destino predeterminado: así, los donados con pactos de reversión (art. 641 CC); los sometidos a sustitución fideicomisaria (art. 781 CC); los sujetos a reserva y los bienes en que se verifique la reversión legal (art. 812 CC);

— Los derechos políticos como el de sufragio y los derechos a la función pública. Un caso especial es el de los *derechos de la personalidad*, como el derecho al honor (LO 1/1982) o el derecho de rectificación pública (LO 2/1984), que no se transmiten a los herederos, aunque en determinados supuestos estos pueden continuar o ejercitar las acciones de defensa previstas en las leyes.

Como casos *discutidos* tenemos los siguientes:

1. Se debate si el *capital de los seguros estipulados por el causante sobre su propia vida* integra o no la herencia. Parece que la respuesta correcta es la negativa, ya que los beneficiarios no los reciben directamente del causante sino de la compañía aseguradora, aunque algunos afirman, con razón, que en realidad nos encontramos ante una donación indirecta, en que lo donado no es la prestación económica que el beneficiario recibe de la entidad aseguradora sino las primas del seguro que el tomador fue pagando, tal y como puede deducirse de la lectura del art. 88 LCS del que resulta que «*la prestación del asegurador debe ser entregada al beneficiario, en cumplimiento del contrato, aun contra las reclamaciones de los herederos legítimos y acreedores de cualquier clase del tomador del seguro. Unos y otros podrán, sin embargo, exigir al beneficiario el reembolso del importe de las primas abonadas por el contratante en fraude de sus derechos*».

2. También es problemático el caso de la *oferta contractual*. En concreto se discute si los herederos de quien realizó una oferta están vinculados por la aceptación de la misma realizada tras el fallecimiento del oferente. La jurisprudencia (STS 23 marzo 1988) rechaza esta posibilidad concluyendo que sólo será transmisible la posición contractual (art. 1257 del CC) es decir, la oferta expresa o tácitamente aceptada.

No obstante, un sector de la doctrina, incluye dos casos en que la oferta será transmisible *mortis causa*: cuando expresa o tácitamente se hubiera emitido por el oferente como *irrevocable*, o en el caso de que el oferente sea un empresario y el contrato ofrecido pertenezca al ámbito propio de las operaciones de la empresa, puesto que hay una confianza de los terceros que no puede ser defraudada, y además la muerte en principio no interrumpe el tráfico mercantil; aunque en contra de estos argumentos, puede alegarse que la protección de la apariencia y del tráfico mercantil está justificado siempre que hay un contrato, y en el caso de la oferta no lo hay mientras no sea aceptada.

3. La transmisión de las Administraciones de Loterías se tratan por la STS 2 enero 2006 que resume la posición del TS al respecto concluyendo «que no forman parte de la herencia y (...) se rige en cuanto a su transmisión por normas específicas, que nada tienen que ver con las sucesorias. Las mismas se hallan en el art. 14 del R.D. de 11 de junio de 1.985: de este RD se deriva que la titularidad no se transmite ni *inter vivos* ni *mortis causa*; el titular de la Administración lo único que tiene es la facultad de proponer a un nuevo titular dentro de un círculo señalado de personas, que nada tienen que ver con el hecho de suceder al titular; la Administración nombra al nuevo si reúne las condiciones que le exige el R.D. de 1.985, no porque el Administrador de Loterías lo haya dispuesto».

1.3. El problema de la herencia digital

La herencia digital se descompone en dos vertientes: la defensa de la personalidad pretérita (o la tutela *post mortem* de los aspectos personales o morales de la personalidad pretérita) y el patrimonio digital transmisible.

A) Defensa de la personalidad pretérita

Aunque la muerte provoca la extinción de la personalidad jurídica, lo cierto es que el ordenamiento otorga cierta protección a la llamada personalidad pretérita, puesto que como resulta de la EM de la LO 1/1982 aunque la muerte del sujeto de derecho extingue los derechos de la personalidad, su *memoria* constituye una prolongación de esta última que debe también ser tutelada por el Derecho.

La defensa de la personalidad pretérita, es decir, el ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida corresponde a (art. 4 LO 1/1982): la persona que haya designado el fallecido a tal efecto en su testamento, que puede ser una persona jurídica; si no existe designación o ha fallecido la persona designada, están legitimados el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen

al tiempo de su fallecimiento; y finalmente, a falta de todos ellos, el ejercicio de las acciones de protección corresponde al MF, que puede actuar de oficio a la instancia de persona interesada, siempre que no hayan transcurrido más de 80 años desde el fallecimiento del afectado. El mismo plazo se observa cuando el ejercicio de las acciones mencionadas corresponda a una persona jurídica designada en testamento.

Si sobreviven varios parientes de los legitimados, cualquiera de ellos puede ejercer las acciones previstas para la protección de los derechos del fallecido.

La defensa de la personalidad pretérita no se construye desde los principios del Derecho de sucesiones, ya que no existe propiamente una transmisión *mortis causa* de derechos o facultades del finado, ni se concibe a las personas autorizadas para defender todos ellos como beneficiarios de las potenciales indemnizaciones derivadas de tales acciones. El importe de la indemnización corresponde a las personas legitimadas para la defensa de la personalidad pretérita del fallecido y, en su defecto, a sus causahabientes, en la proporción en que la sentencia estime que han sido afectados (art. 9.4 LO 1/1982).

La Ley diseña estas reglas para evitar la lesión de la memoria del difunto, pero no se preocupa propiamente de los aspectos patrimoniales relativos a la explotación económica de la identidad humana pretérita (tales como el nombre, la voz o la imagen, por lo demás tan susceptibles de uso no autorizado en el mercado digital); la auténtica transmisión *mortis causa* del componente patrimonial de los derechos de la personalidad ha sido construida doctrinal y jurisprudencialmente.

El que la personalidad pretérita —o mejor dicho, la tutela *post mortem* de los aspectos personales o morales de la personalidad pretérita— no forme parte de la herencia, no implica que no puedan integrarla algunos derechos de la personalidad, como los derechos de explotación de la propiedad intelectual, transmisibles *mortis causa* durante los 70 años posteriores al fallecimiento.

La decisión de quién se quiere que proteja la personalidad pretérita, puede hacerse por testamento o mediante otras instrucciones documentalmente probadas (art. 3 y 96 LOPD). En ambos casos, es preciso transferir o revelar al ejecutor, sucesor o persona de confianza las claves o contraseñas para acceder a las cuentas oportunas (bancarias, redes sociales, servicios suscritos, repositorios como Dropbox, correo electrónico, acceso al ordenador) o para disponer de los bienes digitales en cuestión (*bitcoins*, p. ej.).

B) *Patrimonio digital transmisible*

Para aclarar cuál es el patrimonio digital transmisible, y por tanto qué parte del patrimonio digital forma parte de la herencia, hay que distinguir tres aspectos (Cámara LAPUENTE):

1. Identidad digital (el sujeto) y patrimonio digital (el objeto). La identidad digital (impronta de la personalidad en el entorno digital, «rastros digitales») se corresponde con la identidad humana y al morir merece, cuando menos, la misma protección que los aspectos tutelables de la personalidad pretérita en el mundo no digital.

2. Bienes digitales y servicios digitales, entre los que se incluyen servicios de almacenamiento en línea, servicios de redes sociales, servicios de comunicaciones electrónicas, puros datos (personales o no) generados por el usuario como huella digital de su paso por el mundo virtual; y finalmente el contenido digital y soporte duradero en que está alojado. Dado que la posesión y propiedad de dicho soporte (ordenador, disco duro, memoria USB, teléfono móvil) son perfectamente transmisibles, puede defenderse el carácter transmisible de los contenidos digitales ahí alojados a favor del beneficiario del soporte.

1.4. ¿Qué trámites hay que realizar tras el fallecimiento de una persona?

Habrá que solicitar el certificado de defunción del RC, pasados quince días desde el fallecimiento del causante podrá solicitarse al Registro General de Actos de Última Voluntad el respectivo certificado en el que se indicará si no se otorgó testamento, y sí se otorgó cuál es el último, debiendo el certificado indicar el notario autorizante, número de protocolo y fecha de su otorgamiento.

A) Sucesión testada

Es la que tiene lugar cuando se otorgó testamento válido. Debe ser el último testamento, planteando problemas el caso en que hubiera varios testamentos puesto que el art. 739 CC declara que «el testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en este su voluntad de que aquel subsista en Sin embargo, el testamento anterior recobra su fuerza si el testador revoca después el posterior y declara expresamente ser su voluntad que valga el primero».

Este precepto ha sido criticado por su excesivo rigor puesto que literalmente interpretado conllevaría que salvo que en testamento posterior se dijera expresamente que subsista en todo en parte el anterior, éste siempre habrá sido revocado, y estas críticas han tenido su reflejo en la jurisprudencia que desde hace más de veinte años está suavizando el rigor literal del art. 739 CC en el sentido de defender que para que se mantenga el testamento anterior no es necesario que en el posterior el testador así lo manifieste, sino que bastará con que tal efecto se deduzca del testamento posterior, aunque no lo sea expresamente.

Para llegar a esta conclusión se apoya en el argumento de que la presunción de revocación del testamento anterior establecida en el art. 739 CC es una

presunción *iuris tantum* (SSTS 7 de mayo de 1990 y 14 de mayo de 1996), por lo que habrá que interpretar la voluntad del testador, plasmada en el último testamento otorgado válidamente, para concluir si el testamento anterior quedó o no, total o parcialmente revocado (STS 12 junio 2002).

No obstante, esta interpretación no deja de ser peligrosa porque obliga a reconstruir la voluntad del causante mediante la suma de distintos testamentos, lo que en teoría puede parecer sencillo pero que en la práctica es muy complicado, por ello en los testamentos notariales se suele incluir —y es recomendable que así se haga— una cláusula en la que expresamente se dice que el testamento revoca y deja sin efecto cualquier testamento anterior.

Para la tramitación de la herencia habrá que presentar certificado de defunción, y la copia autorizada del que según el Registro de actos de última voluntad resulte ser el último testamento.

B) *Sucesión intestada*

a) Posibles herederos *ab intestato* y el orden de llamamiento.

Los grupos de posibles herederos legales o intestados (orden) son los descendientes, en su defecto los ascendientes, en su defecto los colaterales hasta el cuarto grado y a falta de todos ellos el Estado.

Hay que tener en cuenta que en los distintos órdenes serán preferidos los parientes más próximos frente a los más remotos, sin perjuicio del posible derecho de representación cuando tenga lugar (art. 924 CC).

b) La declaración de herederos *ab intestato*.

Quienes se consideren con derecho a suceder *ab intestato* a una persona fallecida y sean sus descendientes, ascendientes, cónyuge, o sus parientes colaterales, pueden instar la declaración de herederos *ab intestato*, teniendo en cuenta que no es necesario que la pidan todos los posibles herederos *ab intestato*, bastando que lo pida uno solo, y por los menores el padre o la madre que ostente la patria potestad, pudiendo el emancipado por sí solo.

La declaración de herederos se tramita en acta de notoriedad autorizada por notario competente para actuar en el lugar en que hubiera tenido el causante su último domicilio o residencia habitual, o donde estuviere la mayor parte de su patrimonio, o en el lugar en que hubiera fallecido, siempre que estuvieran en España, a elección del solicitante. También puede elegir a un notario de un distrito colindante a los anteriores. En defecto de todos ellos, es competente el notario del lugar del domicilio del requirente.

El requerimiento para la iniciación del acta debe contener la designación y datos identificativos de las personas que el requirente considere llamadas a la

herencia e ir acompañado de los documentos acreditativos del parentesco con el fallecido de las personas designadas como herederos, así como de la identidad y domicilio del causante. En todo caso debe acreditarse el fallecimiento del causante y que este ocurrió sin título sucesorio mediante información del RC y del Registro General de Actos de Última Voluntad, o, en su caso, mediante documento auténtico del que resulte a juicio del notario, indubitadamente, que, a pesar de la existencia de testamento o contrato sucesorio, procede la sucesión abintestato, o bien mediante sentencia firme que declare la invalidez del título sucesorio o de la institución de heredero.

El requirente debe aseverar la certeza de los hechos positivos y negativos, en que se haya de fundar el acta y debe ofrecer información testifical relativa a que la persona de cuya sucesión se trate ha fallecido sin disposición de última voluntad y de que las personas designadas son sus únicos herederos.

Cuando cualquiera de los interesados fuera menor o persona con capacidad modificada judicialmente y careciera de representante legal, el notario comunica esta circunstancia al MF para que inste la designación de un defensor judicial (art. 56.1 LN).

En el acta ha de constar necesariamente, al menos, la declaración de dos testigos que aseveren que de ciencia propia o por notoriedad les constan los hechos positivos y negativos cuya declaración de notoriedad se pretende. Dichos testigos pueden ser, en su caso, parientes del fallecido, sea por consanguinidad o afinidad, cuando no tengan interés directo en la sucesión.

El notario, a fin de procurar la audiencia de cualquier interesado, práctica, además de las pruebas propuestas por el requirente, las que se estimen oportunas y en especial aquellas dirigidas a acreditar su identidad, domicilio, nacionalidad y vecindad civil y, en su caso, la ley extranjera aplicable.

Si se ignorase la identidad o domicilio de alguno de los interesados, el notario recaba, mediante oficio, el auxilio de los órganos, registros, autoridades públicas y consulares que, por razón de su competencia, tengan archivos o registros relativos a la identidad de las personas o sus domicilios, a fin de que le sea librada la información que solicite, si ello fuera posible.

Si no lograse averiguar la identidad o el domicilio de alguno de los interesados, el notario debe dar publicidad a la tramitación del acta mediante anuncio publicado en el «BOE» y puede, si lo considera conveniente, utilizar otros medios adicionales de comunicación. También debe exponer el anuncio del acta en los tablones de anuncios de los Ayuntamientos correspondientes al último domicilio del causante, al del lugar del fallecimiento, si fuera distinto, o al del lugar donde radiquen la mayor parte de sus bienes inmuebles.

Cualquier interesado puede oponerse a la pretensión, presentar alegaciones o aportar documentos u otros elementos de juicio dentro del plazo de un mes a contar desde el día de la publicación o, en su caso, de la última exposición del anuncio (art. 56.2 LN).

Una polémica SAP Madrid 19 diciembre 2017 considera que cuando el requirente del acta no aporta libro de familia del causante por manifestar que se ha extraviado aunque los testigos confirmen lo declarado por el requirente «la falta de aportación del libro de familia impone extremar la diligencia y el deber de cuidado exigible activando las cautelas precisas para asegurar la notoriedad de los hechos, pues los interesados pueden omitir, deliberadamente o no, la aportación de determinadas certificaciones de matrimonio y filiación», y por ello entiende que se deben publicar edictos en el tablón de anuncios del Ayuntamiento y anuncios en el BOE.

Finalmente, la declaración de herederos implica una declaración referida a un momento temporal determinado, que no es el del acta, sino el momento del fallecimiento del causante, lo que no impide el reconocimiento como heredero de un fallecido, sin perjuicio de que el derecho a aceptar la herencia pueda ser ejercitado por sus herederos, o que el cónyuge sobreviviente al que se hubiera atribuido el usufructo viudal legal del tercio de mejora viviera al tiempo del fallecimiento del causante aunque no al tiempo del otorgamiento de la declaración de herederos (RDGRN 17 julio 2006).

c) El problema de la repudiación de la herencia y la sucesión intestada.

Uno de los problemas mayores que plantea la sucesión intestada es que debido a los devastadores efectos de la crisis económica en los últimos años se han multiplicado las renunciaciones de herencias como medio para evitar responder por las deudas del causante, hasta el punto que según las estadísticas del Consejo General del Notariado desde el año 2011 al año 2018 se han disparado un 146%, de manera que por cada renuncia de herencia que acontecía en el año 2011 en el año 2018 se producen más de tres, pasando de 18.933 a 46.683.

Pero a la hora de renunciar a una herencia hay que tener en cuenta al menos dos precauciones: de un lado, comprobar la fecha del fallecimiento del causante, puesto que si han transcurrido más de cuatro años corresponderá a quienes reciban la porción renunciada el satisfacer el impuesto de donaciones como si el repudiante hubiera realizado una donación a su favor, y sobre todo, el problema de las *rutras indeseadas de la repudiación* que se producen cuando tras renunciar, el repudiante se sorprende con que la porción repudiada no va a quien esperaba sino a persona distinta, con la dificultad de que la repudiación una vez hecha es irrevocable por el art. 997 CC salvo que como dice dicho precepto su consentimiento esté viciado por error, pero para ello será necesario que esta circunstancia se declare judicialmente, salvo como sostiene la DGRN

que la finalidad de la subsanación sea el declarar que no se realizó una renuncia pura y simple sino traslativa a favor de la persona a la que tras la renuncia se adjudica la herencia, siempre que concurren dos premisas (RDGRN 21 abril 2017 y 18 de mayo 2017): O bien que consientan la rectificación de la escritura de repudiación aquellos que resultan llamados en lugar del repudiante (los sustitutos vulgares) y que resultarían perjudicados si se subsana la escritura y se convierte una renuncia pura y simple en una renuncia traslativa a favor de otra persona. O bien que no haya pasado tiempo suficiente para entender que ha nacido expectativa alguna porque la subsanación se hace el mismo día en que se otorga la escritura.

Tratándose de sucesión intestada tenemos que distinguir dos casos:

1. El caso que renuncien todos los descendientes llamados o el único descendiente llamado (sean estos hijos, nietos o ulteriores descendientes): Se aplicará el art. 923 CC y por tanto «heredan los del grado siguiente por su propio derecho y sin que puedan representar al repudiante»; lo que plantea dos problemas:

a) El que los llamados no puedan representar al repudiante implica que sucederán por derecho propio y no por derecho de representación, y por tanto la división de la herencia se hará entre todos los llamados por cabezas y no por estirpes, lo que supone, que si p. ej. dos hijos eran llamados y repudian dejando uno de ellos cinco hijos y el otro uno, no se reparte el 50% de la herencia para un nieto y el otro 50% por parte iguales entre los 5 nietos restantes, sino que todo el caudal relicto se debe repartir en seis partes iguales.

b) Se plantea la duda de si cuando se llama a los del grado siguiente el CC se está refiriendo a grado de parentesco, o bien a grado como equivalente a orden. Si fuera lo primero son llamados los nietos mientras que si es lo segundo lo son los padres del causante o, en su defecto, el cónyuge viudo. Esta última opción tiene a su favor que el art. 929 CC no permite representar a una persona en caso de repudiación, pero lo cierto es que los nietos cuando son llamados por repudiación de los padres lo son precisamente por derecho propio y no por derecho de representación (art. 923 CC), y además el art. 923 CC se halla bajo la Sec. segunda titulada «*del parentesco*» por lo que lo más lógico es interpretar la norma literalmente y conforme al art. 915 CC reputar como *grado siguiente* el de la generación siguiente en la línea descendente.

Esta es la solución que ha acogido la RDGRN 21 de enero de 2013, sin que a la viuda corresponda más que el usufructo viudal y si los hijos al renunciar querían que toda su parte fuera a su madre deberían renunciar a favor de ella, y por tanto traslativamente con el correspondiente coste fiscal (donación de hijos a favor de su madre o padre).

3. El caso que renuncie uno de descendientes llamados concurriendo con otros del mismo grado: Operará el derecho de acrecer ya que conforme al art. 921 CC «si hubiere varios parientes de un mismo grado, y alguno o algunos no quisieren o no pudieren suceder, su parte acrecerá a los otros del mismo grado, salvo el derecho de representación cuando deba tener lugar», y el art. 924 CC cuando regula el derecho de representación entiende que el mismo tendrá lugar cuando el representado no puede suceder por *no haber vivido ni podido heredar* y, por tanto, excluye la repudiación, extremo confirmado por el art. 981 CC.

Se ha llegado a discutir si repudiando uno de los hijos la parte que éste tenía en la legítima estricta podría corresponder a sus hijos. A favor de que concurriera un derecho de representación se aduce la aplicación por analogía de los arts. 761, 814 y 857 CC, por lo que los nietos adquieren la cualidad de legitimarios por derecho de representación, o de manera más descriptiva, como sustitutos legales. No obstante, esta tesis no resulta convincente puesto que si en los preceptos citados se recoge un derecho de representación en la legítima a favor de los descendientes del hijo premuerto, indigno, o desheredado y no se incluye el caso de repudiación es precisamente porque el legislador no quiere que opere dicho derecho en estos casos.

II. DERECHOS SUCESORIOS

2.1. Las legítimas

Hay que partir de una premisa básica: en el Derecho Común rige el sistema de libertad de testar con legítima como freno, de manera que el causante si tiene herederos forzosos o legitimarios no puede disponer libremente por testamento sino que lo podrá hacer en la medida que previamente respete las legítimas, aunque la legítima conforme al art. 815 CC puede dejarla por cualquier título: llamando al legitimario como heredero, haciéndole un legado imputable a su legítima (sea de cosa cierta o de parte alícuota), e incluso realizándole en vida donaciones. Si no otorgó testamento el legitimario será llamado como heredero *ab intestato* (salvo legítima del viudo), y hay consenso en admitir que la legítima dejada con palabras comunes lo es como legado de parte alícuota.

Hay que destacar que si se deja al legitimario menos de lo que por legítima le corresponda tenderá derecho a reclamar a los herederos su suplemento (art. 815 CC), y que si nada se le deja se aplicará la figura de la preterición del art. 814 CC, discutiéndose si hay preterición incluso aunque no se cite al legitimario si en vida se le dejaron donaciones imputables a la legítima.

A) *Los herederos forzosos o legitimarios*

Son conforme al art. 807 CC y la interpretación que de este precepto realiza la doctrina y la jurisprudencia: los hijos, otros descendientes (nietos, bisnie-

tos...) en caso de premoriencia (art. 814.3 CC), desheredación (art. 857 CC), o indignidad (art. 761 CC) de alguno de los hijos prefiriendo los de grado más próximo a los de más remoto, pero no en caso de repudiación (art. 929 CC aplicado por analogía). Si el testador nunca tuvo hijos o éstos y todos sus descendientes han premuerto serán sus legitimarios los ascendientes, primero los padres o el que de ellos sobreviva al testador y si ninguno le sobrevivió serán los legitimarios los ascendientes de grado más próximo que le sobrevivan (generalmente los abuelos). Los ascendientes nunca pueden adquirir la condición de legitimarios si existen descendientes del testador; sin embargo, el cónyuge viudo es legitimario tanto concurra con hijos o descendientes como con padres o ascendientes, el cónyuge viudo.

La legítima de los descendientes serán dos terceras partes de la herencia, aunque uno de los tercios es el llamado tercio de mejora y el testador podrá disponer libremente del mismo siempre que los favorecidos sean hijos o descendientes (incluso nietos concurriendo con los padres que sean los legitimarios).

La legítima de los padres será de la mitad de la herencia salvo que concurran con el cónyuge viudo en cuyo caso será de una tercera parte de la herencia.

B) *¿Qué derechos tiene el legitimario por el mero hecho de serlo?*

a) Tienen derecho a recibir lo que por legítima le corresponda libre de cargas y gravámenes, por tanto, debe recibirla en pleno dominio, sin restricciones ni prohibiciones de disponer, ni dilaciones en su pago. Además, tiene derecho a recibirla en bienes de la propia herencia sin que se le pueda pagar con bienes o dinero propio de los herederos, salvo los casos de pago en metálico de la legítima que luego veremos.

Todo ello son manifestaciones del llamado principio de intangibilidad de la legítima que se subdivide en intangibilidad cuantitativa que implica que el legitimario no podrá percibir menos de lo que por legítima le corresponda, y en caso contrario podrá reclamarla vía acción de suplemento del art. 815 CC; y la intangibilidad cualitativa (art. 813 CC) que implica que no se podrá retrasar indefinida o durante largo tiempo la satisfacción de las legítimas o entregar ésta con gravámenes salvo aquellos que voluntariamente acepte el legitimario a través de la interesante figura de la *cautela socini* que más adelante se analiza.

b) Se considera que es cotitular del activo hereditario neto, y por tanto debe consentir la partición, incluso para la DGRN en Resoluciones de 17 octubre 2008 y 9 enero 2018 en aquellos casos en que el testador en su testamento hubiese declarado que la legítima ya le fue en vida satisfecha, o se limite a legarle un bien concreto en pago de su legítima, lo que por algunos ha sido criticado porque los legatarios de cosa cierta y los donatarios no

forman parte de la comunidad hereditaria y por tanto no deben consentir la partición.

c) Las deudas hereditarias afectan al legitimario (porque disminuyen el activo) pero no responde personalmente de ellas salvo que sea heredero —en cuyo caso responde en su condición de heredero, pero no por ser legitimario— y no acepte la herencia a beneficio de inventario.

d) Debe consentir los actos de disposición sobre los bienes hereditarios que pretendan llevar a cabo los herederos antes de pagar las legítimas (RD-GRN 9 enero 2018);

e) Existe una afección real de los bienes de la herencia en garantía del pago de la legítima y, en consecuencia, puede el legitimario dirigirse contra terceros adquirentes de los bienes relictos, salvo que esos adquirentes hayan adquirido de buena fe y a título oneroso bienes muebles o de titular inscrito bienes inmuebles, inscribiendo a su vez su adquisición (art. 464 CC y art. 34 LH).

f) Incluso la DGRN (Resolución 9 enero 2018) ha concluido que en caso de compraventa en documento privado entre el causante y un tercero, a la hora de la elevación a documento público deben concurrir tanto herederos como el legitimario, aunque no sea heredero.

g) Finalmente para calcular la legítima se deben valorar todos los bienes y derechos que dejó el causante al fallecer; a este importe se le restan gastos de la herencia y deudas del causante, y la cantidad obtenida se denomina *relictum*, al que habrá que sumar el *donatum* que está formado por todas las donaciones y atribuciones gratuitas que en vida haya realizado el causante. El resultado final se dividirá: Si los legitimarios son descendientes en tres tercios, el de legítima estricta, el de mejora y el tercio libre; el importe del tercio de legítima que conoce como *legítima global* se dividirá entre el número de legitimarios dando como resultado la *legítima individual*, teniendo en cuenta que si alguno ha premuerto, ha sido desheredado, o se le ha declarado indigno para suceder se contará para dividir un solo legitimario (el premuerto, desheredado o indigno) aunque por derecho de representación la parte de éste se deba dividir entre todos los hijos que dejó.

El concepto de legítima individual es importante porque nos sirve para comprobar si no se han perjudicado la legítima estricta de los herederos forzosos a través de legados o de donaciones realizadas en vida por el causante. Si se hubiera perjudicado, es decir si lo que tenía derecho a recibir el legitimario como heredero o legatario no basta para cubrir su legítima individual deberá satisfacerse con cargo a los legados y donaciones a través de su ineficacia, lo que se conoce como la reducción de las disposiciones inoficiosas que se regulan en los arts. 820 a 822 CC.

C) *La legítima del cónyuge viudo*

Como hemos adelantado conforme al art. 807 CC el cónyuge viudo es legítimo reuniendo su legítima ciertas peculiaridades: Se concreta en una cuota en usufructo; este usufructo no es una cuantía fija, sino variable que depende de con quién concorra (si concurre con descendientes el usufructo recae sobre 1/3 de mejora, si concurre con ascendientes será de la 1/2 de la herencia y si no concurre ni con ascendientes ni con descendientes será de los 2/3 de la herencia; y finalmente la cuota en usufructo es conmutable (arts. 839 y 840 CC).

Deteniéndonos en la conmutación, conforme al art. 839 CC «los herederos pueden satisfacer al cónyuge su parte de usufructo, asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, o un capital en efectivo, procediendo de mutuo acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandato judicial». Este precepto ha planteado algunas dudas que pasamos resolver:

a) ¿A quién corresponde la facultad de conmutar? Si atendemos al tenor literal del precepto corresponde a los herederos, si bien debe matizarse que será aquellos herederos que reciban sus bienes gravados con el usufructo viudal (STS 25 octubre 2000). No cabe la iniciativa del cónyuge viudo salvo en casos excepcionales, p. ej., en el caso de herencia compuesta íntegramente por bienes no fructíferos (STS 20 diciembre 1991). Sin embargo, si el cónyuge viudo concurre a la herencia con hijos solo del causante, puede exigir la conmutación de su derecho de usufructo asignándole a elección de los herederos un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios (art. 840 CC). Su fundamento es evitar situaciones de tensión entre el viudo/a y los hijos extramatrimoniales de su consorte derivados de la situación de dominio dividido.

Tampoco puede conmutar el contador-partidor porque no representa a los herederos, pero sí puede si lo ordena el testador y encarga al comisario que la lleve a cabo cumpliendo sus instrucciones.

b) Dado que la voluntad del causante es la Ley de la sucesión se admite que el testador pueda prohibir la conmutación ya directamente (STS 28 junio 1962), ya indirectamente como cuando en su testamento legue un bien concreto al viudo en pago de su legítima cuyo valor equivalga a su usufructo viudal.

c) La mayoría de la doctrina admite que el testador pueda ordenar la conmutación de la legítima viudal porque para el viudo es irrelevante que le imponga la conmutación los herederos o el testador. Sin embargo, parte de la doctrina aduce que ordenar la conmutación supone un atentado contra la intangibilidad cualitativa de la legítima, tanto del viudo como de los legítimos a los que se les impone la conmutación, ya que la ley ordena que la legítima viudal debe recibirse en usufructo.

Desde la perspectiva de los herederos, se dice que solo pueden ser gravados con la obligación de proceder a la conmutación (porque de ellos debe partir la iniciativa) cuando: no sean herederos forzosos; o los medios de conmutación se satisfagan con cargo al tercio libre disposición y se imputen al mismo.

d) La doctrina mayoritaria considera que los herederos deben ponerse de acuerdo sobre el medio de conmutación, pero el cónyuge viudo no puede oponerse al medio elegido salvo que no esté de acuerdo con el valor que se dé al usufructo viudal y a lo conmutado. Sin embargo, otra parte de la doctrina considera que es necesario el consentimiento de los herederos gravados y del cónyuge viudo (RDGRN Resolución 3 febrero 1997).

D) Las legítimas como límite a la libertad de testar. Una propuesta de reforma

En la última década se ha abierto en la comunidad jurídica un intenso y apasionante debate sobre la necesidad de reformar el actual sistema de legítimas que acabamos de exponer.

A favor de su reforma y de incrementar la libertad de testar se aducen varios argumentos entre los que destacamos el que pone de manifiesto que la sociedad que inspiró el actual sistema legitimario recogido en el CC nada tiene que ver con la actual en la que hay distintos modelos de familia, el que antes la fortuna se heredaba y ahora en cambio el que la tenga la obtenido en la mayoría de los casos exclusivamente con su trabajo, el que antes la sociedad era rural y ahora es urbana, el que los padres tienen el deber de velar y educar a sus hijos pero no el de enriquecerlos, el que nada tiene que ver con el principio constitucional de protección de la familia el sistema de legítimas; y sobre todo, que siendo nuestro país el segundo en esperanza de vida y con una población envejecida no es extraño que fallecido uno de los cónyuges el otro sobreviva muchos años necesitando disponer del patrimonio.

Esta tendencia no es extraña para el legislador, y así el legislador autonómico (como en Cataluña, Galicia, Vizcaya o Aragón) ha ido suavizando su régimen legitimario e incluso en parte lo ha hecho nuestro CC en la reforma de 18 noviembre de 2003, o la jurisprudencia del TS en los términos que luego veremos respecto a las causas de desheredación.

Finalmente, las propuestas de la doctrina oscilan entre los que proponen una absoluta libertad de testar con o sin derecho a alimentos, a aquellos que prefieren que se reduzcan las cuotas legitimarias o se permitan en cualquier caso su pago en metálico.

2.2. Las reservas

Además de las legítimas la libertad de testar tiene como límites las reservas que suponen que el reservista no podrá dejar los bienes reservables a quien

quiera, sino que éstos tendrán un destino predeterminado por la ley siendo sus destinatarios aquellos que la ley reputa como reservatarios. Para conseguir esta finalidad el legislador (arts. 974 y 975 CC) dispone que las enajenaciones de los bienes reservables que en vida haya hecho el reservista subsistirán tratándose de bienes muebles aunque sustituyéndose por una reserva de valor; y serán ineficaces tratándose de bienes inmuebles salvo que la reserva no constara en el registro de la propiedad el adquirente del bien reservable lo fuera de buena fe, a título oneroso e inscribiera su adquisición del bien reservable (art. 34 LH), o si no constará y el tercero que adquirió a título oneroso del reservista no inscribió pero era de buena fe, aplicando por analogía el art. 1295 CC previsto para la acción pauliana.

Previamente a entrar en su estudio hay que tener en cuenta que la jurisprudencia considera que las reservas en cuanto restricciones a la libertad de testar las reservas deben interpretarse estrictamente.

A) *La reserva viudal. Problemas prácticos*

Ordena el art. 968 CC que el viudo que pase segundo matrimonio estará obligado a reservar a los hijos y descendientes del primero la propiedad de todos los bienes que haya adquirido de su difunto consorte por testamento, por sucesión intestada, donación u otro cualquier título lucrativo; pero no su mitad de gananciales.

Como cuestiones discutidas podemos analizar las siguientes:

a) ¿Opera la reserva viudal si en lugar de disolverse el matrimonio por muerte se disuelve por divorcio? Algunos consideran que existe identidad de «*ratio*» y debe darse la misma solución y habría reserva. La mayoría, por contra, dice que el legislador no ha modificado la regulación en la reforma del CC y claramente se refiere al viudo o viuda por lo que no cabe incluir al divorciado.

b) ¿Hay reserva viudal si en lugar de segundo matrimonio el viudo forma una pareja de hecho? Algunos lo admiten porque es una situación análoga al matrimonio, debe protegerse a los hijos del primer matrimonio y no dar mejor trato a los miembros de una pareja de hecho que a los cónyuges. No obstante, la mayoría lo rechaza puesto el art. 968 CC debe interpretarse literalmente, puesto que no deja de ser una restricción o freno a la libertad de disponer del viudo reservista. Curiosamente la reforma de la Compilación de Navarra expresamente contempla la reserva viudal para el caso no solo de nuevo matrimonio sino también de pareja de hecho (ley 273).

c) ¿La reserva viudal se extiende sobre los que el viudo reciba como legítima? Así podría pensarse porque lo recibe el viudo de su difunto consorte por testamento, pero debe rechazarse porque al ser un usufructo se extingui-

rá al morir el viudo-usufructuario por lo que nada sería reservable (art. 513 CC). Tampoco si este usufructo se hubiese conmutado por el principio de subrogación real, y lo mismo respecto del usufructo universal que el testador dejara al viudo, aunque sí en cambio será reservable lo que el viudo percibiera del cónyuge premuerto con cargo al tercio libre (si lega o le instituye heredero en el mismo).

d) Parece que no hay reserva cuando se trate de regalos módicos o usuales (p. ej., un regalo de aniversario del marido a la mujer).

e) En cuanto al seguro de vida hay que tener claro que lo que se recibe a título gratuito no es la pensión, porque esta se recibe de la compañía aseguradora, sino lo que se recibe gratuitamente son las primas. Es decir, hay una especie de donación indirecta. P. ej., el marido paga un seguro de vida que luego recibe su mujer que contrae segundo matrimonio. Lo que recibe (la pensión) la recibe directamente de la compañía de seguros. Lo que sería reservable es el importe de las primas que fue pagando el marido.

f) ¿Puede el reservista distribuir los bienes reservables cómo quiera entre los posibles reservatarios incluso no dejando nada a alguno de ellos? El punto de partida es el art. 972 CC que permite al viudo mejorar en los bienes reservables, teniendo en cuenta que si no lo hace los hijos y descendientes del primer matrimonio sucederán en los bienes sujetos a reserva, conforme a las reglas prescritas para la sucesión en línea descendente, aunque a virtud de testamento hubiesen heredado desigualmente al cónyuge premuerto o hubiesen repudiado la herencia.

Para algunos la facultad de mejora solo podrá recaer sobre 1/3 de los bienes reservables (precisamente como dice el artículo, el tercio de mejora), para otros en cambio puede recaer sobre 2/3 de los bienes reservables porque lo único que debe respetarse es el 1/3 de legítima estricta, otros en cambio entienden que la mejora puede ser de todos los bienes reservables. En mi opinión las claves para resolver esta cuestión son dos: primero, resolver a quién sucede el reservatario: al reservista, como parece presuponer el art. 972 CC (ya que es quien tiene atribuida la facultad de mejorar y quien mejora es siempre el causante de la sucesión) o al padre o madre premuerto, como parece resultar del art. 973 CC cuando desvinculan la reserva de la repudiación de la herencia del cónyuge premuerto o del reparto que este hubiera hecho de su herencia y si no heredaran al mismo sino al reservista se cuestiona qué más da como hubiera este distribuido la herencia y sobre todo qué importancia tendría que los reservatarios hubieran repudiado su herencia.

Y segunda, una vez contestado lo anterior, se ha de analizar si los bienes reservables se tienen en cuenta para calcular las legítimas y si son imputables en pago de las mismas; si lo fueran el límite de la posibilidad de mejorar o

desigualar sería el 1/3 de legítima estricta pero con un matiz: no entendido como 1/3 parte de los bienes reservables sino una 1/3 de todos los que recibe del causante sean o no bienes reservables; de manera que si un hijo o descendiente ha recibido bienes suficientes para cubrir su legítima estricta, ya no es necesario que participe en los bienes reservables y será posible que el reservista los utilice para mejorar (entendiéndolo en sentido amplio como desigualar) a cualquier hijo o descendiente del primer matrimonio.

Si en cambio se defiende que es una masa de bienes que se reciben independientemente del resto de la sucesión, el reservista podría sin problema utilizar todos los bienes reservables para desigualar.

Finalmente, con relación a la facultad de mejorar se plantea igualmente si *puede el reservista mejorar a alguno de los reservatarios donándole bienes reservables*. En principio esta posibilidad puede generar ciertas dudas porque lo cierto es que la regulación de la reserva viudal en el CC presupone que el tránsito de los bienes reservables se produce directamente a favor de los reservatarios al fallecimiento del reservista, pero lo cierto es que no hay norma que imperativamente lo imponga y más aún puede concluirse que es posible que el art. 972 CC permita mejorar remitiéndose al art. 823 CC y las mejoras pueden recibirse a título de donación; e incluso los arts. 975 y 976 CC permiten que el reservista pueda enajenar y si puede enajenar a extraños con mayor razón donar a favor del reservatario.

g) ¿Puede el viudo reservista desheredar a todos los reservatarios? En pura teoría es posible ya que el art. 973.2 CC concede al viudo la facultad de desheredar sin límite alguno y donde la ley no distingue no debemos distinguir nosotros. Pero para la DGRN parece que el reservista solo puede desheredar a algunos de los reservatarios pero nunca a todos, puesto que las normas deben interpretarse conforme a su finalidad y sería contraria a ésta el que se pueda desheredar a todos los reservatarios, pues con ello quedaría truncada la finalidad propia de la reserva, cual es que los bienes reservables tengan unos determinados beneficiarios: el grupo de familiares reservatarios (RDGRN 27 marzo 2017). No obstante, la postura de la DGRN puede ser criticada porque es verdad que el legislador ha predeterminado el destino de los bienes reservables, pero no es menos cierto que ese destino, el mismo legislador, ha permitido que puede ser reconducido por el viudo al concederle la facultad de desheredar sin distinción; y más aún cuando puede entenderse que el derecho de los reservatarios es un derecho sucesorio y como tal está subordinado a que tengan capacidad para suceder y no la tendrán si han sido desheredados.

B) *La reserva lineal. Problemas prácticos*

Para entender la reserva lineal hay que remontarse ante el caso concreto que motivó su nacimiento. Ante la Comisión Codificadora, Alonso MARTÍNEZ propuso

el actual art. 811 CC que introduce la reserva lineal en el Derecho Común, a la vista del caso de un importante magnate que dejó la mayoría de su fortuna a su hijo mayor quien tras el fallecimiento de su padre falleció dejando *un tierno vástago como* único heredero y quien al poco tiempo y de manera inesperada falleció con corta edad heredándole *ab intestato* todos los bienes su madre. De manera que la viuda disfrutaba de un importante patrimonio que procedía de su suegro mientras sus cuñados, descendientes de sangre del magnate tenían que sobrevivir modestamente (en concreto, el caso era el de la heredera de la segunda fortuna del país que se había casado con un inglés de noble cuna pero escasos ingresos, y fallecida la misma y su único hijo, pretendió vender todos los bienes y repatriar el precio obtenido de vuelta a su derruido castillo en Inglaterra...).

Para que haya reserva lineal deben concurrir una serie de requisitos:

— Un ascendiente hereda de su descendiente bienes por ministerio de la ley: Son varias las cuestiones que se plantean:

a) *¿Para que haya reserva lineal que se entiende por qué el ascendiente herede de un descendiente por ministerio de la ley?* El que le suceda *ab intestato*, o por su condición de legitimario del descendiente, dudándose si únicamente se refiere a los bienes que en concepto de legítima reciba el ascendiente tras reclamárselos a los herederos del descendiente y por tanto no incluyendo los que éste voluntariamente le dejara, p. ej., llamándole heredero o legándole la legítima; o incluye cualesquiera bienes que en concepto de legítima acabe recibiendo el ascendiente reservista.

b) *Que el descendiente causante de la reserva haya recibido los bienes reservables* (los que luego por ministerio de la ley heredará el reservista a título gratuito de otro ascendiente o de un hermano): Se discute si hay reserva cuando los bienes procedan de un ascendiente de la misma línea a la que pertenece el reservista. En el ejemplo planteado sería cuando en lugar de heredar al tierno vástago su madre que pertenece a distinta línea del abuelo de quien proceden los bienes le sucediera la abuela materna; es decir, el magnate fallece dejando casi todo al hijo mayor, éste en un accidente fallece en el acto junto con su esposa y le sobrevive unas horas un hijo que al poco tiempo fallece heredándole *ab intestato* su abuela paterna. En este caso algunos consideran que no habrá reserva lineal ya que no se produce el peligro que el art. 811 CC quiere evitar: impedir que los bienes se desvíen de la línea de donde proceden. Tesis acogida por las SSTs 29 septiembre 2006 y 13 marzo 2008. Y es que, como concluye, la STS 21 octubre 2010 basta con que los bienes no pasen a línea distinta de la originaria para que la institución de la reserva haya cumplido su finalidad.

Y los efectos de la reserva lineal es que en los bienes reservables —o en su valor si fueron en vida enajenados por el reservista y se trata de bienes muebles,

o de inmuebles cuando la existencia de la reserva no consta en el registro de la propiedad y el tercero que los adquirió reúne los requisitos del 34 LH o no reuniéndoles adquiere de buena fe y a título oneroso y no inscribe (art. 1295.2 CC) — deben suceder los reservatarios que serán parientes del descendiente causante de la reserva que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes procedan. Lo que plantea una serie de dudas:

1) *¿Qué se entiende por tercer grado?* Hoy la mayoría de los autores y el TS reiteradamente consideran que el cómputo debe hacerse desde el *descendiente causante*. P. ej., si el hijo fallece, habiendo recibido por herencia un piso de su padre y le hereda *ab intestato* su madre y deja dos hermanos de doble vínculo, dos tíos y tres primos hermanos paternos, se cuentan los reservatarios desde el hijo que murió por lo que son posibles reservatarios los parientes paternos (porque son de la línea de donde procedían los bienes) que estén dentro del tercer grado y por tanto sus hermanos (que son 2º grado) y sus tíos paternos (que son 3º grado), pero no los primos.

2) *¿Se deben llamar como reservatarios a todos los parientes dentro del tercer grado o únicamente a los más próximos?* La mayoría entiende que aplicando las normas de la sucesión intestada los parientes más próximos excluyen a los más remotos por lo que serían reservatarios los dos hermanos de descendiente causante por partes iguales (art. 921 CC aplicado por analogía). A la luz de este ejemplo se plantean otras dudas, si fallece alguno de los reservatarios antes que el reservista y deja descendientes se cuestiona si hay derecho de representación de estos en la reserva. La opinión afirmativa es la mayoritaria y se basa en aplicar por analogía el art. 924 CC, de manera que si uno de los hermanos premuere al reservista le representan en su participación en la reserva sus hijos (nietos de la reservista).

3) *¿Puede el ascendiente-reservista distribuir desigualmente los bienes reservables entre los reservatarios de manera que incluso alguno de ellos no reciba nada en concepto de reserva?* La doctrina nos ofrece dos posibles respuestas: O bien que la reserva debe distribuirse *por igual entre los reservatarios*, o bien que en este caso *no haya reserva* puesto que la obligación de reservar constituye una mera limitación al reservista (ascendiente que heredare de su descendiente) en cuanto a la disposición de sus bienes la cual queda cumplida por el hecho de su atribución a quien ostenta la condición de reservatario, siendo la interpretación acogida por STS 13 marzo 2008, por considerarla más acorde con la realidad social actual contraria a limitar al causante sus facultades de disponer *mortis causa*.

2.3. El derecho de reversión. Problemas prácticos

Lo última limitación legal que vamos a analizar es la que afecta a quien fallece sin descendientes (se entiende que tiene descendientes si existen, aunque

han sido desheredado, son indignos o han repudiado la herencia) y había recibido por donación bienes de sus padres, puesto que los mismos —o su valor si los hubiera enajenado— deberán retornar a los donantes (art. 812 CC).

Como cuestiones discutidas vamos a analizar las siguientes:

a) Por tratarse de una sucesión a título particular establecida por la ley, el derecho del ascendiente es independiente y distinto de la legítima ordinaria que pueda corresponderle. En consecuencia, los bienes objeto de reversión no se computan para el cálculo de las legítimas, ni se imputan en la legítima del ascendiente. Sin embargo, algunos dicen que se incluyen para el cálculo de la legítima del cónyuge viudo. Se basan en que en caso contrario la legítima del viudo concurriendo con ascendientes sería menor (porque el usufructo legal no recaería sobre los bienes sujetos a la reversión del art. 812 CC) que en el caso de que concurriera con descendientes, en contra de la evidente voluntad del testador (el usufructo legal del viudo es mayor en el caso de concurrir con ascendientes que con descendientes). Y es que imaginemos un sujeto cuya única fortuna es una finca donada por su padre: si muere con hijos, sobre el tercio de ella tendrá su cónyuge el usufructo, más muriendo sin descendencia, la interpretación literal del art. 812 CC privaría a la viuda de toda participación en la herencia de su marido.

Sin embargo, para otros, a pesar de que la tesis anterior puede ser lógica, lo cierto es que debe rechazarse. El hecho de que sea una sucesión legal de carácter particular excluye la posibilidad de que se compute, ni siquiera para calcular la legítima del cónyuge viudo.

b) Al suponer la reversión una adquisición *mortis causa* de bienes a título singular, el ascendiente-donante, que a la vez sea heredero del descendiente-donatario, puede aceptar la herencia y renunciar a la reversión y viceversa (art. 890 CC).

c) Para la DGRN la reversión opera de una forma automática, sin necesidad de previa partición y liquidación de la herencia de la donataria para el ejercicio de la reversión. Por lo que el donante no necesitaría el consentimiento de los herederos del donatario para recuperar el bien (RDGRN 13 junio 2016).

d) Los acreedores del donatario difunto o sus herederos no tienen derecho sobre los bienes sujetos a reversión porque los bienes sujetos a la reversión o sus subrogados no integran la herencia de la donataria y quedan al margen de la liquidación del caudal relicto de esta (RDGRN 13 junio 2016). Además, el art. 812 CC permite disponer en vida del donatario de los bienes donados, pero no tras su fallecimiento y el mismo precepto es muy claro y habla de con exclusión de otras personas y no de otros sucesores por lo que la expresión es más amplia, incluyendo también los acreedores. No obstante,

una parte de la doctrina no está de acuerdo porque si es un legado legal en ningún caso el legatario puede suceder sin que previamente se hayan pagado las deudas.

III. DECISIONES *POSTMORTEM*

3.1. Diseño de la sucesión intentando favorecer al cónyuge viudo

A) *El usufructo universal y la cautela socini*

Es muy frecuente que los testadores quieran favorecer al cónyuge sobreviviente pero este propósito se ve limitado por el respeto a las legítimas de los descendientes. No obstante, teniendo en cuenta que si nada ordenara el testador el viudo solo recibirá el usufructo del tercio de mejora las opciones para favorecerle son: O legarle el usufructo viudal legal más el tercio libre en pleno dominio o el usufructo vitalicio de toda la herencia.

La ventaja de la primera opción es que al dejar al viudo el tercio libre va a poder el mismo disponer libremente de los bienes que en pago del mismo reciba en la partición de la herencia de su cónyuge, de manera que de decidir vender los bienes que se le adjudiquen no necesitaría el consentimiento de los hijos.

La segunda opción —la del usufructo universal— tiene la ventaja que recae sobre todos los bienes y tiene el inconveniente de que no podrá disponer de los bienes usufructuados sin el consentimiento de los hijos; en suma, lo que gana en cantidad lo pierde en *calidad*. Tradicionalmente se había discutido si el usufructo universal era admisible porque implicaba gravar las legítimas de los hijos, pero actualmente sin lugar a dudas está admitido a través de la figura de la *cautela socini*, que se basa en que se da a los legitimarios la opción de voluntariamente aceptar el usufructo del viudo. o bien no aceptarlo y que su legítima quede reducida a la estricta, incluso se alega como fundamento de esta opción el art. 820.3 CC.

A mi juicio lo más práctico es que el testador dé la opción de que el cónyuge supérstite escoja entre que se le atribuya el usufructo de toda la herencia o el usufructo viudal (el que recae sobre el 1/3 de mejora) más el legado del 1/3 libre en pleno dominio. De todas formas, la fórmula habitual del usufructo universal plantea al menos las siguientes dudas:

1.^a Que como es habitual en la herencia haya dinero en metálico en cuentas corrientes: La jurisprudencia menor (SAP de Teruel de 21 enero 2000, de Cantabria de 8 febrero 2002 y Valencia de 10 noviembre 2005), considera que el usufructo de dinero será un usufructo de cosa consumible, y por tanto le será aplicable el art. 482 CC que dispone que «si el usufructo comprendiera cosas que no se puedan usar sin consumirlas, el usufructuario tendrá

derecho a servirse de ellas con la obligación de pagar el importe de su avalúo al terminar el usufructo si se hubiesen dado estimadas. Cuando no se hubiesen estimado, tendrá el derecho de restituirlas en igual cantidad y calidad, o pagar su precio corriente al tiempo de cesar el usufructo». Lo que trasladado al usufructo universal del viudo supone que éste podrá sin problema gastar el dinero y a la extinción del usufructo, y por tanto al fallecimiento del viudo-usufructuario sus herederos deberán entregar su valor a los nudos propietarios; pero como lo habitual es que sus herederos sean los mismos hijos que son nudo propietarios nada habrá que entregarse puesto que esta obligación se habrá extinguido por confusión.

2.^a Que en la herencia del cónyuge premuerto existieran fondos de inversión: El problema es que la ganancia que producen los beneficios de un fondo no son verdaderos frutos sino aumentos de valor o plusvalías, y porque para obtener el beneficio para convertir en realidad las plusvalías latentes será necesario proceder a reembolsar el fondo, facultad que corresponde al nudo propietario.

Considero que la mejor solución es que el testador prevea en su testamento una cláusula similar a la siguiente: «Corresponderá al usufructuario los rendimientos que se deriven de las participaciones en los fondos de inversión usufructuados, que se materializarán en las plusvalías obtenidas de su reembolso. Ordena el testador que se atribuya al usufructuario el ejercicio de los derechos inherentes a la condición de partícipe del fondo, en particular el solicitar su reembolso que podrá ejercitar por sí solo, en la cantidad que estime por conveniente y sin autorización de los nudo propietarios, y si la entidad gestora del fondo de inversión no permitiera al usufructuario el ejercicio del reembolso, deberá consentirlo los nudo propietarios cuando lo solicitara el usufructuario, reduciéndose su participación a la legítima estricta respecto a aquél de los hijos que no lo consintiera».

3.^a Si el usufructo recae sobre acciones o participaciones sociales los dividendos corresponderán al usufructuario, pero el derecho de voto, salvo disposición estatutaria en contrario, al nudo propietario.

Aunque este es esquema general es aconsejable descender al caso concreto, para lo que distinguiremos entre acciones admitidas a cotización en un mercado secundario oficial y acciones o participaciones de sociedades familiares; o mejor dicho, distinguir cuando el cónyuge premuerto era un mero socio-inversor y cuando era un socio interesado en la gestión.

En el primer caso, el problema más frecuente es que *las sociedades cotizadas suelen ofrecer a sus accionistas la posibilidad de percibir los dividendos o bien en metálico o bien en nuevas acciones* a las que por el art. 129.4 LSC se extendería el usufructo; correspondiendo por el art. 127.1 LSC al nudo

propietario el ejercicio de los derechos de socio, y por tanto el decidir cómo se repartirá el beneficio. Es el conocido caso del *scrip dividend*, que tiene el inconveniente de que, si los nudos propietarios se decantan siempre por percibir nuevas acciones, el cónyuge usufructuario dejará de *facto* recibir los dividendos de las acciones.

Ante este caso considero que el cónyuge viudo usufructuario podría reaccionar a través de dos caminos:

a) Atacar judicialmente la actuación del nudo propietario por entender que el mismo al negarse reiteradamente a percibir dividendos incurre en *abuso del derecho*. En esta línea es interesante la STS 26 de mayo de 2005 (y en la misma línea la STS 7 de diciembre de 2011) que diferencia entre el *derecho en abstracto* del socio a participar en los beneficios sociales y el *derecho en concreto* (que es un verdadero derecho de crédito del socio contra la sociedad que nace cuando la Junta General de la sociedad acuerda el reparto de dividendos). La negativa injustificada a repartir dividendos puede ser un caso de abuso de derecho (art. 7.1 CC), ya que como dice la citada sentencia «*privar al socio minoritario, sin causa acreditada alguna, de sus derechos a percibir los beneficios sociales obtenidos y proceder a su retención sistemática (...) se presenta a todas luces como una actuación abusiva, que no puede obtener amparo de los tribunales, pues se trata de un actividad impeditiva, afectada de notoria ilicitud, que justifica la impugnación promovida, y estimada del acuerdo de aplicación de resultado, pues todo ello significaría consagrar un imperio despótico de la mayoría en este caso dos hermanos, frente a la minoría*». Y si es abusivo el comportamiento de la sociedad que en lugar de repartir dividendos los destina —como legal y formalmente puede— a reservas, ¿no será abusivo el privar al usufructuario de su derecho optando sistemáticamente por las acciones en lugar del dividendo en metálico?

b) Entender que, aunque el nudo propietario no incurre en abuso del derecho porque se limita ejercitar un derecho que le corresponde su actuación es atacable a través del art. 489 CC que prohíbe al usufructuario hacer actos que perjudiquen al propietario.

3º O que el cónyuge viudo-usufructuario imponga al heredero la conmutación del usufructo viudal prevista en el art. 839 CC por un capital en metálico, renta vitalicia o el usufructo de determinados bienes. Es cierto que el precepto citado concede la iniciativa a los herederos, pero no es menos cierto que permite al viudo imponer la conmutación cuando el usufructo recaiga sobre bienes infructíferos, y si de manera reiterada la heredera acuerda acudir al dividendo mediante entrega de acciones está convirtiendo el usufructo de bienes fructíferos en infructíferos. Es verdad, que el nudo propietario puede perfectamente atender a sus intereses únicamente, pero esta actitud puede

tener consecuencias. Y las consecuencias es que le pueden imponer la conmutación.

De todas formas para evitar estos problemas algunos proponen que el testador en el testamento ordene que la decisión corresponderá al usufructuario, pero esta solución me parece débil porque no vincula a la sociedad para quien el derecho de voto corresponde al nudo propietario, por lo que la mejor solución sería el modificar los estatutos sociales para conceder la facultad de decidir al usufructuario (art. 127.1 LSC), pero como en la práctica es muy difícil llevarlo a cabo y totalmente inviable en sociedades cotizadas la solución es que lo ordene el testador en su testamento pero con un matiz: creo que hay que reforzar la orden acudiendo a la *cautela socini*, de manera que se dispondrá en el testamento que corresponderá al viudo-usufructuario escoger cómo se deben abonar los dividendos, que comunicará esta decisión al nudo propietario quien a su vez la comunicará a la sociedad, y si no lo hiciera quedará reducida su participación en la herencia a la legítima estricta.

En cuanto al problema del socio de control, aquí el camino sin lugar a dudas es modificar los estatutos para conceder al usufructuario el derecho de voto. Si no se pudieran modificar los estatutos se podría paliar ordenando en testamento que el nudo propietario deberá votar en el sentido que le indique el usufructuario y que si no lo hiciera quedará reducida su participación a la legítima estricta. En fin, de nuevo imponiendo un *modo testamentario* reforzado con una *cautela socini*.

4º Otro problema que plantea el usufructo universal es *el del posible conflicto de intereses en su adjudicación*: El mismo concurrirá cuando el viudo actuando en su propio nombre y derecho, y en nombre y representación de uno de los legitimarios que sea menor o incapacitado se adjudique el usufructo universal. La posición de la DGRN sobre esta cuestión es clara, y en contra de la opinión de algunos autores que alegan que en la decisión de que el viudo se adjudique el usufructo universal no hay más que el simple cumplimiento de la voluntad del causante por lo que no puede haber conflicto, en varias Resoluciones (entre ellas 11 diciembre 2012 y 5 febrero 2015) sí aprecia la existencia del mismo declarando que «la *cautela socini* trae una alternativa por la que los legitimarios tienen que optar y el hecho de que por ellos ejercite la opción su madre acarrea la contraposición de intereses, ya que la representante se ve afectada directamente por el resultado de la opción».

Por consiguiente, sería necesario el nombramiento en vía judicial de un defensor judicial con todos los retrasos y costes que ello implica; por ello recomiendo que en el testamento se nombre un contador partidor puesto que es defendible, tal y como resultaba de la RDGRN 18 junio 2013, que el mismo se limite a cumplir la voluntad del testador entregando al viudo su legado de usufructo universal. En este caso el viudo se limitará a actuar en nombre de los hijos aceptando la herencia.

B) *El malogrado art. 831 CC. Crítica al Tribunal Supremo*

Tras la reforma del CC de dos mil tres el art. 831 CC se convirtió en una herramienta formidable para favorecer al cónyuge viudo porque parecía permitir que respecto de los hijos comunes el mismo podía decidir que se dilatara la partición, incluido el pago de las legítimas hasta su fallecimiento.

Sin embargo, la utilidad de este precepto se ha visto frustrada por la STS 24 mayo 2019 que concluye que no es posible que el legitimario (sea o no descendiente común) deba esperar a recibir su legítima a que fallezca el cónyuge sobreviviente. El TS llega a esta conclusión por los siguientes argumentos:

a) El art. 831.3 CC no se pronuncia al respecto; por lo que de la interpretación del citado precepto no cabe extraer una excepción —cuál es la aplicación de un plazo, bien el de dos años previsto para el ejercicio de las facultades del cónyuge fiduciario (art. 831.2 CC), o bien el del momento del otorgamiento del testamento del cónyuge fiduciario—, que resulta contrario a los principios de nuestro sistema sucesorio y carecen de cobertura expresa por la norma.

b) La interpretación del art. 831 CC queda sujeta a los principios del sistema sucesorio del CC. Y entre estos principios se encuentra el que la legítima estricta (arts. 806, 808 y 815 CC) constituye un derecho básico del legitimario cuyo pago no puede quedar sujeto a plazo por el testador, salvo en los casos que expresamente lo disponga la norma. Supuestos entre otros, del art. 1056 CC, caso de la preservación indivisa de una explotación, o del art. 844 CC, caso del pago de la legítima en metálico.

c) El art. 831.3 CC condiciona el ejercicio de las facultades concedidas al viudo a que respete la legítima estricta de los descendientes comunes. Por lo que en el pago de la legítima estricta de los descendientes comunes no cabe señalamiento de plazo, salvo que la propia norma expresamente lo disponga.

No obstante, la postura del TS debe ser rechazada porque parte de una premisa errónea puesto que siendo cierto que el pago de la legítima no puede quedar sujeta a plazo por voluntad del testador no lo es menos que éste no es un principio absoluto en cuanto que el CC —tal y como expresamente reconoce el propio TS— admite algunas excepciones al mismo, y entre ellas, se encuentra el propio art. 831.2 CC, como lo demuestra el que el mismo permita que el testador fije plazo para que el viudo ejercite las facultades conferidas, que pueda ejercitarlas en su propio testamento —cuyo contenido no se conocerá hasta el fallecimiento del causante—, y el que si no se recogiera las posibilidades anteriores en el testamento, se deberá ejercitar por el viudo las facultades dentro de los dos años siguientes a la emancipación del último de los hijos comunes, lo que *per se* implica retrasar el pago de las legítimas.

Frente a esto, es verdad que se puede decir que el art. 831.2 CC debe interpretarse a la luz del art. 831.3 CC que impone respetar la legítima estricta, y este respeto a la vista del mismo CC (arts. 831.3 y 4) debe entenderse como el derecho a percibir su legítima estricta y libre de gravámenes. Así, resulta del remedio que prevé el art. 831.3 CC si la legítima no resultara respetada, y éste no es el de poder reclamarla inmediatamente sino el de rescindir los actos del cónyuge, expediente que nos acerca al caso de la rescisión de las donaciones inoficiosas que es una figura que busca el que el legitimario reciba lo que legítima estricta le corresponda no que lo reciba en un determinado momento. Además, la solución propuesta resulta de la contraposición de la terminología empleada en el art. 831.3 CC cuando concurren descendientes comunes y del art. 831.4 CC que cuando se refiere al ejercicio de las facultades del art. 831 CC con relación a los hijos no comunes del cónyuge premuerto y sobreviviente fiduciario ordena que no altere el régimen de las legítimas donde naturalmente se inserta la facultad de que no se retrase el pago de las legítimas.

Como vemos la STS 24 mayo 2019, es criticable y no crea doctrina jurisprudencial (haría falta otra sentencia en el mismo sentido), pero es indudable que crea un precedente de forma que, conforme a la misma, el pago de la legítima estricta no puede retrasarse salvo que sea aceptado por el legitimario. Para ellos es aconsejable acudir en el testamento a la socorrida figura de la *cautela socini*, la habitual herramienta en defensa de la verdadera voluntad del causante.

C) *Otros instrumentos para proteger al viudo cuya inclusión en el testamento es aconsejable*

Es habitual en la práctica que la mayor parte del patrimonio de los cónyuges esté formado por la vivienda familiar y unas cuentas corrientes. En estos casos si están casados en gananciales la mitad de la vivienda corresponderá al viudo por su participación en la sociedad de gananciales y sobre la otra mitad ostentará el usufructo universal.

De esta manera se evita que los hijos puedan desalojar al viudo de la casa sin su consentimiento, pero también se impide que éste pueda su enajenación convertir la vivienda en metálico para irse a vivir a una vivienda más pequeña como arrendatario o propietario y tener fondos suficientes para tener una vida desahogada.

No obstante, habría una posibilidad de conseguir esta finalidad que es la de acudir al art. 1406.4 CC que proclama «cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance: 4º En caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde tuviese la residencia habitual». Esta norma tiene su importancia porque si el valor total de la vivienda fuese superior al de la participación del cónyuge sobreviviente en la sociedad de gananciales éste con fondos propios podrá compensar a los herederos del cónyuge premuerto, dado que como

nos dice el art. 1407 CC «si el valor de los bienes o el derecho superara al del haber del cónyuge adjudicatario, deberá éste abonar la diferencia en dinero». Por todo ello es recomendable que el testador, en su testamento, recuerde la existencia del art. 1406 CC y de la opción que tiene el viudo de en la liquidación de la sociedad de gananciales adjudicarse por entero la vivienda familiar.

Otra cuestión distinta es que en ocasiones *todos los hijos llamados quieren renunciar a la herencia para que suceda su padre o madre en toda ella*. Al respecto, hay que tener en cuenta que salvo que se renuncie traslativamente, y por tanto a favor de la madre, y con el inconveniente de que se liquidará como donación, si todos ellos renuncian según la RDGRN 21 de enero de 2013 se aplicará el art. 923 CC y se llamarán por sucesión intestada a los nietos, y solo cuando todos ellos renuncien al cónyuge viudo por sucesión intestada. El problema se suscita cuando alguno de los nietos o bisnietos es menor de edad puesto que en este caso su renuncia por el art. 166 CC necesitará de autorización judicial lo que retrasará y complicará el proceso. Para evitar estos problemas propongo acudir a la sustitución vulgar e incluir en el testamento una cláusula similar a la siguiente: «...instituye como sus únicos y universales herederos a sus hijos *** quienes serán sustituidos vulgarmente sin distinción de casos por sus respectivas estirpes de descendientes, salvo el supuesto en que todos sus hijos renunciaran, en cuyo caso será sustituto vulgar el cónyuge viudo, y en su defecto sus respectivas estirpes de descendientes».

D) *El riesgo de la ruptura del matrimonio*

En caso de nulidad, separación legal o de hecho o divorcio, el ex cónyuge no va a ser llamado ni a la sucesión intestada, ni como legitimario (arts. 945 y 835 CC) pero puede ser que se le hubiera legado el usufructo universal o el tercio libre en un testamento que tras la ruptura del matrimonio no haya sido modificado. En este caso la jurisprudencia ha ido oscilando asentándose (STS 28 de septiembre de 2018), que la disposición a favor del antiguo cónyuge otorgada antes de la ruptura del matrimonio o de la convivencia carece de efectos por causa falsa (art. 767 CC) pero la DGRN (Resoluciones de 27 de febrero de 2019, 9 de agosto de 2019 y 25 de septiembre de 2019) aunque dice ser consciente de esta doctrina entiende que el Notario ni el Registrador puede apreciarla porque se debe partir de la premisa que el testamento es válido y surte plenos efectos por lo que deberá decretarse la ineficacia de la disposición a favor del ex cónyuge, salvo que el mismo en la escritura de partición lo consintiera, judicialmente.

Por todo ello recomiendo incluir en el testamento, casi como cláusula de estilo, la frase de *«que lo dispuesto a favor del cónyuge en el presente testamento quedará sin efectos en caso de nulidad, separación judicial o de hecho o divorcio»*.

3.2. Diseño de la sucesión con hijos problemáticos

Cuando el causante tenga hijos problemáticos y prevea que se pueden generar conflictos graves a la hora de hacer la partición es aconsejable que adopte determinadas cautelas en su testamento. Este tipo de cautelas lo que buscan es evitar en lo posible la intervención del hijo díscolo en la partición para de esta forma eludir que pueda presionar a los hermanos o directamente chantajearles exigiéndoles determinadas prebendas, o simplemente dilatar indefinidamente la partición.

A) *El pago en metálico de la legítima*

Se regula en los arts. 841 y ss. CC siendo los obligados al pago y los perceptores los hijos o descendientes. Con el pago en metálico de la legítima lo que se pretende es evitar que el perceptor tenga que consentir la partición sino que se limitará a recibir en metálico extrahereditario su legítima, con lo que no solo se excepciona el principio tradicional de la intangibilidad cualitativa de la legítima en su manifestación de que al legitimario se le debe satisfacer su legítima en metálico, sino que además se evita que el mismo pueda obstaculizar la partición entre los demás hijos, ya que su consentimiento no será necesario para partir.

Antes de la reforma de LJV de dos mil quince el pago en metálico extrahereditario de la legítima era una institución bienintencionada pero inútil puesto que si lo que pretendía era evitar que se dilatará la partición, desde el momento que exigía que el importe a recibir por el legitimario díscolo fuera aprobado por el mismo o en su defecto por la autoridad judicial, nos encontrábamos que la dilación no solo no se evitaba sino que podía aumentarse. No obstante, con la reforma de los arts. 841 y ss. CC por la LJV la situación ha cambiado y esta figura ha renacido. Se ha vuelto a convertir en útil porque la aprobación judicial en defecto de la del perceptor ya no debe proceder del juez sino del Letrado de la administración de justicia o del Notario.

Respecto a esta última es conveniente destacar que salvo que el legitimario que recibe en metálico su legítima esté de acuerdo con la valoración, el notario debe procurar no aprobar ningún pago en metálico en que el valor de los bienes sobre los que se ha calculado la legítima individual del perceptor no se haya determinado de una manera objetiva y fiable, por lo que será recomendable acudir a tasaciones o valoraciones por expertos.

Por último, me parece especialmente aconsejable que en el propio testamento se recuerde la existencia del art. 843 CC que ordena que «la decisión de pago en metálico no producirá efectos si no se comunica a los perceptores en el plazo de un año desde la apertura de la sucesión. El pago deberá hacerse en el plazo de otro año más, salvo pacto en contrario. Corresponderán al perceptor de la cantidad las garantías legales establecidas para el legatario de cantidad.

Transcurrido el plazo sin que el pago haya tenido lugar, caducará la facultad conferida a los hijos o descendientes por el testador o el contador-partidor y se procederá a repartir la herencia según las disposiciones generales sobre la partición». Incluyendo este artículo en el testamento el testador estará recordando a sus hijos que quieran pagar en metálico la cuota hereditaria de sus hermanos que tienen un plazo de un año desde el fallecimiento para comunicar su decisión y otro más para satisfacerlo, ya que no es extraño en la práctica que los hermanos intenten ponerse de acuerdo con el díscolo y solo tras darse cuenta que el acuerdo es imposible acudan a un profesional, quien en muchas ocasiones les dirá que ya es tarde: el año ha transcurrido...

B) *El contador-partidor testamentario*

Otra figura imprescindible cuando se prevén tensiones y particiones tortuosas es la del contador-partidor. A través de la misma se va a conseguir evitar que los herederos y legatarios, e incluso los legitimarios tengan que acudir al notario a firmar la partición. Lo hará por ellos el contador-partidor.

El contador-partidor tendrá todas las facultades necesarias para contar y partir, y por tanto la de interpretar el testamento, inventariar y valorar los bienes, liquidar la herencia, dividir y adjudicar los bienes. A la hora de dividir y adjudicar intentará formar lotes homogéneos (art. 1061 CC), pero también podrá adjudicar bienes indivisibles a uno de los herederos imponiéndoles el que este pague a los demás su parte en metálico (art. 1062 CC).

Aunque en su día fue discutido, hoy sin lugar a dudas se admite que el contador-partidor junto con el viudo liquide la sociedad de gananciales, incluso por sí solo si se le nombro contador-partidor de las herencias de ambos cónyuges y ambos han fallecido, o junto al contador-partidor nombrado por el otro cónyuge. El argumento para admitirse es que entre sus facultades están las de contar para luego partir, y no puede contar se previamente no sabe que es lo que hay, y por tanto sin liquidar la sociedad de gananciales.

Por último, es conveniente aclarar en el testamento si su cargo es gratuito o retribuido, puesto si nada se dice se reputa por el CC como retribuido, fijando los Colegios de Abogados retribuciones proporcionales al caudal que se parte.

C) *La desheredación*

La desheredación supone la privación de la legítima por voluntad del testador. La desheredación solo tendrá lugar en los casos tasados por la ley, que tratándose de hijos y descendientes según el art. 853 CC «serán también justas causas para desheredar a los hijos y descendientes, además de las señaladas en el art. 756 con los números 2, 3, 5 y 6, las siguientes: 1.^a Haber negado, sin mo-

tivo legítimo, los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda. 2.^a Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra».

Sin embargo el TS en los últimos años ha flexibilizado la interpretación de las causas de desheredación y en la línea del legislador catalán que incluye como causa de desheredación la falta de trato de los hijos con los padres, el TS ha considerado que cuando el art. 853.2º CC incluye como motivo de desheredación el «maltrato de obra» se está refiriendo tanto al maltrato físico como psicológico, y entre los posibles supuestos de maltrato psicológico se halla el dolor causado por el abandono o falta de atención del hijo para con el padre.

De todas formas, creo que hay una cuestión importante que no se suele tener en cuenta, no es el abandono o la falta de trato por sí sola la que constituye la causa de desheredación, sino que lo es el maltrato psicológico que un hijo infringe a un padre cuando le abandona o le desatiende. En fin, lo que se sanciona no es la falta de trato sino el maltrato psicológico que provoca la falta de trato; precisamente por eso si la falta de relación tiene su origen en el padre que pretende desheredar no estaremos ante una causa de desheredación. Por esa razón creo conveniente que en el testamento cuando se desherede se incluya por el testador la aclaración de que la falta de trato no es por causa a él imputable y que él ha intentado tener relación con el hijo que deshereda y además el tiempo desde que se lleva sin trato para simplificar, en caso de impugnación, la prueba de la desheredación.

Por otro lado, cuando se deshereda a un hijo hay que ser consciente que su hijo —por tanto, el nieto del testador— pasará a ser legitimario en lugar de su padre que fue desheredado. Sin embargo, si se deshereda al padre por el maltrato psicológico que provoca la falta de trato hay que tener en cuenta que lo habitual es que esa falta de trato también sea con los nietos —hijos del desheredado—; pero para que el testador pueda también desheredar a los nietos será necesario que la falta de trato a ellos sea imputable, y no lo puede ser si no tienen la edad suficiente para poder tener autonomía para tener relación con su abuelo o abuela desheredante; por ello, es recomendable que en el testamento se indique que tampoco se tiene trato con los nietos y su posible edad. Y además exige la DGRN que se identifique al desheredado, lo que a mi juicio es incompatible con la doctrina del TS que reputa maltrato psicológico la falta de trato puesto que, si el abuelo no tiene ningún trato con el hijo desheredado, y con frecuencia con los hijos de éste, no es extraño que ni siquiera les conozca y sepa su nombre. De manera que si aplicamos la doctrina de la DGRN podemos incurrir en el absurdo de admitir que la falta de trato permite la desheredación, salvo que esa falta de trato sea tal que por ella se ignore el nombre del desheredado...o dicho de otra forma si el testador puede desheredar al nieto que conocía porque el mismo se negó a tener relación con él, con mayor razón cuando el trato fue tan escaso que ni siquiera le conoció.

De todas formas, puede ser interesante en el testamento aclarar que se deshereda a los nietos cuyo nombre desconoce porque nunca llegó a tener trato con

ellos, hasta el extremo de ni siquiera conocerlos, y es precisamente esta falta de trato la que justifica la desheredación.

Por último, desde el punto de vista práctico, es muy interesante la RDGRN de 21 de noviembre de 2.014 que permite a los demás herederos realizar la partición sin el consentimiento del desheredado al que ni siquiera deberán notificar que ha sido desheredado. Y es que como dice la citada Resolución «la privación de eficacia del contenido patrimonial de un determinado testamento, exige, a falta de conformidad de todos los afectados, una previa declaración judicial que, tras un procedimiento contencioso instado por quien este legitimado para ello, provoque su pérdida de eficacia (total o parcial)», aclarando que «no podrá prescindirse, sin la pertinente declaración judicial de ineficacia, del testamento del que derivan la condición de herederos los recurrentes por mucho que en él se haya ordenado una desheredación».

3.3. Diseño de la sucesión intentando favorecer al hijo discapacitado

En este caso son varias las herramientas que nos proporciona nuestro rico y creativo derecho de sucesiones, entre ellas destacamos:

A) *El art. 831 CC* que permite al viudo redistribuir la herencia en función a las necesidades que se vayan presentando, aunque, tal y como hemos visto con la discutida doctrina del TS su utilidad ha quedado en entredicho puesto que no se puede dilatar el pago de las legítimas estrictas.

B) *La sustitución fideicomisaria de los arts. 782 CC y 808.3 CC* que autorizan a dejar toda la herencia al hijo judicialmente incapacitado —no meramente discapacitado— a través de una sustitución fideicomisaria, siendo los fideicomisarios sus restantes hermanos. Esta sustitución supone una novedad introducida por la reforma de 2003 de gran calado —al menos en el ámbito conceptual— puesto que permite gravar la legítima estricta de hijos o descendientes que no percibirán su legítima hasta el fallecimiento del fiduciario, lo que atenta directamente con el tradicionalmente sacrosanto principio de intangibilidad cualitativa de la legítima.

No obstante, esta figura es escasamente utilizada en la práctica puesto que es perjudicial para los hermanos del incapacitado si éste vive muchos años, y tampoco es demasiado útil para éste último puesto que no podrá disponer de los bienes fideicomitados ya que estos deben conservarse para pasar al fallecimiento del fiduciario incapaz a los hermanos, sin que parezca que sea admisible imponer un fideicomiso de residuo, que es una modalidad de sustitución fideicomisaria que permite disponer de los bienes fideicomitados pasando a los fideicomisarios únicamente lo que quede, si es que queda, ya que supondría una auténtica privación —y no un mero retraso en su recepción— de la legítima.

Por todo lo anterior solo será útil la herramienta prevista en los arts. 782 y 808.3 CC cuando el patrimonio está formado por bienes que produzcan frutos o rentas cuantiosas (dividendos, frutos, rentas por alquileres, etc.) que permitan mantener al fiduciario-incapacitado o se combine con un fideicomiso de residuo en los bienes que integren el tercio de libre disposición, de manera que si el incapacitado necesitará líquido siempre podrían venderse.

C) *La sustitución ejemplar*: Esta figura supone que el padre o la madre designan quien será el heredero del hijo judicialmente incapacitado; entendiendo en los últimos tiempos la jurisprudencia que es un verdadero testamento del descendiente otorgado por el ascendiente y que por tanto comprenderá todos los bienes del sustituto y no solo los que provengan del sustituyente.

No obstante, esta figura por sí sola carece de verdadera utilidad si no se combina con un modo testamentario, tal y como vemos en el siguiente apartado.

D) *El juego del modo testamentario, o la cautela socini y la protección del discapaz*. Si lo que se pretende es premiar al hijo bueno y castigar al malo, o al menos incentivar que los hermanos cuiden y atiendan al discapaz, se debe acudir al modo testamentario consistente en que se impondrá en la sustitución vulgar, y en la ejemplar, consistente en que heredarán al padre-testador como sustitutos vulgares del discapaz, y por tanto si el mismo premuere aquellos hermanos que le atendieron, y del discapaz directamente a través de la sustitución ejemplar aquellos que igualmente le cuidaron.

Por otro lado, el modo testamentario reseñado sería aconsejable que se delimitara en el testamento incluyendo como atenciones no solo las económicas sino también las afectivas, de manera que se entendería que han cumplido el modo aquellos hermanos que, o bien han suministrado fondos económicos para sostener a su hermano discapaz, o bien no los suministraron, pero lo visitaron con frecuencia o vivían con él en la misma vivienda atendiéndole.

También sería conveniente para evitar litigios nombrar un contador-partidor al que expresamente se le diera la facultad de constatar y dar por cumplido el modo testamentario, o si no se le nombrara se indicará en el testamento que se da por cumplido el modo por todos los hermanos salvo que cualquiera de ellos judicialmente manifestara su oposición.

3.4. Diseño de la sucesión del testador empresario

Exige combinar el testamento con otras figuras como pactos parasociales, modificaciones de estatutos o protocolos familiares.

En los estatutos pueden incluirse cláusulas como la de conceder el derecho de voto al usufructuario con lo que se protege al viudo-usufructuario, restringir

la transmisión que no sea a descendientes, especialmente excluir de la libre transmisión de las participaciones la que se pretende hacer al cónyuge, o exigir autorización de la junta general para aportar las participaciones sociales a gananciales.

En pactos parasociales se puede asumir el compromiso de que todos votarán en el mismo sentido que la madre o el padre, o que dirigirá la empresa aquel de los hijos que a juicio del patriarca sea más capaz.

Pero por supuesto la herramienta estrella es el *modo testamentario* y la *cautela socini*, puesto que en testamento se puede obligar a los hijos so pena de quedar reducida su participación en la herencia a la legítima estricta a votar en el sentido que en el testamento indique el patriarca, a votar como lo haga el viudo, o designar y no cesar como administrador al hijo o la hija que considere el patriarca.

También el art. 1056.2 CC permite mantener la unidad de la empresa adjudicando toda ella a alguno de los hijos que podrá satisfacer la parte en la herencia de los otros —incluida su legítima— con dinero propio.

3.5. Diseño de la sucesión del testador endeudado: la aceptación a beneficio de inventario y los riesgos de repudiar la herencia

La grave crisis económica que recientemente sufrimos ha provocado la aparición de sucesiones en las que el causante tenía numerosas deudas.

Las posibilidades que tiene el testador endeudado son limitadas puesto que existe en nuestro Derecho el principio tradicional de que *primero es pagar y luego heredar*. No obstante, el testador puede evitar que responda alguno de sus sucesores a través de la figura del legado de cosa cierta o del legatario de parte alícuota, aunque con el matiz que si bien estos legatarios no responderán de las deudas sí en cambio se ven afectadas por las mismas puesto que si no hay bienes bastantes para pagar las deudas los legatarios de cosa cierta pueden ver perjudicados sus legados (art. 1029 CC) y los legatarios de parte alícuota verán reducido el líquido sobre el que se extenderá el legado.

Por otro lado, nuestro legislador concede a los herederos la posibilidad de aceptar ante notario a beneficio de inventario lo que supone que no responderán con sus propios bienes de las deudas de la herencia y del causante, sino que responderán únicamente con los bienes que integren el patrimonio hereditario (art. 1023 CC).

A la hora de *aceptar a beneficio de inventario* hay que tener en cuenta varias premisas:

1.^a Hay que ser prudente y aceptar a beneficio de inventario en cuanto se dude que el causante pudo dejar deudas relevantes, y es muy importante

recordar que la posición de fiador también se transmite a los herederos, por lo que sería conveniente que se investigara con los Bancos con los que el causante tenía relación por si hubiera firmado alguna póliza o escritura de préstamo hipotecario como fiador.

2.^a No se puede a sabiendas por el heredero ocultar, no incluyendo en el inventario que se formará ni activo ni pasivo, puesto que de hacerlo se corre el riesgo de pasar a responder pura y simplemente y, por tanto, con los bienes propios.

3.^a El inventario, tras la LJV, se tramitará notarialmente debiéndose realizar las pertinentes notificaciones a los acreedores y mientras no se les satisfaga sujetando los bienes a administración.

4.^a Si no se tiene claro que las deudas que dejó el causante son superiores al valor del activo de la herencia es mejor no complicarse y repudiar la herencia; pero con cuidado, porque tal y como hemos visto hay que tener en cuenta que si han transcurrido más de cuatro años desde que falleció el causante la herencia estará prescrita y quien reciba la porción del repudiante deberá tributar por el impuesto de donaciones, y sobre todo el repudiante debe ser consciente del destino de la porción repudiada, para la que hay que tener en cuenta el siguiente esquema:

A) Renuncian todos los hijos, hay nietos y no hay más herederos ni sustitutos vulgares previstos: es el caso de testamento en el que el padre o la madre instituye como sus únicos y universales herederos a sus hijos, legando el usufructo universal al viudo o a su elección en tercio libre más su usufructo viudal legal (el del tercio de mejora) sin prever sustituto vulgar o solo para los casos de premoriencia o incapacidad, guardando silencio respecto a la hipótesis de renuncia.

En este caso la repudiación hace que no haya heredero testamentario por lo que necesariamente se debe abrir la sucesión intestada (art. 912 CC) y entender que en el caso de que repudia la herencia el pariente más próximo, si es solo, o, si fueren varios, todos los parientes más próximos llamados por la ley heredan los del grado siguiente por su propio derecho y sin que puedan representar al repudiante (art. 923 CC).

Se plantea la duda de si cuando se llama a los parientes del *grado siguiente* el CC se está refiriendo a *grado de parentesco*, o bien a grado como equivalente a *orden*. Si fuera lo primero son llamados los *nietos* mientras que si es lo segundo lo son los *padres* o, en su defecto, el cónyuge viudo. Esta última opción tiene a su favor que el art. 929 CC no permite representar a una persona en caso de repudiación, pero lo cierto es que los nietos cuando son llamados por repudiación de los padres lo son precisamente por derecho propio y no por derecho de representación (art. 923 CC).

Además, el art. 923 CC se halla bajo la Sec. segunda titulada «del parentesco» por lo que lo más lógico es interpretar la norma literalmente y conforme al art. 915 CC reputar como grado siguiente el de la generación siguiente en la línea descendente, siendo ésta la posición de la DGRN en Resolución 21 de enero de 2013.

La consecuencia de la aplicación del art. 923 CC es que pasan a suceder —previa declaración de herederos— los nietos por derecho propio y no por derecho de representación lo que implica que la herencia se reparte por cabezas y no por estirpes.

De manera que, si p. ej. el causante dejó dos hijos y uno de ellos tenía un hijo y el otro cinco, no se reparte el 50% de la herencia para un hijo y el otro 50% por parte iguales entre los cinco nietos restantes, sino que todo el caudal relicto se debe repartir en seis partes iguales.

Esta es la solución que parece clara sin que a la *viuda* corresponda más que el usufructo universal o su legado de una tercera parte de la herencia. Puede, en principio, plantear dudas el que si la legítima queda vacante por renuncia de los herederos forzosos, toda la herencia pasa a ser libre y por tanto corresponde al viudo, pero es una solución que debe ser descartada puesto que el legatario de parte alícuota por definición es de una parte de la herencia no de toda ella y no puede operar el derecho de acrecer a su favor puesto que si bien es posible el juego del derecho de acrecer entre legatarios no lo es entre herederos y legatarios.

Esta misma solución también se aplicará cuando tratándose de una sucesión intestada renuncian todos los descendientes llamados o el único descendiente llamado (sean estos hijos, nietos o ulteriores descendientes).

B) Renuncian todos los hijos, hay nietos y también hay previsto un heredero: es el caso en que son instituidos herederos los hijos sustituidos vulgarmente por sus descendientes solo para el caso de premoriencia, incapacidad o indignidad y no de repudiación y se llama a otra persona —p. ej., al viudo, como heredero en el tercio libre de la herencia—.

En este caso la duda es si los nietos *adquieren la cualidad de legitimarios*. Si así fuera, les correspondería la legítima larga (legítima estricta+mejora) ya que frente a extraños el tercio de mejora opera como legítima, mientras que el tercio libre permanece en poder del heredero voluntario llamado.

A favor de que los nietos adquieran la cualidad de legitimarios se pueden aducir que los nietos adquieren la cualidad de legitimarios por derecho de representación, o de manera más descriptiva, como sustitutos legales, tesis que no resulta convincente puesto que si en los preceptos citados se recoge un derecho de representación en la legítima a favor de

los descendientes del hijo premuerto, indigno, o desheredado y *no se incluye el caso de repudiación* es precisamente porque el legislador no quiere que opere dicho derecho en estos casos. Dicha crítica se ve reforzada por la aplicación por analogía a la sucesión forzosa del art. 929 CC (previsto para la sucesión intestada) que no permite el juego del derecho de representación para el caso de repudiación.

C) Renuncian todos los hijos, hay nietos y hay previsto un sustituto vulgar que son los nietos: es el caso habitual en que el testador llama como herederos a todos sus hijos sustituidos vulgarmente sin distinción de casos por sus descendientes y lega el usufructo universal al viudo. En este supuesto al no haber legítimas, toda la herencia es parte libre, por lo que es adquirida por los sustitutos vulgares; en suma, son llamados todos los nietos pero no como herederos *ab intestato*, ya que no se abre esta puesto que hay heredero nombrado (art. 912.2 CC *a sensu contrario*). La consecuencia más importante es que no suceden por cabezas, como resultaría si se aplicara el art. 932 CC previsto para sucesión intestada, sino por *estirpes*, o mejor dicho ocupando el lugar del sustituido (arts. 779 y 780 CC). Asimismo, otra diferencia es que no es necesaria la declaración de herederos.

D) Renuncian todos los hijos, hay nietos y hay previsto un sustituto vulgar que es la viuda: Es un caso frecuente; su finalidad es conseguir dar a los hijos la posibilidad de que si quieren beneficiar a su madre procedan a renunciar a toda la herencia.

E) Renuncian algunos de los hijos

Hay que distinguir según esté prevista o no sustitución vulgar, si hay prevista sustitución vulgar la porción renunciada irá a los sustitutos vulgares.

En caso de que *no haya prevista sustitución vulgar* juega el derecho de acrecer (arts. 912 y 986 CC) o el derecho propio (art. 985 CC) según se trate del tercio libre, mejora o legítima, pero en todo caso toda la herencia se reparte entre los que no repudiaron (STS 10 de julio 2003).

La anterior posición ha sido puesta en duda por la RDGRN 23 octubre 2017 que parte de la base que hay que respetar la *voluntad del testador* y este quiso que, si alguno de sus hijos repudiaba la herencia, su parte fuera a sus descendientes por partes iguales.

De la conjugación de la sentencia y la resolución cabe indicar que el tercio de legítima estricta debe ir a los legitimarios que no renunciaron, no entrando en dicho tercio los hijos del repudiante (sustitutos vulgares), pero la parte que como sustitutos les corresponde debe *imputarse de nuevo*, ya no puede ser, como en el caso del padre sustituido con cargo en parte a la legítima estricta

(porque los sustitutos no son legitimarios) pero sí puede ser con cargo al tercio de mejora o al de libre disposición.

3.6. El diseño de la sucesión del causante que ha contraído nuevo matrimonio o vive en pareja de hecho

Se trata del problema que originan las llamadas *familias recompuestas* en las que cada cónyuge aporta hijos de relaciones anteriores; siendo frecuente el caso no solo de los divorciados sino el de los viudos que contraen nuevas nupcias.

Las opciones de que dispone en estos casos el causante se limitan al tercio libre y el usufructo del viudo puesto que debe respetar el tercio de legítima estricta y el de mejora a favor de hijos o descendientes.

Probablemente la preocupación en este caso es que los bienes que reciba el cónyuge viudo puedan acabar cuando fallezca el mismo en manos de los hijos solo de éste y no del premuerto, para evitarlo se pueden acudir al legado de usufructo, o a la sustitución fideicomisaria en cuanto al tercio libre, siendo los nudos propietarios o los fideicomisarios los hijos que lo sean exclusivamente del testador.

La cuestión se complica en caso de que *el testador no estuviera casado con su última pareja* porque en este caso no podrá hacer uso de la legítima viudal y únicamente podrá disponer del tercio libre. Partiendo de esta premisa puede acudir o al legado de usufructo de alguno de los bienes (p. ej., la vivienda habitual) o al legado o a la institución de heredero sujeta a sustitución fideicomisaria siendo los nudos propietarios o los sustitutos fideicomisarios únicamente aquellos que fueran solo hijos del testador.

3.7. El diseño de la sucesión del matrimonio o la pareja sin hijos

Nos referimos a aquellos casos en que el testador y su cónyuge o su pareja no tienen descendientes en común, o existiendo estos no lo son del testador.

En estos casos lo habitual es que el testador quiere que cuando fallezca no falte nada a su viuda o viudo o pareja de hecho, pero que cuando muera el sobreviviente los bienes que procedían del testador premuerto no acaben en manos de la familia del sobreviviente, sino que vuelvan a su rama familiar. P. ej., en un matrimonio sin hijos en que muere antes el marido lo frecuente es que su deseo es que todos sus bienes vayan a su esposa pero cuando esta muera no va a querer que vayan a los sobrinos de ésta sino a los suyos.

En este caso como el testador no tiene legitimarios, o si los tuviera (sus padres) respetando las legítimas de éstos, lo aconsejable es acudir a la figura del fideicomiso de residuo, porque éste permite disponer al sobreviviente de los bienes que haya recibido del testador, correspondiendo al mismo determinar

la amplitud del fideicomiso, p. ej. excluyendo la posibilidad de que el sobreviviente pueda donar los bienes que recibió o ampliándola permitiéndole que pueda disponer en su testamento por si quiere p. ej. favorecer a aquellas personas que una vez viuda le hayan atendido.

Este último caso es frecuente y se trata de una sustitución preventiva de residuo, que suelen tener una redacción similar a la siguiente: «instituyo heredero único a mi cónyuges sustituido vulgar y preventivamente de residuo por mis hermanos, sustituidos vulgarmente a su vez por sus descendientes». El problema se presenta porque al otorgar los testamentos los cónyuges no son conscientes de que ya están disponiendo *mortis causa* y por tanto dejando sin efecto el fideicomiso preventivo de residuo por lo que al final adquiere todo el último cónyuge que sobreviva (RDGRN 26 junio 2017), cuando realmente su intención era permitir al viudo disponer libremente del patrimonio de los dos, pero lo que quede al final se reparta entre las dos ramas. Para evitar este problema, sería conveniente que los cónyuges aclaren este punto y que expresen en sus respectivos testamentos que en caso de que el testador premuera a su cónyuge-sustituto preventivo de residuo es su voluntad que se distingan dos masas patrimoniales: los bienes propios del sobreviviente y los bienes que heredó del testador respecto los cuales opera la sustitución preventiva de residuo respecto a los que no haya dispuesto *inter vivos* y *mortis causa*. Así se evita que un llamamiento genérico a sus parientes equivalga a una disposición *mortis causa* a los efectos de la sustitución preventiva de residuo y, sobre todo, que el resultado de esta dependa de algo tan aleatorio como cuál de los esposos muere antes. Aunque también podría hacerse de manera más simple como en la RDGRN 19 de diciembre 2019 en la que en el testamento se indica que «el fiduciario podrá disponer en vida libremente a título oneroso o gratuito y por actos *mortis causa* posteriores al fallecimiento del/la testador/a».

3.8. La falta del diseño de la sucesión. El contador-partidor dativo

La sucesión testada conecta al testador con la eternidad, le permite marcar las relaciones futuras, pero no puede alcanzar y preverlo todo. La experiencia demuestra que en ocasiones una ordenación sencilla y simple de la sucesión tiene la ventaja de ser más flexible y permitir adaptarse a la realidad que exista entre los herederos del causante cuando deba abrirse la sucesión. En ocasiones *el querer reinar después de muerto* es contraproducente porque se está ejecutando una voluntad que el causante concibió pensando en un determinado escenario que puede haber cambiado.

Pero a pesar de lo anterior es indudable que a veces las necesidades del testador exigen un determinado diseño de la sucesión. En este trabajo no hemos sutilmente acercado a algunos de estos problemas.

Pero el testador no es omnisciente —incluso ni siquiera es bueno que lo pretenda ser— por lo que no es extraño que a la hora de formalizar la herencia se presenten problemas que en la mayoría de los casos se solucionan con buena voluntad y paciencia por los herederos, pero cuando las diferencias son irreconciliables y los herederos no se ponen de acuerdo en partir y el testador no designó contador-partidor, o éste ha cesado en su cargo, o no llegando a aceptarlo solo quedan dos posibles caminos: acudir a la división judicial de la herencia o al contador-partidor dativo.

Éste último es el recomendable porque tiene la ventaja de que al poder tramitarse ante notario se van a acortar los plazos propios del camino judicial.

Se regula en el art. 1057.2 CC y se inicia ante notario a instancia de herederos y legatarios (dudándose si son solo los legatarios de parte alícuota o también los de cosa cierta) que representen al menos el 50% del haber hereditario, se citarán a los demás interesados (restantes herederos y legatarios, dudándose si se debe citar a los acreedores), se solicita al colegio notarial un contador-partidor dativo, se le nombra previa aceptación del mismo del cargo; el contador-partidor dativo elabora un cuaderno particional que para la mayoría debe notificarse a todos los herederos quienes pueden o aprobarlo, o no decir nada o rehusar su aprobación; en estos dos últimos casos corresponderá al notario si lo estima oportuno aprobar la partición.

La partición aprobada surte los mismos efectos que una partición otorgada por un contador partidor testamentario por lo que solo será impugnabile judicialmente por defectos en la tramitación del expediente, o por defectos en la valoración de los bienes que supongan un perjuicio que exceda del 25% del valor de la cuota que correspondía al perjudicado, o por importe inferior si implicara un perjuicio en su legítima estricta.

Se ha aducido como inconveniente de la tramitación ante Notario de este expediente, puesto que también se puede tramitar ante Letrado de la Administración de Justicia, y se aduce como desventaja la del *coste*, crítica que debemos rechazar puesto que notarialmente el mayor del expediente del contador partidor dativo es el que procede de la escritura de partición de herencia que necesariamente deberá otorgarse también en el caso de la tramitación ante el Letrado de la Administración de justicia.

En fin, puede ser una buena opción cuando no hay acuerdo entre los herederos y el testador no nombró contador-partidor.

IV. BIBLIOGRAFÍA CITADA

BOLÁS ALFONSO, J., «La participación hecha por contador-partidor. Cuestiones prácticas», *Revista jurídica del notariado*, núm. 28, 1998.

- CÁMARA LAPUENTE, S., «La sucesión *mortis causa* en el patrimonio digital: Una aproximación». *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 84, 2019.
- CARBALLO FIDALGO, M., *Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas). Código Civil Comentado, vol. II*, Aranzadi, SA, 2011.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. M., *Derecho Civil Español común y foral, t. VI, vol. 1º, 9.ª ed.*, Reus, Madrid, 1993.
- CLEMENTE MEORO, M., *Derecho civil. Derecho de Sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- ESCARTÍN IPIÉNS, J.A., «El contador-partidor dativo. Nota sobre su origen, finalidad, naturaleza, funciones y procedimiento», en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. y GARCÍA RUBIO, M.ª P. (Dir.), *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum Teodora F. Torres García*, La Ley, 2014.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Comentario al artículo 1057 CC», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Comentario al Código Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- ESPEJO RUÍZ, M., «La partición realizada por el contador partidor testamentario», Colección Monografías de Derecho Civil, Dykinson, Madrid, 2013.
- FEÁS COSTILLA, J., «La renuncia de herencia. Problemas y riesgos», *Academia Sevillana del Notariado*, t. 25, 2014.
- FERRANDIS VILELLA, J., *La comunidad hereditaria*, Barcelona, 1954.
- FUENTES MARTÍNEZ, J., *Instituciones de Derecho Privado, t. V, vol. I*, Madrid, 2005.
- GOMÁ LANZÓN, I., «Los derechos del cónyuge viudo», en DELGADO DE MIGUEL, J.F. (Coord.), *Instituciones de Derecho Privado, t. V*, Thomson-Civitas, 2005.
- GÓMEZ COLOMER, J. L., «Ley 1/2000. La Prueba (IV). Pericial y reconocimiento judicial», *El nuevo proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- GONZÁLEZ ACEBES, B., *El contador-partidor dativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F., *Elementos de Derecho Civil, t. V*, Bosch, Barcelona, 1981.
- LLEDÓ YAGÜE, F., *Derecho de sucesiones. La comunidad hereditaria y partición de la herencia, vol. IV*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1993.
- MAGARIÑOS BLANCO, V., «La libertad de testar». *Revista de Derecho Privado*, núm. 89, 2005.

- MANRESA Y NAVARRO, J. Ma., *Código civil español, t. VII, Revista de Legislación*, Madrid, 1990.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de Derecho civil, t. V, Derecho de sucesiones*, 4.^a ed., Edersa, Madrid, 1999.
- PÉREZ RAMOS, C. *Memento de Sucesiones 2020*. Editorial Francis Lefebvre 2020.
- PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de derecho civil, t. V, vol. 3º*, 4.^a ed., Bosch, Barcelona. 1991.
- RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones común y foral, t. I y II*, Dykinson, Madrid, 2009.
- RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones Común, Tres tomos*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2020.
- ROCA-SASTRE MUCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones, t. I a IV*, Bosch, Barcelona, 2000.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Artículos 841 a 847 CC», en *Comentarios al CC y las legislaciones forales. Reforma del Código Civil en materia de sucesiones*, Academia Matritense del Notariado / «Ponencias sobre la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de sucesiones», *RDN*, núm. 112, 1981, pág. 395.

CAPÍTULO 27

LA ERA DIGITAL

Arantza Líbano Beristain

*Profesora Agregada de Derecho Procesal
de la Universidad Autónoma de Barcelona*

I. INTRODUCCIÓN

El desarrollo de las TIC en las últimas décadas ha supuesto un cambio fundamental en las sociedades modernas. Dichas tecnologías modulan la práctica totalidad de los aspectos de la vida social: desde la forma de acceder a la información al modo de consumir productos y servicios, pasando por aspectos más primarios como la propia estructuración de las relaciones sociales.

El impacto de las TIC resulta transversal y afecta a todos los estratos poblacionales con independencia de factores como la edad, el género, el origen social o los niveles de ingresos. No obstante, se detectan importantes diferencias entre los distintos grupos de edad y capas sociales que explican el impacto desigual que las mencionadas TIC ostentan⁽¹⁾. Uno de los factores que incide en mayor medida en este acceso desigual a las TIC es el asociado con la edad, lo cual plantea la necesidad de una reflexión específica en este sentido con la finalidad de superar dicho contexto y de generar para los mayores: oportunidades de enriquecimiento personal, participación social, acceso a bienes culturales y a espacios de ciudadanía en el marco de la actual era digital.

II. ENVEJECIMIENTO Y TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN

2.1. Dimensiones clave de la competencia digital

La competencia digital se ha convertido, en nuestras sociedades occidentales, en un factor instrumental de primer nivel al objeto de lograr el pleno acceso por parte de la población a las oportunidades vinculadas con la sociedad informacional y comunicacional en la que nos insertamos. Actualmente,

(1) CASAMAYOU / MORALES ponen de manifiesto que se complejiza la visión sobre las potencialidades y desafíos de la inclusión digital en una sociedad informacional caracterizada por la desigualdad en múltiples dimensiones. Al hilo de lo anterior se han desarrollado conceptualizaciones que implican nuevas denominaciones de acuerdo con la priorización de alguna de sus potencialidades: TAC (Tecnologías para el Aprendizaje y el Conocimiento), TEP (Tecnologías para el Empoderamiento y la Participación) o TRIC (Tecnologías de la Relación, la Información y la Comunicación). *Vid.* CASAMAYOU, A. / MORALES GONZÁLEZ, M. J., «Personas mayores y tecnologías digitales: desafíos de un binomio», *Psicología, Conocimiento y Sociedad*, vol. 7, núm. 2, noviembre 2017-abril 2018, pág. 203.

lo digital no constituye una simple alternativa a lo analógico en términos de acceso a productos y servicios, participación en el espacio público o desarrollo personal, sino que, en muchos casos, la plena realización de un individuo como ciudadano exige ciertos niveles de alfabetización digital puesto que numerosas interacciones sociales se exclusivizan a través de las TIC.

Siguiendo a Yves PUNIE⁽²⁾ podemos definir la competencia digital como el uso crítico, creativo y con un alto nivel de confianza de las TIC con el fin de alcanzar objetivos relacionados con el trabajo, la empleabilidad, el aprendizaje, el ocio, la inclusión y/o la participación en la sociedad, constituyendo la referida competencia digital una competencia transversal⁽³⁾ que, como tal, permite la adquisición de otras habilidades (a nivel de lenguaje, matemáticas, aprender a aprender, conciencia cultural). Se encontraría relacionada con muchas de las habilidades propias del siglo XXI que deberían ser adquiridas por todos los ciudadanos con el fin de asegurar su participación activa en la sociedad y en la economía. Por otro lado, en virtud de la Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de diciembre de 2006 sobre las competencias clave para el aprendizaje permanente (2006/962/CE)⁽⁴⁾, la competencia digital ha sido reconocida por parte de la UE como una de las 8 competencias clave para un aprendizaje a lo largo de la vida.

Es precisamente la referida Recomendación sobre competencias clave para el aprendizaje permanente la que establece una definición más precisa de las distintas dimensiones implicadas en la competencia digital. De acuerdo con la misma la competencia digital entraña el uso seguro y crítico de las TSI para el trabajo, el ocio y la comunicación. Se sustenta en las competencias básicas en materia de TIC: el uso de ordenadores para obtener, evaluar, almacenar, producir, presentar e intercambiar información, y comunicarse y participar en redes de colaboración a través de Internet.

A nivel de conocimientos vinculados con la referida esfera, se entiende que la competencia digital exige, por un lado, una buena comprensión y amplios conocimientos sobre la naturaleza, la función y las oportunidades de las TSI en situaciones cotidianas de la vida privada, social y profesional. La Recomen-

(2) Vid. PUNIE, Y., «Preface», en *DIGCOMP: A Framework for Developing and Understanding Digital Competence in Europe*, Joint Research Centre European Commission-Institute for Prospective Technological Studies, Luxembourg, 2013.

(3) Ponen de manifiesto la dimensión transversal de la inclusión digital para la integración social de acuerdo con los principios en favor de las personas de edad enunciados por la ONU en 1991 (independencia, participación, cuidados, autorrealización y dignidad) CASAMAYOU, A. / MORALES GONZÁLEZ, M. J., «Personas mayores y tecnologías digitales: desafíos de un binomio», *op. cit.*, pág. 204.

(4) DOUE L 394 30.12.2006.

ción de 18 de diciembre de 2006 considera que ello conlleva el conocimiento de las principales aplicaciones informáticas, como los sistemas de tratamiento de textos, hojas de cálculo, bases de datos, almacenamiento y gestión de la información, y la comprensión de las oportunidades y los riesgos potenciales que ofrecen Internet y la comunicación por medios electrónicos (correo electrónico o herramientas de red) para la vida profesional, el ocio, la puesta en común de información y las redes de colaboración, el aprendizaje y la investigación. Asimismo, se estima que las personas deben comprender las posibilidades que las TSI ofrecen como herramienta de apoyo a la creatividad y la innovación, y estar al corriente de las cuestiones relacionadas con la validez y la fiabilidad de la información disponible y de los principios legales y éticos por los que debe regirse el uso interactivo de las TSI. A nivel de capacidades necesarias en el entorno digital la Recomendación del Parlamento europeo y del Consejo (2006) incluye la capacidad de buscar, obtener y tratar información, así como de utilizarla de manera crítica y sistemática, evaluando su pertinencia y diferenciando entre información real y virtual, pero reconociendo al mismo tiempo los vínculos. Se estima asimismo que las personas deben ser capaces de utilizar herramientas para producir, presentar y comprender información compleja y tener la habilidad necesaria para acceder a servicios basados en Internet, buscarlos y utilizarlos, pero también deben saber cómo utilizar las TSI en apoyo del pensamiento crítico, la creatividad y la innovación. Finalmente, se destaca que la utilización de las TSI requiere una actitud crítica y reflexiva con respecto a la información disponible y un uso responsable de los medios interactivos; esta competencia se sustenta también en el interés por participar en comunidades y redes con fines culturales, sociales o profesionales.

El informe DIGCOMP⁽⁵⁾ identifica las siguientes áreas de competencia digital:

- Información: que implicaría identificar, localizar, recuperar, almacenar, organizar y analizar la información digital, evaluando su relevancia y objetivos.
- Comunicación: comunicar en contextos digitales, compartir recursos a través de herramientas online, conectarse con otros y colaborar a través de herramientas digitales, interactuar con y participar en comunidades y redes, conciencia inter-cultural.
- Creación de contenidos: crear y editar nuevos contenidos, integrar y reelaborar contenido y conocimientos previos, producir expresiones creati-

(5) Vid. FERRARI, A., *DIGCOMP: A Framework for Developing and Understanding Digital Competence in Europe*, Joint Research Centre European Commission-Institute for Prospective Technological Studies, Luxembourg, 2013, pág. 4.

vas, producción y programación a través de medios de comunicación, aplicar los derechos y licencias de propiedad intelectual.

— Seguridad: protección personal, protección de datos, protección de la identidad digital, medidas de seguridad, uso seguro y sostenible.

— Resolución de problemas: identificar necesidades y recursos digitales, realizar decisiones informadas sobre cuáles son las herramientas digitales más adecuadas en función del objetivo o necesidad, resolver problemas conceptuales a través de medios digitales, usar las tecnologías de manera creativa, resolver problemas técnicos, actualizar las competencias propias y de terceros.

2.2. Mayores y brecha digital

El advenimiento de una nueva era, como es la digital, ha dado lugar a una valoración de la misma desde la perspectiva de los fenómenos de inclusión/exclusión que la misma genera. Dicha lectura tiende a realizarse en mayor medida desde un enfoque colectivo o grupal más que meramente individual, ante la constatación de que ciertas capas poblacionales han quedado en gran medida al margen de los desarrollos (y consecuentemente, de los beneficios) que las TIC implican: así, destacadamente, personas mayores cuyo grado de conexión con los entornos digitales es por lo general limitado, personas con escasos recursos económicos, etc.

En este marco se ha acuñado el concepto de «e-inclusión» entendido como capacidad para acceder de forma habitual y sencilla a los distintos servicios y programas existentes, tanto *online* como *offline* y realizar un aprovechamiento de sus utilidades vinculado a las necesidades específicas de cada usuario⁽⁶⁾.

En la actualidad, la práctica totalidad de los estudios llevados a cabo tanto a nivel nacional como internacional ponen de manifiesto la existencia de una brecha digital a nivel generacional que afecta particularmente al grupo poblacional de mayor edad⁽⁷⁾. Al hilo de esta situación se han acuñado expresiones como las de no nativos digitales o inmigrantes digitales aplicable a aquellos estratos de población (particularmente en amplios sectores de la tercera edad) que ignoran el funcionamiento de los sistemas digitales y se convierten en meros consumidores pasivos⁽⁸⁾. Se ha llegado a calificar dicha situación como de moderno analfabetismo funcional relacionándolo con aquellos que carecen de competencias tecnológicas y comunicativas así como muestran carencias rela-

(6) Vid. ABAD ALCALÁ, L., «La alfabetización digital como instrumento de e-inclusión de las personas mayores», *Prisma Social*, núm. 16, junio-noviembre 2016, pág. 163.

(7) *Ibid.*, pág. 162.

(8) Vid. ROMÁN-GARCÍA, S. / ALMANSA-MARTÍNEZ, A. / CRUZ-DÍAZ, M. del R., «Adultos y mayores frente a las TIC. La competencia mediática de los inmigrantes digitales», *Revista Comunicar*, núm. 49, 2016, XXIV, pág. 102.

cionadas con la búsqueda y el empleo de información (RODRÍGUEZ CARRACEDO/DE LA BARRERA MINERVINI)⁽⁹⁾.

A pesar de que la conclusión anterior resulta difícilmente rebatible a partir de los datos disponibles, resulta necesario matizarla oportunamente, pues variables como el nivel educativo inciden igualmente de manera significativa en este ámbito. De esta forma, y a nivel europeo, CASADO MUÑOZ y LEZCANO BARBERO⁽¹⁰⁾ extraen las siguientes conclusiones del informe de EUROSTAT de 2017 en virtud del cual el 82% de los europeos usaron Internet en 2016:

— La edad y el nivel educativo son los factores que influyen de manera más significativa en la brecha digital⁽¹¹⁾. En este sentido el porcentaje de uso de internet en el tramo 16-24 años es del 96% frente al 57% en el tramo de 55 a 74 años. En el sector poblacional con mayores niveles educativos el uso habitual de Internet está absolutamente generalizado (96%) frente a un 60% entre personas de menor nivel formativo.

— Si bien en actividades como el uso de correo electrónico y la búsqueda de información las diferencias son menores entre los diferentes grupos de edad, resultan muy significativas en las vinculadas con la participación en redes sociales.

En el caso español los datos del INE (Encuesta sobre equipamiento y uso de tecnologías de información y comunicación en los hogares-2017) situaba en un 98% el uso de Internet entre personas en el tramo de edad 16-24 años, porcentaje que desciende progresivamente a medida que aumenta la edad, ubicándose en el 43,7% en la franja de 65-74 años. En esta última franja las actividades más

(9) Vid. RODRÍGUEZ CARRACEDO, M. C. / DE LA BARRERA MINERVINI, J. J., «Alfabetización tecnológica para mayores. Experiencia en la UNED Senior, Argentina», *Virtualidad, Educación y Ciencia*, año 5, núm. 9, 2014, pág. 58.

(10) Vid. CASADO MUÑOZ, R. / LEZCANO BARBERO, F., «Inclusión digital y envejecimiento activo: la participación de los mayores en las redes sociales», *Aula Abierta*, vol. 47, núm. 1, enero-marzo 2018, pág. 114.

(11) En sentido análogo, SALCEDO MALDONADO / ALFAMA GUILLÉN / CRUELLES LÓPEZ manifiestan que «la variable edad establecería una relación con los niveles de uso de internet, condicionada por aspectos tales como variables como el nivel de educación, el tamaño poblacional o el género (...)». Ello entroncaría con la observación de que la mayor parte de los usuarios entre la población mayor presentan un nivel de educación superior (universitario/postgrado) o medio (Formación Profesional). Vid. SALCEDO MALDONADO, J. L. / ALFAMA GUILLÉN, E. / CRUELLES LÓPEZ, M., «La ciudadanía digital: ¿para todas las edades? Estrategias de inclusión digital y uso de TICs en diferentes franjas de edad de personas mayores en España», *XI Congreso Asociación española de Ciencia Política. Grupo de Trabajo 5.13 «Inclusión digital y gobernanza de Internet para un gobierno abierto»*, 2012, págs. 7 y s. [en línea], [citado el 7 de mayo de 2020], disponible en Internet: [<https://aecpa.es/files/view/pdf/congress-papers/11-0/987/>].

frecuentes de Internet entre la población española se vinculan al correo electrónico, lectura de noticias, periódicos o revistas *online* así como la búsqueda de información sobre bienes y servicios, siendo estadísticamente muy escasa en el sector poblacional entre 65 y 74 años la realización de compras por Internet (10,1%)⁽¹²⁾.

2.3. El papel de las TIC en la consecución del envejecimiento activo

Uno de los conceptos fundamentales al objeto de lograr un desarrollo personal a lo largo de las etapas finales de la vida de las personas es el de EA⁽¹³⁾, proceso en el cual pueden desempeñar un rol fundamental las Tecnologías de la Información y de la Comunicación, a la vista del grado de desarrollo y generalización de las mismas en nuestro contexto presente y del abanico de posibilidades que las mismas ofrecen en términos de participación social. De acuerdo con la OMS se entiende por EA el proceso de adaptación que ocurre a lo largo de la vida a través del cual se logra un óptimo desarrollo físico, psicológico y social; supone prevenir la enfermedad, la discapacidad y mejorar el bienestar y la calidad de vida en la vejez⁽¹⁴⁾. Dicha perspectiva superaría el enfoque planteado previamente con base en el concepto de envejecimiento saludable, pues este último parece exclusivizar el ámbito de los cuidados de salud⁽¹⁵⁾. Una concepción más amplia como la que implica el EA entronca con la mantenida por otros autores⁽¹⁶⁾ que ponen de manifiesto la superación de un enfoque fordista (en relación con las personas jubiladas) en virtud del cual se considera a las perso-

(12) Vid. CASADO MUÑOZ, R. / LEZCANO BARBERO, F., «Inclusión digital y envejecimiento activo: la participación de los mayores en las redes sociales», *Aula Abierta*, vol. 47, núm. 1, enero-marzo 2018, págs. 114 y s.

(13) AGUDO/FOMBONA/PASCUAL destacan la oportunidad que constituyen las TIC para los mayores al objeto de seguir integrados en la sociedad así como de iniciarse o continuar aprendiendo como estilo de vida saludable. Vid. AGUDO PRADO, S. / FOMBONA CADAVIECO, J. / PASCUAL SEVILLANO, M. Á., «Ventajas de la incorporación de las TIC en el envejecimiento», *RELATEC-Revista Latinoamericana de Tecnología Educativa*, vol. 12, núm. 2, 2013, pág. 141.

(14) Citado por BELCHI ROMERO, G. / MARTÍNEZ DE MIGUEL, S. / ESCARBAL DE HARO, A., «El educador social en la promoción y construcción de la ciudadanía activa en las personas mayores», *RES-Revista de Educación Social*, núm. 24, 2017 (enero), pág. 683. Dichos autores se remiten igualmente a una ulterior definición del concepto formulada por la OMS (2002: *Envejecimiento Activo*, Ginebra: Educación para la Salud) entendiéndolo como «proceso que permite a las personas realizar su potencial de bienestar físico, social y mental a lo largo de todo su ciclo vital y participar en la sociedad de acuerdo con sus necesidades, deseos y capacidades, mientras que se les proporciona: protección, seguridad y cuidados adecuados cuando necesitan asistencia»

(15) *Ibid.*, pág. 684.

(16) Vid. SALCEDO MALDONADO, J. L. / ALFAMA GUILLÉN, E. / CRUELLES LÓPEZ, M., «La ciudadanía digital: ¿para todas las edades? Estrategias de inclusión digital y uso de TICs en diferentes franjas de edad de personas mayores en España», *op. cit.*, pág. 2.

nas a partir de una edad como improductivas y, por lo tanto, como susceptibles exclusivamente de cuidados y atención, desconociendo que la realidad de las personas mayores resulta actualmente plural y heterogénea y difiere de manera radical de la imagen tradicional de la vejez.

Resulta fundamental destacar el potencial de mejora en la calidad de vida de las personas mayores que encierran las TIC y, al hilo de lo anterior, las motivaciones de aquellos para su desarrollo personal en el mundo digital. Dichos aspectos han sido abordados pormenorizadamente en diversos estudios. En este sentido, PAVÓN y CASTELLANOS⁽¹⁷⁾ ponen de manifiesto que los beneficios de las TIC como instrumento de apoyo a las personas, en particular los mayores, pueden reconducirse a los siguientes ámbitos: 1) propician el acceso a la Sociedad de la Información y el Conocimiento; 2) favorecen la concentración y la atención; 3) desarrollan un aprendizaje ininterrumpido; 4) mejoran la comunicación; 5) facilitan la participación social; 6) estimulan la memoria y la creatividad.

En una línea argumental similar VROMAN/ARTHANAL/LYSACK⁽¹⁸⁾ consideran que un modelo socioecológico que refleje las necesidades del colectivo de adultos mayores basadas en el envejecimiento y la participación social puede ofrecer una manera de interpretar los patrones actitudinales y motivacionales de uso de las TIC observado en la población de mayor edad. El modelo propuesto se configura sobre tres niveles: 1) por un lado, el primer nivel refleja los intereses primarios, las necesidades y los patrones más frecuentes de uso, es decir, la configuración de redes sociales⁽¹⁹⁾ con la familia y los amigos, a través de

-
- (17) Vid. PAVÓN, F. / CASTELLANOS, A., «El aprendizaje de los mayores y las nuevas tecnologías», en ALCALÁ, M^a E. / VALENZUELA, E. (Ed.). *El aprendizaje de las personas mayores ante los retos del nuevo milenio*, Dykinson, Madrid, 2000, pág. 198 citado por AGUDO PRADO, S. / FOMBONA CADAVIECO, J. / PASCUAL SEVILLANO, M. Á., «Ventajas de la incorporación de las TIC en el envejecimiento», *op. cit.*, pág. 133.
- (18) Vid. VROMAN, K.G. / ARTHANAT, S. / LYSACK, C., «Who over 65 is online? Older adults dispositions toward information communication technology», *Computers in Human Behavior*, núm. 43, 2015, págs. 156-166, citados por MATAS-TERRÓN, A. / FRANCO-CABALLERO, P.-D., «Aprendizaje y nuevas tecnologías en adultos mayores. Una revisión del estado de la cuestión», *Grupo INGEDU-Universidad de Málaga*, Documento de trabajo versión enero 2015, [en línea], [citado el 1 de mayo de 2020], disponible en Internet: [<https://riuma.uma.es/xmlui/handle/10630/9343>].
- (19) Destacan oportunamente los potenciales beneficios que los adultos mayores de 80 años pueden obtener de las tecnologías sociales como medio de mejora de múltiples aspectos de su bienestar físico y psicológico al facilitar el contacto con la familia, CASADO MUÑOZ, R. / LEZCANO BARBERO, F., «Inclusión digital y envejecimiento activo: la participación de los mayores en las redes sociales», *op. cit.*, pág. 118. Asimismo, MARTÍNEZ HEREDIA / RODRÍGUEZ-GARCÍA destacan las oportunidades comunicativas que ofrece internet al facilitar una interacción social integral a las personas mayores en el desarrollo de relaciones que potencian sus cualidades personales y sociales, separándoles el aislamiento personal que sufren a medida que cumplen años y favoreciendo su satisfacción y motivación. Vid. MARTÍNEZ

instrumentos como el *email*, *Facebook*⁽²⁰⁾ o *Skype*; 2) en un segundo nivel se encontraría el empleo de las TIC por parte de personas mayores por su utilidad, lo cual implicaría el acceso a información sobre salud, productos y servicios y llevar a cabo actividades diarias instrumentales como el acceso a servicios bancarios, compras, etc.; 3) el tercer nivel constituiría la ventana de acceso a la comunidad en sentido amplio, sin quedar limitada por la ubicación geográfica de la persona, para compartir intereses de ocio comunes y perseguir y ampliar la conectividad a través de actividades de grupos online tales como clubes de lectores o juegos interactivos.

2.4. Alfabetización digital en personas mayores. Criterios para su implementación

Una cuestión relevante al hilo de nuestro estudio es la necesidad de concretar adecuadamente las competencias tecnológicas e informacionales necesarias para un adecuado desempeño como usuario final de las TIC en nuestra actual era digital. A este nivel, el empleo de las nuevas tecnologías mencionadas presenta dimensiones muy heterogéneas: desde el simple uso de un teléfono móvil (actividad prácticamente estandarizada entre la población española y generalizada en todos los tramos de edad) hasta una dimensión más crítica de análisis y cotejo de la información obtenida por los nuevos canales digitales o de uso de los mismos como vehiculador de formas de participación política⁽²¹⁾. Incluso, y dando un paso más, podemos colegir que el hecho de que una persona tenga un buen manejo de las TIC a nivel de usuario no implica necesariamente que las emplee en dimensiones más complejas vinculadas con la participación ciu-

HEREDIA, N. / RODRÍGUEZ-GARCÍA, A.-M., «Alfabetización y competencia digital en personas mayores: el caso del Aula permanente de formación abierta de la Universidad de Granada (España)», *Revista Espacios*, vol. 39, núm. 10, 2018, págs. 37 y ss.

(20) *Facebook* puede erigirse en una red social relevante de cara al mantenimiento de los contactos familiares y sociales por parte de las personas mayores, si bien presenta ciertas limitaciones especialmente significativas para los adultos mayores en relación con la usabilidad y accesibilidad, tal como ponen de manifiesto VILTE, D. / SALDAÑO, V. / MARTÍN, A. / GAETÁN, G., «Evaluación del uso de redes sociales en la Tercera Edad», *Conference Paper*, Noviembre 2013, pág. 8, [en línea], [https://www.researchgate.net/publication/259219920_Evaluacion_del_Uso_de_Red_Sociales_en_la_Tercera_Edad].

(21) MARTÍNEZ HEREDIA / RODRÍGUEZ GARCÍA ponen de manifiesto que se demandan ciudadanos competentes para discriminar la información fiable e importante de aquella que carece de validez, para lo que resulta necesario desarrollar en las personas una competencia digital de manera que no todo aquello a lo que se acceda sea válido sino que sea producto de un estadio de reflexión, autocrítica y contraste con otras fuentes de información. *Vid.* MARTÍNEZ HEREDIA, N. / RODRÍGUEZ-GARCÍA, A.-M., «Alfabetización y competencia digital en personas mayores: el caso del Aula permanente de formación abierta de la Universidad de Granada (España)», *op. cit.*, págs. 37 y ss.

dadana o con la interrelación con las AAPP, por poner dos ejemplos. Con base en lo anterior, resulta imprescindible concretar los niveles de desempeño de las distintas dimensiones que configuran la competencia digital en las personas de mayor edad, con la finalidad de establecer un diagnóstico adecuado que permita una implantación progresivamente más homogénea de las TIC en todos los estratos de edad y correlativamente, un disfrute más pleno de las mismas.

Un estudio particularmente interesante al objeto de determinar el nivel de desarrollo de la competencia mediática en las personas mayores (entendiendo por tales, aquellos por encima de la edad de 55 años) aportando datos comparativos con el resto de franjas de edad es el realizado por ROMÁN-GARCÍA/ALMANSA MARTÍNEZ/CRUZ-DÍAZ⁽²²⁾ tomando como marco de referencia poblacional la CCAA de Andalucía. Las conclusiones alcanzadas por dicho trabajo en relación con los adultos mayores de 55 años son esencialmente las siguientes⁽²³⁾:

— Entre los mayores de 55 años se detecta que utilizan las TIC en un porcentaje reducido respecto del resto de la población lo que avalaría la existencia de la denominada brecha digital.

— En la franja de edad referida la competencia mediática en sus dimensiones crítica y participativa disminuye significativamente con la edad, detectándose una correlación entre nivel de ingresos y nivel de competencia mediática.

— Dicho grupo poblacional emplea las TIC fundamentalmente para la consulta de información vía web, así como para la comunicación con tercero mostrando un importante nivel de utilización por parte de dicho colectivo de aplicaciones como el correo electrónico. Por el contrario, muestran desconfianza en relación con las operaciones de compras o servicios electrónicos.

Trabajos como los anteriores ponen de manifiesto la importancia de los programas de alfabetización informacional para el pleno acceso al mundo digital de los ciudadanos que no dominan plenamente dicha competencia. No obstante, procede enfatizar la importancia de que los referidos programas de alfabetización digital no restrinjan su ámbito a las esferas de búsqueda de información y se orienten igualmente a la capacitación del ciudadano en aras a la consecución de un pleno desarrollo personal y social incidiendo en su capacidad de decisión y actuación⁽²⁴⁾. En esta línea argumental, cabría hablar de dos niveles

(22) Vid. ROMÁN-GARCÍA, S. / ALMANSA-MARTÍNEZ, A. / CRUZ-DÍAZ, M. del R., «Adultos y mayores frente a las TIC. La competencia mediática de los inmigrantes digitales», *op. cit.*, págs. 101-109.

(23) *Ibid.*, págs. 107 y s.

(24) Así lo ponen de manifiesto GÓMEZ HERNÁNDEZ, J. A. / SAORÍN PÉREZ, T., «Tendencias en programas de alfabetización informacional para empoderar a las personas y a las comunidades: tec-

de brecha digital, lo cual requerirá de intervenciones correctoras de diferente naturaleza para incidir en cada ámbito respectivo: por un lado, existiría una primera brecha digital relacionada con el propio acceso a las TIC. Frente a la anterior se habla de una segunda brecha digital vinculada con la *digital literacy* —asociada a la necesidad de disponer de las habilidades necesarias para poder manejarse adecuadamente en dicho ámbito y poder sacar partido de todas las potencialidades de las TIC—⁽²⁵⁾. En este sentido, los datos parecen confirmar que la primera brecha digital resulta más sencilla de superar (a la vista del incremento constante de usuarios de Internet en todas las franjas de edad) que la segunda, al encontrarse esta última fuertemente mediada por aspectos como la edad o los niveles educacionales, entre otros.

En el proceso de alfabetización digital un rol importante es desempeñado por los centros de mayores u hogares del jubilado. En relación con el particular, un sector doctrinal⁽²⁶⁾ destaca la importancia de los centros de personas mayores al objeto de responder a las demandas de dicho colectivo en ámbitos tan heterogéneos como la salud, la participación social, la promoción cultural externa (asistencia a viajes, museos, etc.) o la cultura y la educación. En esta última esfera se integraría, entre otras actividades (aprendizaje de idiomas, gestiones económicas, etc.) el aprendizaje en TIC (uso del móvil, informática a nivel de usuario, entornos digitales, etc.). La consecución de dichos objetivos requerirá una cierta transición desde el modelo de hogar del jubilado/pensionista hacia estructuras más proactivas y, sobre todo, más atractivas para amplias capas de población jubilada (que aumentan de manera exponencial con el paso del tiempo) que se sienten ajenas a las dinámicas de dichos centros a pesar de encontrarse en dichas franjas de edad⁽²⁷⁾.

nologías sociales y nuevas prácticas ciudadanas», [en línea], [citado el 7 de mayo de 2020], disponible en Internet: [https://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/48147/1/2016_VersionOpenAccess_Tendencias_empoderamiento_gomez_saorin.pdf].

- (25) Vid. SALCEDO MALDONADO, J. L. / ALFAMA GUILLÉN, E. / CRUELLS LÓPEZ, M., «La ciudadanía digital: ¿para todas las edades? Estrategias de inclusión digital y uso de TICs en diferentes franjas de edad de personas mayores en España», *op. cit.*, pág. 14. Asimismo, ROMÁN-GARCÍA/ALMANSA MARTÍNEZ / CRUZ-DÍAZ ponen de manifiesto que la alfabetización mediática debe ser digital y multimodal, entendiéndose la misma en toda su amplitud y no debiendo quedar limitada al uso de ordenadores. Vid. ROMÁN-GARCÍA, S. / ALMANSA-MARTÍNEZ, A. / CRUZ-DÍAZ, M. del R., «Adultos y mayores frente a las TIC. La competencia mediática de los inmigrantes digitales», *op. cit.*, pág. 107.
- (26) Vid. BELCHI ROMERO, G. / MARTÍNEZ DE MIGUEL, S. / ESCARBAJAL DE HARO, A., «El educador social en la promoción y construcción de la ciudadanía activa en las personas mayores», *op. cit.*, pág. 686.
- (27) Críticos con el actual modelo de centros de personas mayores se muestran SALCEDO/ALFAMA/CRUELLS quienes en pro de la inclusión digital abogan por una revisión de dicho modelo a medio plazo puesto que numerosos miembros del referido colectivo perciben el patrón imperante como antiguo —por estar vinculado a una visión eminentemente asistencial y

III. ENVEJECIMIENTO, SALUD Y TIC

A pesar de que en numerosas ocasiones se percibe el uso de las TIC en el ámbito de la salud como algo absolutamente reciente, ya en la década de los 60 del siglo pasado comienzan las primeras experiencias en dicha esfera⁽²⁸⁾. En este sentido, la integración de las TIC en los servicios de salud resulta una realidad actual siendo las potencialidades a futuro de gran calado. Dada la frecuencia de uso de los recursos asistenciales por parte de las personas mayores resulta indudable el impacto que la tecnología puede llegar a ostentar en uno de los servicios que, de ordinario, son de empleo más frecuente en dicha franja de edad. Resulta indudable que la tecnología en este punto constituye un facilitador (numerosos trámites relacionados con el disfrute de los servicios sanitarios se ven agilizados mediante el uso de herramientas digitales) pero, incluso, puede llegar a erigirse en canalizador imprescindible, si no de la integridad sí de una parte importante, de la propia prestación sanitaria. En relación con el particular, resulta previsible que en un futuro cercano determinadas prestaciones vinculados con la salud tales como la asistencia en zonas rurales (poblaciones con frecuencia fuertemente envejecidas) se potencien en gran medida a través de servicios digitales tales como la teleasistencia, la videoconferencia o la evaluación online (y ello, en gran medida, por una cuestión de costes del sistema).

De esta forma, se prevé que actividades asistenciales como las tele-consultas médicas o la monitorización digital de pacientes, entre otras, constituyan mecanismos estándar de relación entre el profesional sanitario y el paciente en los próximos años⁽²⁹⁾. Ello en ningún caso implica que desaparezca la atención presencial, si bien

paternalista que pretende entretener más que proveer de espacios de participación y de actividad— lo que conlleva que un sector importante de jubilados no quiera utilizarlos. Para superar dicha barrera los mencionados autores consideran imprescindible la mencionada revisión del modelo de centros de mayores que permita su apropiación por parte del colectivo actualmente autoexcluido de los mismos, debiendo asimismo fortalecerse la oferta de actividades tecnológicas generalistas de acceso público, adaptando las metodologías, los mecanismos de difusión, etc. *Vid.* SALCEDO MALDONADO, J. L. / ALFAMA GUILLÉN, E. / CRUELLES LÓPEZ, M., «La ciudadanía digital: ¿para todas las edades? Estrategias de inclusión digital y uso de TICs en diferentes franjas de edad de personas mayores en España», *op. cit.*, pág. 18.

(28) *Vid.* SOTO-PÉREZ, F. / FRANCO MARTÍN, M. / JIMÉNEZ GÓMEZ, F., «Technology & Neuropsychology: towards a cyber-neuropsychology», *Cuad. Neuropsicol.*, vol. 4, núm. 2, 2010, pág. 115 y s. Dichos autores ponen como ejemplo el caso de la psicología clínica, ámbito en el que el inicio del uso de las TIC se sitúa a principios de la década de los 60 del siglo pasado (empleo de la videoconferencia por WITTSOON, AFFLECK y JOHNSON en 1961 y posterior diseño en 1966 por Weisbaum del programa ELIZA y su aplicación DOCTOR que simulaba respuestas no directivas de un terapeuta de orientación rogeriana).

(29) En este sentido, SALCEDO / ALFAMA / CRUELLES destacan dos grandes áreas de intervención en relación con las personas mayores y las TIC: por un lado, aquellas actuaciones dirigidas a

a través de dichos medios se consigue modular el acceso a la misma (reduciendo el coste de los servicios sanitarios pues se eliminan desplazamientos o consultas presenciales innecesarias) o hacer extensible la atención médica a colectivos dispersos geográficamente con un menor costo. Lo anterior obliga en el colectivo de mayores al desarrollo de determinados niveles de alfabetización digital con la finalidad de lograr una prestación adecuada de dichas tipologías de asistencia sanitaria.

Por otro lado, modelos de utilización de las TIC para mayores en el marco de proyectos de teleasistencia, tales como el planteado por SARACCHINI / CATALINA / BORDONI⁽³⁰⁾ que utiliza la Realidad Aumentada, es previsible que alcancen un grado de generalización importante a medio plazo. Dichos autores⁽³¹⁾ utilizando la mencionada realidad aumentada (consistente en la superposición de animaciones o imágenes de una forma realista sobre una imagen capturada por una cámara digital) plantean el desarrollo de un nuevo tipo de sistema asistencial para personas mayores con apoyo de las TIC a través del recurso a dos dispositivos (una tableta que integra un *software* especialmente desarrollado para las necesidades del usuario y un dispositivo portátil con proyector y cámara incorporada que localiza la posición y orientación del sujeto utilizando un mapa 3D del entorno). En definitiva, proyectos como los anteriores permiten retardar la institucionalización de las personas mayores favoreciendo su permanencia en un entorno amigable mediante el equipamiento de su domicilio con un ambiente asistido (sensores de humo, de caídas, pantallas táctiles que le orientan en sus actividades cotidianas, etc.)⁽³²⁾.

En este sentido, es de destacar en España que uno de los ejes de actuación de las entidades locales en la esfera asistencial ha venido sustentado por la implementación de la teleasistencia⁽³³⁾.

fomentar la alfabetización y el uso de las TIC por parte de los mayores; y, por otro lado, el empleo de las Nuevas TIC para prevenir la dependencia y mejorar la autonomía de las personas mayores (lo que incluye la tele-asistencia, telemedicina, etc.). Vid. SALCEDO MALDONADO, J. L. / ALFAMA GUILLÉN, E. / CRUELLS LÓPEZ, M., «La ciudadanía digital: ¿para todas las edades? Estrategias de inclusión digital y uso de TICs en diferentes franjas de edad de personas mayores en España», *op. cit.*, pág. 16.

(30) Vid. SARACCHINI, R. / CATALINA, C. / BORDONI, L., «Tecnología asistencial móvil con realidad aumentada, para las personas mayores», *Revista Comunicar*, núm. 45, XXIII, 2015, págs. 65-74.

(31) *Ibid.*, págs. 66 y s.

(32) Vid. SOTO-PÉREZ, F. / FRANCO MARTÍN, M. / JIMÉNEZ GÓMEZ, F., «Technology & Neuropsychology: towards a cyber-neuropsychology», *op. cit.*, págs. 126 s.

(33) Vid. SALCEDO MALDONADO, J. L. / ALFAMA GUILLÉN, E. / CRUELLS LÓPEZ, M., «La ciudadanía digital: ¿para todas las edades? Estrategias de inclusión digital y uso de TIC en diferentes franjas de edad de personas mayores en España», *op. cit.*, pág. 19. Como afirman dichos autores, por el contrario, otras opciones como la telemedicina o la inclusión de tecnología en el

En definitiva, el eje de un acceso adecuado de dicho colectivo poblacional a los beneficios de la e-salud pasa indefectiblemente por una correcta alfabetización digital que consiga no solo el acceso a dichas tecnologías (disponibilidad de la infraestructura) sino una verdadera apropiación de las mismas en el sentido de disponer de las herramientas para extraer de aquéllas su potencialidad⁽³⁴⁾.

IV. CIUDADANÍA DIGITAL, TIC Y PERSONAS MAYORES

En el ámbito de la ciudadanía digital coexisten diversos conceptos⁽³⁵⁾ —aun admitiendo la existencia de solapamientos entre ellos— que, desde el punto de vista semántico, procede destacar oportunamente. Por un lado, la gobernanza electrónica (e-gobernanza) consiste en utilizar las TIC para establecer canales de comunicación que permitan incorporar a los distintos agentes que tienen algo que decir en la elaboración de las políticas públicas (p. ej., una consulta electrónica a los ciudadanos sobre si un determinado límite de velocidad debe ser cambiado o una consulta local sobre el presupuesto). Por otro lado, el gobierno electrónico (e-gobierno) hace referencia a la aplicación de las TIC al funcionamiento del sector público y, en particular, a la prestación electrónica de información y servicios a los ciudadanos por parte de las AAPP (p. ej., el pago de una multa de tráfico). Finalmente, cabría conceptuar la democracia digital (e-democracia) como una vía de apoyo y refuerzo de la democracia tradicional por medio de las TIC creando así canales para la consulta y la participación ciudadana (p. ej., parlamento electrónico, iniciativa electrónica, voto electrónico, petición electrónica, consulta electrónica, etc.). Esta forma de democracia puede complementar y reforzar los procesos democráticos y añadirles elementos de empoderamiento de los ciudadanos.

hogar para proveer de seguridad y autonomía en general no han sido abordadas desde las políticas públicas a nivel local.

- (34) Vid. CASAMAYOU, A. / MORALES GONZÁLEZ, M. J., «Personas mayores y tecnologías digitales: desafíos de un binomio», *op. cit.*, pág. 214. Como ponen de manifiesto dichas autoras al ámbito de la salud constituye una temática recurrente en los estudios sobre población mayor y TIC, integrando parcelas muy variadas, tomando al adulto mayor como e-paciente que puede ser estudiado tanto como agente activo como receptor de servicios.
- (35) Definiciones adoptadas a partir del *Informe sobre la democracia digital en la Unión Europea: posibilidades y retos (2016/2008(INI))*, Comisión de Asuntos Constitucionales Parlamento Europeo (Ponente: Ramón JÁUREGUI ATONDO), 22.2.2017, págs. 14 y s., [en línea], [citado el 1 de mayo de 2020], disponible en Internet: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0041_ES.html]. Vid. asimismo «La democracia digital en la Unión Europea: posibilidades y retos», Noticias Parlamento Europeo-Sociedad, 15/03/2017, [en línea], [citado el 1 de mayo de 2020], disponible en Internet: [<https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20170224STO63943/la-democracia-digital-en-la-union-europea-posibilidades-y-retos>].

En este sentido, las TIC ocupan un lugar destacado en la estructuración actual de los sistemas políticos democráticos, pudiendo citarse, como ejemplos de lo anterior la utilización de nuevas tecnologías en procesos electorales (voto electrónico), la posibilidad de acceso por parte de los ciudadanos a los servicios públicos por medios electrónicos o el auxilio que suponen al funcionamiento del PJ⁽³⁶⁾.

Resulta evidente que dichos procesos ostentan validez para el conjunto de la ciudadanía integrante del cuerpo político con independencia de factores como la edad, pero que la existencia de una brecha digital, en este caso, en relación con la población de mayor edad, interfiere claramente en este ámbito pues impide el acceso a dichos instrumentos a un sector importante de este colectivo⁽³⁷⁾. Ello implica que los programas de alfabetización informacional constituyen un medio para gestionar de forma alternativa las estructuras democráticas y de gobierno, a partir de lo cual se pueden generar nuevas posibilidades de representatividad, decisión y control de los asuntos públicos en línea con la concepción de la ciudadanía electrónica y la democracia digital⁽³⁸⁾.

Al hilo de lo anterior procede analizar oportunamente cómo se han integrado en diversos documentos emitidos por organismos internacionales dirigidos a la configuración de la sociedad de la información o de la democracia electrónica una serie de criterios orientados a la inclusión e integración de los distintos colectivos sociales vulnerables frente a dichas nuevas tecnologías y, en particular, dada la naturaleza de nuestro trabajo, el sector poblacional de personas de mayor edad. En este sentido, particular importancia ostentan a la hora de configurar las notas características de la ciudadanía digital (y tratar de establecer las limitaciones que, frente a la misma pueda sufrir el colectivo de

(36) Vid. GALINDO AYUDA, F., «Democracia, Internet y Gobernanza: una concreción», *Sequência*, núm, 65, 2012, págs. 33-56.

(37) En este sentido CASAMAYOU/MORALES GONZÁLEZ ponen de manifiesto, siguiendo a ABAD ALCALÁ, que algunas de las más importantes esperanzas de internet no están centradas en el entretenimiento o incluso en la educación, sino en la participación —como ciudadano, como actor cultural, o como miembro participante de un grupo social—. De acuerdo con dichas autoras esta afirmación es relevante pues constituye la síntesis de una visión de la tecnología como facilitador del empoderamiento de las personas con planteamientos de la gerontología crítica que considera a las personas mayores como sujetos sociales con derecho a ejercitar su ciudadanía, aportar y participar activamente en los procesos sociales democráticos, en un espacio intergeneracional que no estigmatice. Vid. CASAMAYOU, A. / MORALES GONZÁLEZ, M. J., «Personas mayores y tecnologías digitales: desafíos de un binomio», *op. cit.*, pág. 217; ABAD ALCALÁ, L., «La alfabetización digital como instrumento de e-inclusión de las personas mayores», *op. cit.*, pág. 187.

(38) Vid. GÓMEZ HERNÁNDEZ, J. A. / SAORÍN PÉREZ, T., «Tendencias en programas de alfabetización informacional para empoderar a las personas y a las comunidades: tecnologías sociales y nuevas prácticas ciudadanas», *op. cit.*

personas de mayor edad con el fin de establecer las oportunas acciones correctoras) los documentos elaborados tanto en la esfera de la ONU, el Consejo de Europa como de la propia UE.

4.1. Esfera de la Organización de las Naciones Unidas

A nivel de NN. UU. particular relevancia ostenta la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información⁽³⁹⁾ celebrada en dos fases (Ginebra, 2003 y Túnez en 2005). En dicho marco, la Declaración de Principios de Ginebra⁽⁴⁰⁾ (*Construir la Sociedad de la Información: un desafío global para el nuevo milenio*) asume la necesidad de garantizar que las oportunidades que ofrecen las TIC redunden en beneficio de todos, lo cual implica, entre otros, la creación de una adecuada infraestructura de la información y las comunicaciones (en particular, la conectividad como factor habilitador indispensable y el acceso universal ubicuo, equitativo y asequible a la infraestructura y a los servicios de las TIC), el acceso a la información y al conocimiento, la creación de capacidad, el fomento de la confianza y seguridad en la utilización de las TIC o la creación de un entorno propicio. En este sentido, la citada declaración parte de que la educación continua y de adultos, la formación en otras disciplinas y el aprendizaje a lo largo de la vida, la enseñanza a distancia y otros servicios especiales, tales como la telemedicina, pueden ser una contribución clave para la ocupabilidad y ayudar a las personas a aprovechar las nuevas posibilidades que ofrecen las TIC para los empleos tradicionales, el trabajo por cuenta propia y las nuevas profesiones. Por otro lado, se subraya que la sensibilización y la alfabetización en el ámbito de las TIC son un sustento fundamental (pfo. 31).

(39) En la Resolución 56/183 (21 de diciembre de 2001) de la Asamblea General de las Naciones Unidas se aprobó la celebración de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información en dos fases. La primera se celebró en Ginebra del 10 al 12 de diciembre de 2003, y la segunda tuvo lugar en Túnez del 16 al 18 de noviembre de 2005. El objetivo de la primera fase (Ginebra) era redactar y propiciar una clara declaración de voluntad política, y tomar medidas concretas para preparar los fundamentos de la Sociedad de la Información para todos, que tenga en cuenta los distintos intereses en juego. Dicha fase dio lugar a la Declaración de Principios de Ginebra y el Plan de Acción de Ginebra, que se aprobaron el 12 de diciembre de 2003. El objetivo de la segunda fase (Túnez) fue poner en marcha el Plan de Acción de Ginebra y hallar soluciones y alcanzar acuerdos en los campos de gobierno de Internet, mecanismos de financiación y el seguimiento y la aplicación de los documentos de Ginebra y Túnez. Dicha fase dio lugar al Compromiso de Túnez y al Programa de Acciones de Túnez para la Sociedad de la Información que se aprobaron el 18 de noviembre de 2005, [en línea], [citado el 7 de mayo de 2020], disponible en Internet: [<https://www.itu.int/net/wsis/basic/about-es.html>].

(40) Documento WSIS-03/GENEVA/4-S, 12 de mayo de 2004, [en línea], [citado el 7 de mayo de 2020], disponible en Internet: [https://www.itu.int/dms_pub/itu-s/md/03/wsis/doc/S03-WSIS-DOC-0004!!PDF-S.pdf].

El Plan de Acción de Ginebra⁽⁴¹⁾ contiene igualmente referencias relevantes en lo relativo a la necesidad de tomar en consideración el impacto de la Sociedad de la Información en los colectivos de personas mayores. En particular, la línea de acción C2 (*Infraestructura de la información y la comunicación: fundamento básico para la Sociedad de la Información*) prevé específicamente que en el contexto de las ciberestrategias nacionales, los gobiernos deberían abordar las necesidades especiales de, entre otras, «*las personas de edad avanzada (...) incluso a través de medidas educativas, administrativas y legislativas adecuadas para garantizar su plena integración en la Sociedad de la Información*» (pfo. 9.e). Asimismo, deberían fomentar el diseño y la fabricación de equipos y servicios de las TIC para que todos tengan un acceso fácil y asequible, «*incluidas las personas de edad (...) y otros grupos desfavorecidos y vulnerables, y promover el desarrollo de tecnologías, aplicaciones y contenido adecuadas a sus necesidades, guiándose por el principio del diseño universal y mejorándolos mediante la utilización de tecnologías auxiliares*» (pfo. 9.f).

Finalmente, el Compromiso de Túnez⁽⁴²⁾ afirma en su pfo. 20 que debe prestarse una atención especial a las necesidades particulares de los grupos marginados y vulnerables de la sociedad, entre otros, *las personas mayores*.

Las referencias anteriores ponen de manifiesto de manera palmaria la importancia concedida en el marco de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información (ONU) a la formación continua en materia de TIC en favor de determinados colectivos en riesgo de discriminación en el entorno digital, particularmente, las personas de edad. Si se pretende que las TIC constituyan una oportunidad de crecimiento personal, de acceso a productos y servicios de gran relevancia en la calidad de vida de las personas (pensemos en los servicios de e-salud para ancianos que favorecen la continuidad asistencial en el entorno familiar del sujeto y evitan la institucionalización) y de participación social y política resulta fundamental que determinados colectivos (especialmente, los no nativos digitales) alcancen dichas competencias tecnológicas e informacionales que eviten su discriminación en un mundo en el que una gran parte de los servicios se prestan cada vez más de manera preferente (o incluso en algunos casos, exclusiva) por vía digital.

(41) Documento WSIS-03/GENEVA/DOC/5-S, 12 de mayo de 2004, [en línea], [citado el 7 de mayo de 2020], disponible en Internet: [<https://www.itu.int/net/wsis/docs/geneva/official/poa-es.html>].

(42) Documento WSIS-05/TUNIS/DOC/7-S 28 de junio de 2006, [en línea], [citado el 1 de mayo de 2020], disponible en Internet: [<https://www.itu.int/net/wsis/docs2/tunis/off/7-es.pdf>].

4.2. Consejo de Europa

En el marco del Consejo de Europa, ha sido la Recomendación CM/Rec(2009)1 del Comité de Ministros a los EEMM sobre democracia electrónica (*e-democracy*)⁽⁴³⁾ la que ha fijado gran parte de los criterios seguidos por los EEMM sobre el particular. La Recomendación plantea a los estados que al introducir, implementar y revisar la democracia electrónica procedan, entre otras, a asegurarse de que se contribuye a estrechar la brecha digital por medio de un enfoque inclusivo y no discriminatorio procediendo a empoderar a la población a través de apoyo a la educación y la formación, incluyendo educación y formación orientadas a la alfabetización digital, y ello empleando medidas de información pública y combinando perspectivas electrónicas y no electrónicas⁽⁴⁴⁾.

En un apéndice a la propia Recomendación se contienen los principios de la democracia electrónica (*e-democracy*). Particular incidencia ostentan, a efectos de nuestro trabajo, el principio 17 que consagra que los fines de la democracia electrónica (*e-democracy*), similares a los de la buena gobernanza, son los de transparencia, responsabilidad, rendición de cuentas, compromiso, deliberación, inclusión, accesibilidad, participación, subsidiariedad, confianza en la democracia, las instituciones democráticas y los procesos democráticos y cohesión social. En sentido análogo, el principio 18 establece que la confianza es indispensable para cualquier tipo de democracia digital, en todas las fases y estadios. Dicha confianza se encuentra indisolublemente unida a la accesibilidad, transparencia y rendición de cuentas.

Resulta evidente que la consecución de objetivos como los de inclusión, participación, cohesión y confianza en la democracia digital exigen, especialmente en relación con el colectivo de las personas mayores afectos por una importante brecha digital, de actuaciones proactivas por parte de los poderes públicos con la finalidad de incrementar los niveles de cultura digital. Ello debería extenderse a las dimensiones más críticas de análisis y cotejo de la información obtenida por los nuevos canales digitales o de uso de los mismos, pues solo a partir de dichas competencias resultará posible la plena consolidación de una democracia participativa en el espacio digital estructurada a partir de las TIC.

(43) Vid. *Recommendation CM/Rec(2009)1 of the Committee of Ministers to member states on electronic democracy (e-democracy)*, 18 de febrero 2009, [en línea], [citado el 7 de mayo de 2020], disponible en internet: [https://www.coe.int/t/dgap/goodgovernance/Activities/Key-Texts/Recommendations/Recommendation_CM_Rec2009_1_en_PDF.pdf].

(44) Cabe hacer referencia como documentos previos elaborados en el marco del Consejo de Europa sobre estas cuestiones la Recomendación Rec(2004)11 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre estándares legales, operacionales y técnicos para el voto electrónico (*e-voting*) y la Recomendación Rec(2004)15 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre gobernanza electrónica (*e-governance*).

Por otro lado, en la configuración de la democracia digital, si se pretende que la misma se encuentre adecuadamente diseñada se exige, como una de sus características definitorias, que resulte inclusiva (principio 27). Este último aspecto supone el empoderamiento político y tecnológico de los ciudadanos con independencia *de la edad*, género, educación, situación socioeconómica, lengua, necesidades especiales y lugar de residencia.

En primer lugar, cabe destacar la referencia a la edad como factor hipotéticamente obstativo para la consecución de la plena inclusión en la esfera de la democracia digital, lo cual de nuevo nos remite al indudable impacto que la brecha digital ostenta en la población de mayor edad (tal como evidencian diferentes estudios y trabajos citados *supra*). Incluso cabe destacar que el referido principio realiza una aportación muy significativa al desglosar los aspectos que inciden en la referida inclusión en el entorno de las TIC, al sostener que la misma requiere de competencia para el uso de instrumentos electrónicos (conocimientos, habilidades tecnológicas, disposición al uso de dichas tecnologías), instrumentos tecnológicos disponibles y accesibles y una combinación de perspectivas electrónicas y no electrónicas.

Finalmente, en el ámbito de los principios de la democracia electrónica (*e-democracy*) incluidos en la Apéndice a la Recomendación CM/Rec(2009)1 cabe citar, en lo que afecta específicamente al ámbito de la integración de las personas mayores en la democracia digital lo dispuesto en el principio 64, que pone de manifiesto que la democracia digital requiere educación, formación y medidas que aseguren la inclusión, siendo necesario ayudar a los participantes a la adquisición de habilidades para el uso de las herramientas tecnológicas y para asegurar la disponibilidad de los citados instrumentos, reconociendo que habrá sujetos que sean «incapaces a pesar de querer» y otros que «no deseen hacerlo a pesar de poder», sujetos que pueden precisar de ayuda y de esfuerzos especiales. En las categorías antedichas se situará una parte significativa del colectivo de personas de mayor edad.

Por último, la Recomendación CM/Rec(2009)1 contiene una serie de criterios (líneas guía) de implementación de los principios antedichos de democracia electrónica. Procede citar, por su incidencia en relación con el colectivo de personas mayores, el criterio 73 que dispone que, con la finalidad de contrarrestar cualquier ensanchamiento de la brecha entre participantes y no participantes en los procesos democráticos y entre los «capaces» e «incapaces» digitales así como entre los «que desean participar en la esfera tecnológica» y «los que no desean hacerlo», deben implementarse medidas de inclusión digital amplias, exhaustivas, permanentes y sostenidas y, cuando resulte posible debe suministrarse una combinación de perspectivas tecnológicas y no tecnológicas.

4.3. Unión Europea

En el ámbito de la UE particular incidencia en el ámbito de la configuración de la ciudadanía digital ostentan varios informes y comunicaciones que han sentado las bases en esta esfera.

Por un lado, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité Económico de las regiones «Plan de acción sobre la Administración electrónica de la UE 2016-2020. Acelerar la transformación digital de la administración»⁽⁴⁵⁾ establece que las iniciativas que se pongan en marcha en el contexto del referido Plan de Acción deberán respetar los siguientes principios fundamentales:

- Versión digital por defecto.
- Principio de «solo una vez».
- Inclusión y accesibilidad.
- Apertura y transparencia.
- Escala transfronteriza por defecto.
- Interoperabilidad por defecto.
- Fiabilidad y seguridad.

En el marco de los mencionados principios fundamentales y en relación con la integración de los sectores poblaciones de mayor edad en el ámbito de la e-administración (administración digital) particular importancia ostenta el principio de inclusión y accesibilidad que implica que las AAPP deberán diseñar los servicios públicos digitales de tal modo que sean incluyentes por defecto y tomar en consideración las necesidades diferentes como las de las personas mayores y las personas con discapacidad.

En definitiva, se pone de manifiesto que el desarrollo de la administración electrónica en el marco comunitario debe realizarse tomando en consideración la inclusión de colectivos como las personas mayores que, al amparo de la brecha digital que sufren, pueden constituir colectivos vulnerables potencialmente objeto de discriminación en relación con los beneficios que el desarrollo de las nuevas TIC pueden implicar a este nivel. Con la finalidad de evitar que ello ocurra las AAPP deben ser especialmente proactivas en el diseño de los servicios digitales.

(45) Vid. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité Económico de las regiones «Plan de acción sobre la Administración electrónica de la UE 2016-2020. Acelerar la transformación digital de la administración», Bruselas, 19 de abril 2016, COM(2016)179 final, [en línea], [citado el 7 de mayo de 2020], disponible en Internet: [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0179&from=ES>].

Finalmente, en el marco de la actividad desarrollada en el seno de la UE cabe citar el *Informe sobre la democracia digital en la Unión Europea: posibilidades y retos* elaborado en el seno de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo⁽⁴⁶⁾. El referido informe subraya las potenciales ventajas de la democracia digital, que se define como el apoyo y el refuerzo de la democracia tradicional por medio de las TIC y que puede complementar y reforzar los procesos democráticos añadiendo elementos de empoderamiento de los ciudadanos a través de diversas actividades en línea que incluyen, entre otras cuestiones, la administración pública electrónica, la gobernanza electrónica, la deliberación electrónica, la participación electrónica y la votación electrónica. En definitiva, se pretende que las nuevas TIC permitan a un número de ciudadanos cada vez mayor participar en los procesos democráticos.

En este ámbito se solicita a los EEMM y a la propia UE que faciliten los medios educativos y técnicos para potenciar el empoderamiento democrático ciudadano y mejoren las competencias en materia de TIC, así como que ofrezcan alfabetización digital e igualdad de acceso digital para todos los ciudadanos de la UE con el fin de colmar la brecha digital (inclusión digital) en beneficio último de la democracia⁽⁴⁷⁾. Asimismo, se alienta a los EEMM a que incorporen la adquisición de capacidades digitales en el plano del aprendizaje permanente dando prioridad a los programas de formación de las personas mayores.

V. CONCLUSIONES

La incidencia de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación en nuestra sociedad actual resulta prácticamente omnímoda afectando de manera relevante a prácticamente todas las esferas de la vida social en los países avanzados. En relación con el colectivo de personas mayores la era digital implica nuevas potencialidades de las que el colectivo referido no puede quedar, en modo alguno, al margen. Las TIC incrementan las posibilidades de comunicación interpersonal (vía correo electrónico, redes sociales, chats, etc.) evitando el fenómeno del aislamiento social que tiende a acrecentarse con la edad, dan lugar a nuevas fórmulas de prestación sanitaria (telemedicina) o de asistencia social (teleasistencia) y permiten un acceso amplísimo a fuentes de información

(46) *Informe sobre la democracia digital en la Unión Europea: posibilidades y retos (2016/2008(INI))*, op. cit.

(47) En la *Opinión de la Comisión de cultura y educación para la Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo sobre la democracia digital en la Unión Europea: posibilidades y retos (2016/2008(INI))* (Ponente de opinión: Isabella ADINOLFI) se considera fundamental reforzar la inclusión y la alfabetización digitales eliminando así la brecha digital existente, que constituye un obstáculo considerable para el ejercicio de la ciudadanía activa.

o la cultura y el entretenimiento. No obstante, resulta palmario a la luz de los estudios realizados en la esfera nacional e internacional la importante incidencia de la brecha digital con respecto a las personas de mayor edad. Ello se explica fundamentalmente por el hecho de que las generaciones que actualmente ocupan la cúspide de la pirámide generacional no se han socializado a través de las TIC, constituyendo el colectivo que se ha venido a calificar como de «inmigrantes digitales» o «no nativos digitales».

Resulta fundamental garantizar que la población de mayor edad disponga, no solo de las herramientas técnicas de acceso a las TIC (posibilidad de conexión a la red, disponibilidad de terminales adecuados para ello) sino igualmente de ciertas capacidades que les permitan un disfrute adecuado y seguro de las mismas. En este sentido, se debe lograr una efectiva apropiación de estas tecnologías por parte del colectivo de personas mayores. Ello implica el desarrollo por parte de los miembros de dicho colectivo de capacidades analíticas y críticas en este contexto que permitan un uso seguro de las TIC facultándoles, entre otras, a discriminar la información obtenida en dichas redes en virtud de criterios de fiabilidad y de rigor de las fuentes o a evitar los riesgos derivados de dichas tecnologías (accesos no autorizados a datos personales, estafas informáticas, etc.). En definitiva, se deben desplegar acciones efectivas desde la iniciativa pública —incluyendo la alfabetización digital— con el fin de superar las barreras de acceso a dichas tecnologías por parte del colectivo de personas de mayor edad.

Una de las cuestiones más relevantes en relación con la generalización de las TIC en nuestras sociedades es la relativa a la dimensión de ciudadanía digital, construida en las últimas décadas. Vinculada a la misma se han desarrollado conceptos como el de administración electrónica, democracia digital o gobernanza electrónica. Ámbitos como los de la participación política, la gestión de los servicios públicos o la interrelación con la administración se vehiculan de manera creciente a través de las TIC lo que implica la necesidad de implementar intervenciones importantes en relación con los colectivos más vulnerables frente a la brecha digital (siendo en este punto uno de los más afectados el grupo poblacional de personas de mayor edad) con la finalidad de evitar que la generalización de las TIC en estos sectores de lugar a su discriminación en relación con dimensiones esenciales de la ciudadanía.

Cabe colegir en todo caso que el colectivo de personas de mayor edad no es, a estos efectos, un grupo totalmente homogéneo. Aspectos tales como el nivel educacional o el nivel de empleo anterior a la jubilación inciden de manera fundamental en la competencia digital de los mayores. Por ello, las iniciativas públicas que se desarrollen con la finalidad de fomentar la competencia digital tendrán que ser necesariamente estratificadas tomando en consideración los conocimientos previos y el segmento de población concreta de personas mayores a las que se dirigen.

Al hilo de lo anterior resulta procedente realizar una reflexión en torno a las necesidades específicas de las nuevas generaciones que progresivamente alcanzan la edad de jubilación en países como España. Se trata de generaciones en las que estadísticamente la tasa de personas con estudios superiores (universitarios incluso postgrados) aumenta de manera exponencial y respecto de las cuales las fórmulas de intervención que se diseñen tendrán que ser distintas de las tradicionalmente empleadas si queremos que resulten atractivas para ellos (para muchos miembros de estas nuevas generaciones de mayores los centros de mayores u hogares del jubilado en los que habitualmente se imparten cursos de informática, etc., no resultan fórmulas atractivas por lo que habrá que buscar nuevos sistemas formativos o proceder a un rediseño —al menos parcial— de dichos centros de mayores).

VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ABAD ALCALÁ, L., «La alfabetización digital como instrumento de e-inclusión de las personas mayores», *Prisma Social*, núm. 16, junio-noviembre 2016.

AGUDO PRADO, S. / FOMBONA CADAVIECO, J. / PASCUAL SEVILLANO, M. Á., «Ventajas de la incorporación de las TIC en el envejecimiento», *RELATEC-Revista Latinoamericana de Tecnología Educativa*, vol. 12, núm. 2, 2013.

BELCHI ROMERO, G. / MARTÍNEZ DE MIGUEL, S. / ESCARBAJAL DE HARO, A., «El educador social en la promoción y construcción de la ciudadanía activa en las personas mayores», *RES-Revista de Educación Social*, núm. 24, 2017 (enero).

CASADO MUÑOZ, R. / LEZCANO BARBERO, F., «Inclusión digital y envejecimiento activo: la participación de los mayores en las redes sociales», *Aula Abierta*, vol. 47, núm. 1, enero-marzo 2018.

CASAMAYOU, A. / MORALES GONZÁLEZ, M. J., «Personas mayores y tecnologías digitales: desafíos de un binomio», *Psicología, Conocimiento y Sociedad*, vol. 7, núm. 2, noviembre 2017-abril 2018.

FERRARI, A., *DIGCOMP: A Framework for Developing and Understanding Digital Competence in Europe*, Joint Research Centre European Commission-Institute for Prospective Technological Studies, Luxembourg, 2013.

GALINDO AYUDA, F., «Democracia, Internet y Gobernanza: una concreción», *Sequência*, núm. 65, 2012.

GÓMEZ HERNÁNDEZ, J. A. / SAORÍN PÉREZ, T., «Tendencias en programas de alfabetización informacional para empoderar a las personas y a las comunidades: tecnologías sociales y nuevas prácticas ciudadanas», [en línea], disponible en Internet: [https://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/48147/1/2016_VersionOpenAccess_Tendencias_empoderamiento_gomez_saorin.pdf].

- MARTÍNEZ HEREDIA, N. / RODRÍGUEZ-GARCÍA, A.-M., «Alfabetización y competencia digital en personas mayores: el caso del Aula permanente de formación abierta de la Universidad de Granada (España)», *Revista Espacios*, vol. 39, núm. 10, 2018.
- MATAS-TERRÓN, A. / FRANCO-CABALLERO, P.-D., «Aprendizaje y nuevas tecnologías en adultos mayores. Una revisión del estado de la cuestión», *Grupo INGE-DU-Universidad de Málaga*, Documento de trabajo versión enero 2015.
- PAVÓN, F. / CASTELLANOS, A., «El aprendizaje de los mayores y las nuevas tecnologías», en ALCALÁ, M.^a E. / VALENZUELA, E. (Ed.). *El aprendizaje de las personas mayores ante los retos del nuevo milenio*, Dykinson, Madrid, 2000.
- PUNIE, Y., «Preface», en *DIGCOMP: A Framework for Developing and Understanding Digital Competence in Europe*, Joint Research Centre European Commission-Institute for Prospective Technological Studies, Luxembourg, 2013.
- RODRÍGUEZ CARRACEDO, M. C. / DE LA BARRERA MINERVINI, J. J., «Alfabetización tecnológica para mayores. Experiencia en la UNED Senior, Argentina», *Virtualidad, Educación y Ciencia*, año 5, núm. 9, 2014.
- ROMÁN-GARCÍA, S. / ALMANSA-MARTÍNEZ, A. / CRUZ-DÍAZ, M. del R., «Adultos y mayores frente a las TIC. La competencia mediática de los inmigrantes digitales», *Revista Comunicar*, núm. 49, 2016.
- SALCEDO MALDONADO, J. L. / ALFAMA GUILLÉN, E. / CRUELLS LÓPEZ, M., «La ciudadanía digital: ¿para todas las edades? Estrategias de inclusión digital y uso de TICs en diferentes franjas de edad de personas mayores en España», *XI Congreso Asociación española de Ciencia Política. Grupo de Trabajo 5.13 «Inclusión digital y gobernanza de Internet para un gobierno abierto»*, 2012.
- SARACCHINI, R. / CATALINA, C. / BORDONI, L., «Tecnología asistencial móvil con realidad aumentada, para las personas mayores», *Revista Comunicar*, núm. 45, XXIII, 2015.
- SOTO-PÉREZ, F. / FRANCO MARTÍN, M. / JIMÉNEZ GÓMEZ, F., «Technology&Neuropsychology: towards a cyber-neuropsychology», *Cuad. Neuropsicol.*, vol. 4, núm. 2, 2010.
- VILTE, D. / SALDAÑO, V. / MARTÍN, A. / GAETÁN, G., «Evaluación del uso de redes sociales en la Tercera Edad», *Conference Paper*, noviembre 2013.
- VROMAN, K.G. / ARTHANAT, S. / LYSACK, C., «Who over 65 is online? Older adults dispositions toward information communication technology», *Computers in Human Behavior*, núm. 43, 2015.

CAPÍTULO 28

INMORTALIDAD Y TRANSHUMANISMO

Ekain Payán Ellacuria⁽¹⁾

Investigador FPI de la Universidad del País Vasco/EHU

Carlos M. Romeo Casabona⁽²⁾

Catedrático de Derecho Penal

Director del Grupo de Investigación

Cátedra de Derecho y Genoma Humano

Universidad del País Vasco/EHU

Escuela de Pensamiento,

Fundación Mutualidad Abogacía

-
- (1) Al co-autor le gustaría aprovechar esta oportunidad para agradecer el apoyo a la Convocatoria de Contratación para la Formación de Personal Investigador en la UPV/EHU (2016), promovida por el Vicerrectorado de Investigación de la UPV/EHU, en la realización de este trabajo.
- (2) El presente trabajo se realiza en el marco de la financiación del Gobierno Vasco a Grupos de Investigación del Sistema Universitario Vasco (IT1066-16).

I. INTRODUCCIÓN

A consecuencia del desarrollo socioeconómico —que ha impulsado mejoras nutricionales y de estilo de vida— y de las políticas de salud pública, de la mano de un notable progreso en la ciencia médico-sanitaria y farmacológica, el aumento de la esperanza de vida ha sido una constante y presenta una tendencia alcista a nivel global⁽³⁾. Ello se ha traducido, igualmente, en un envejecimiento poblacional progresivo —pasando los mayores de 65 años de constituir el 9% actual al 12%, 16% y 23% en 2030, 2050 y 2100, respectivamente⁽⁴⁾—, crecimiento que se agudiza si cabe en las personas mayores de 80 años, que ya representan 143 millones y se proyecta que alcancen los 426 millones en 2050 y 881 millones en 2100⁽⁵⁾.

Esta expectativa vital resulta todavía más acusada en determinados países europeos como España, donde el porcentaje de población de 65 años en adelante aumentará del vigente 19,3% al 25,2% en 2033 —12,3 millones de personas, 3,4 millones más que en la actualidad⁽⁶⁾— y al 29,4% en 2068 —o, lo que es lo mismo, 14 millones de personas sobre un total de 48.531.614⁽⁷⁾,

-
- (3) «La esperanza de vida al nacer de la población mundial alcanzó los 72,6 años en 2019, lo que supone una mejora de más de 8 años desde 1990. Se prevé que las nuevas mejoras en la supervivencia den como resultado una duración media de la vida a nivel mundial de alrededor de 77,1 años en 2050». DEPARTAMENTO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y SOCIALES DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *2019 Revision of World Population Prospects*, pág. 2, 2019. Disponible en: https://population.un.org/wpp/Publications/Files/WPP2019_Highlights.pdf [Última consulta: 10 de julio de 2021]. Estos valores son ampliamente superados actualmente en algunos países, como España, en los que los 80,4 años de los hombres y 85,8 de las mujeres se incrementarán en 2033 hasta los 82,9 y 87,7 años, respectivamente. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Proyecciones de Población 2018*, noviembre de 2018, pág. 4. Disponible en: https://www.ine.es/prensa/pp_2018_2068.pdf [Última consulta: 10 de julio de 2021].
- (4) DEPARTAMENTO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y SOCIALES DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *op. cit.*, pág. 18.
- (5) *Id.*
- (6) INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *op. cit.*, págs. 1 y 7.
- (7) PÉREZ DÍAZ, J. / ABELLÁN GARCÍA, A. / ACEITUNO NIETO, P. / RAMIRO FARIÑAS, D., «Un perfil de las personas mayores en España, 2020. Indicadores estadísticos básicos», *Informes Enveje-*

de los que más de 4 millones serán octogenarios, más del 30% de este espectro⁽⁸⁾—.

Con los antedichos datos como carta de presentación, y situándose la mayor longevidad humana conocida en 122 años⁽⁹⁾ —aunque algunos investigadores se han encargado de fijar el límite máximo biológico en 125 años⁽¹⁰⁾—, no es de extrañar que la pretensión no sea tanto ya la *supervivencia*, sino un mejoramiento de la *calidad de vida*⁽¹¹⁾. Es en este escenario donde entra en liza la medicina antienvjecimiento⁽¹²⁾, que, a través de di-

cimiento en red, núm. 25, marzo de 2020, pág. 5. Disponible en: <http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/enred-indicadoresbasicos2020.pdf> [Última consulta: 10 de julio de 2021].

- (8) FERNÁNDEZ, J. L. / PARAPAR, C. / RUIZ, M., «El envejecimiento de la población», *Lychnos. Cuadernos de la Fundación General CSIC*, núm. 2, septiembre 2010, pág. 6.
- (9) ROBINE, J.-M. / ALLARD, M. / HERMANN, F. R. / JEUNE, B., «The Real Facts Supporting Jeanne Calment as the Oldest Ever Human», *The Journals of Gerontology: Medical Sciences*, vol. 74, núm. 1, diciembre de 2019.
- (10) DONG, X. / MILHOLLAND, B. / VIJG, J., «Evidence for a limit to human lifespan», *Nature*, vol. 538, octubre de 2016, pág. 258.
- (11) KALACHE, A. / KELLER, I., «El envejecimiento de la población. Un reto global y una realización integral», *Revista Española de Geriatría y Gerontología*, núm. extra. 3, vol. 36, septiembre 2001, pág. 13. La OMS define la calidad de vida como «La percepción que el individuo tiene de su posición en la vida en el contexto cultural y de valores en el que vive y en relación a sus metas, estándares y preocupaciones.». THE WHOQOL GROUP, «The World Health Organization quality of life assessment (WHOQOL): Position paper from the World Health Organization», *Social Science & Medicine*, vol. 41, núm. 10, noviembre de 1995, pág. 1405.
- (12) «Las medidas antienvjecimiento cada vez más demandadas en los últimos años han alcanzado una nueva calidad a este respecto desde que se introdujeron en 1981. No tienen como objetivo principal la curación, sino la eliminación de una condición fisiológica que se percibe como indeseable, es decir, el envejecimiento, (...) En una definición general, el envejecimiento se refiere a los cambios fisiológicos irreversibles y dependientes del tiempo en la estructura y función de los sistemas vivos. Son intrínsecos y conducen unidireccionalmente a la muerte. (...) Si bien la geriatría y la medicina geriátrica se ocupan de las enfermedades de la vejez y sus consecuencias, las medidas antienvjecimiento comienzan en una etapa más temprana de la vida adulta, por ejemplo en las personas que están envejeciendo (según la definición de la OMS, a la edad de 45 a 59 años). (...) Como característica esencial que distingue a la medicina antienvjecimiento de la geriatría y de la medicina geriátrica, se mantiene su enfoque de cumplimiento de deseos, que estos últimos sujetos deben rechazar con referencia al mandato de tratamiento legalmente establecido.». HEI®, W., «Anti-Aging-Medizin: Der Wunsch nach einem langen Leben ohne Altern?» en MAIO, G. / CLAUSEN, J. / MÜLLER, O. (Hg.), *Mensch ohne Ma®? Reichweite und Grenzen anthropologischer Argumente in der biomedizinischen Ethik*, Verlag Karl Alber, Friburgo y Múnich, 2008, págs. 392, 398 y 399. «El antienvjecimiento significa prevenir los fenómenos de envejecimiento que actualmente se asocian con una larga vida. Por último, pero no menos importante, la medicina antienvjecimiento tiene como objetivo que las personas tengan una alta calidad de vida a largo plazo. La medicina antienvjecimiento consiste en reducir la fase temporal en la que la persona depende de los cuidados

versas estrategias⁽¹³⁾, actúa en el entramado celular, deteniendo, previniendo o revirtiendo la aparición de enfermedades crónicas degenerativas asociadas a la edad y manteniendo inalteradas las capacidades funcionales que posibilitan el bienestar en la vejez.

No obstante lo anterior, la finalidad puede no solo consistir en retrasar el proceso de envejecimiento, sino en aumentar⁽¹⁴⁾ las condiciones físico-cognitivas del paciente en cuestión en atención a la prolongación individual de su vida⁽¹⁵⁾, la inversión del antedicho proceso modificando el epigenoma⁽¹⁶⁾ o, incluso, al rejuvenecimiento del ser humano⁽¹⁷⁾, lo que tendría como aspiración última la inmortalidad⁽¹⁸⁾ o, tal y como lo han redefinido algunos autores, «amortalidad»

-
- a largo plazo. (...) La medicina antienvjecimiento es, por lo tanto, una medicina de reparación que promueve un estilo de vida placentero.» RIPPE, K. P, «Die Abschaffung des Alters. Anti-Aging Medizin und die moralischen Grenzen medizinischen Fortschritts», en MAIO, G. / CLAUSEN, J. / MÜLLER, O. (Hg.), *op. cit.*, págs. 407, 415 y 416.
- (13) Entre otras, la actividad física, las hormonas antienvjecimiento o la restricción calórica. OROZCO RÍOS, A. M. / LÓPEZ VELARDE PENA, T. / MARTÍNEZ GALLARDO PRIETO, L., «Estrategias para un envejecimiento exitoso», *Revista Española de Geriatría y Gerontología*, octubre de 2015, págs. 2-5. Es, precisamente, esta última la que resulta más sobresaliente por encima de las manipulaciones genéticas y la administración de medicamentos, respectivamente. LIANG, Y. / LIU, C. / LU, M. / DONG, O. / WANG, Z. / WANG, Z. *et. al.*, «Calorie restriction is the most reasonable anti-ageing intervention: a meta-analysis of survival curves», *Scientific Reports*, vol. 8, núm. 5779, abril de 2018, pág. 4. Disponible en: <https://www.nature.com/articles/s41598-018-24146-z.pdf> [Última consulta: 10 de julio de 2021].
- (14) «El aumento humano es un campo interdisciplinario que se ocupa de los métodos, las tecnologías y sus aplicaciones para mejorar las capacidades de percepción, acción y/o cognitivas de un humano. Esto se logra mediante tecnologías de detección y actuación, fusión y fisión de información y métodos de inteligencia artificial (IA).» RAISAMO, R. / RAKKOLAINEN, I. / MAJARANTA, P. / SALMINEN, K. / RANTALA, J. / FAROOQ, A., «Human augmentation: Past, present and future», *International Journal of Human-Computer Studies*, vol. 131, noviembre de 2019, pág. 132.
- (15) «Los biólogos celulares y otros biocientíficos están trabajando en métodos que pueden extender la esperanza de vida de los seres humanos en 20 o 30 años. En algunos casos, incluso se habla de que los humanos podrían vivir mucho más tiempo. Según voces aisladas, la gente llegará algún día a la edad que se atribuye a Matusalén en la Biblia: casi mil años.» RIPPE, K. P, «Die Abschaffung des Alters. Anti-Aging Medizin und die moralischen Grenzen medizinischen Fortschritts», *op. cit.*, pág. 405.
- (16) FAHY, G. M. / BROOKE, R. T. / WATSON, J. P. / GOOD, Z. / VASANAWALA, S. S. / MAECKER, H. *et. al.*, «Reversal of epigenetic aging and immunosenescent trends in humans», *Aging Cell*, vol. 18, núm. 6, septiembre de 2019.
- (17) DE GREY, A. / RAE, M., *Ending Aging: The Rejuvenation Breakthroughs That Could Reverse Human Aging in Our Lifetime*, St. Martin's Press, Nueva York, 2007, págs. 186 y 189.
- (18) «La muerte misma empieza a no ser vista como un destino, como una condición básica e inexorable de nuestra forma de estar en el mundo, de nuestra índole biológica, o como un referente de nuestra comprensión como seres humanos, tal como las religiones y la filosofía nos habían venido enseñando, sino que se está transformando en un problema técnico. Algo que tarde o temprano nuestro ingenio podría solventar.» DIÉGUEZ, A., *Transhumanismo. La búsqueda tecnológica del mejoramiento humano*, Herder, Barcelona, 2019, pág. 12.

o «longevidad indefinida», lo que, vaticinan, será opcional en 2045⁽¹⁹⁾. Debe precisarse en este punto que, a la vez que no es pacífica la consideración del envejecimiento como enfermedad⁽²⁰⁾, en no pocas ocasiones, las fronteras entre la prevención y la mejora humana —«(...) cualquier tipo de intervención genética, biomédica o farmacéutica destinada a mejorar las disposiciones humanas, capacidades y el bienestar, incluso cuando no hay ninguna patología que tratar.»⁽²¹⁾— son difusas: «En muchos ámbitos la línea que separa curar de mejorar es imprecisa: los medicamentos destinados a luchar contra las diferentes formas de senectud que nos alcanzan un día u otro podrían pertenecer a una u otra de estas categorías.»⁽²²⁾. Sea como fuere, y a pesar de que la búsqueda de la eterna juventud se remonta a los albores de la humanidad desde de su mito-

(19) Vid. CORDEIRO, J. L. / WOOD, D., *La muerte de la muerte. La posibilidad científica de la inmortalidad física y su defensa moral*, Deusto, Barcelona, 2018, págs. 225 y 226.

(20) BRADFORD, S., «¿Y si el envejecimiento fuera una simple enfermedad curable?», *MIT Technology Review*, octubre de 2019. Disponible en: <https://www.technologyreview.es/s/11382/y-si-el-envejecimiento-fuera-una-simple-enfermedad-curable> [Última consulta: 10 de julio de 2021]. Nótese que la eventual clasificación del envejecimiento como categoría autónoma de enfermedad —frente a las dolencias y enfermedades asociadas a la vejez como la hipertensión, diabetes mellitus, artrosis, artritis, osteoporosis, arterioesclerosis, demencia senil, enfermedad de Alzheimer o enfermedad de Parkinson, por citar algunas de las más frecuentes— legitimaría, *prima facie*, la aplicación terapéutica o preventiva de nuevas tecnologías en ensayos clínicos en tanto en cuanto esta se produciría en un bien absoluto como la salud, y, *a sensu contrario*, no posicional o comparativo. En sentido opuesto, otros defienden que «No se puede separar la vejez de la enfermedad. El hecho de que nuestro cuerpo se esté debilitando y nuestra memoria a corto plazo esté disminuyendo es simplemente una cuestión de naturaleza – y como tal tiene su significado. No es sólo un efecto secundario presente de un proceso de maduración, es una condición necesaria del mismo.». RIPPE, K. P., «Die Abschaffung des Alters. Anti-Aging Medizin und die moralischen Grenzen medizinischen Fortschritts», *op. cit.*, pág. 410.

(21) GIUBILINI, A. / SANYAL, S., «Challenging Human Enhancement», en CLARKE, S. / SAVULESCU, J. / COADY, C. A. J. / GIUBILINI, A. / SANYAL, S., *The Ethics of Human Enhancement. Understanding the Debate*, Oxford University Press, Oxford, 2016, pág. 1.

(22) FERRY, L., *La revolución transhumanista Cómo la tecnomedicina y la uberización del mundo van a transformar nuestras vidas*, Alianza, Madrid, 2018, pág. 15; «Si pudiésemos tratar sistemáticamente estas enfermedades de manera que permitiésemos que se regenerara el tejido (utilizando quizás terapia de células madre) y al mismo tiempo deshabilitar el proceso de envejecimiento en las células, estaríamos haciendo mejoramiento, pero sería un caso diferente en el que tratar una enfermedad de una manera determinada también constituye una terapia de mejoramiento. Tratar sistemáticamente las enfermedades de la vejez con el resultado de que la gente viva bastante tiempo, hasta el punto de que algunos puedan llegar a ser inmortales, parece constituir tanto terapia como mejoramiento.». HARRIS, J., «Los mejoramientos son una obligación moral», en BOSTROM, N. / SAVULESCU, J., *Mejoramiento humano*, Teell, Zaragoza, 2017, pág. 149.

logía⁽²³⁾, por un lado, la convergencia NBIC puede afectar a la extensión de la vida⁽²⁴⁾; y, por otro, el surgimiento de una corriente de pensamiento que la erige, precisamente, en una de sus principales promesas científicas está suscitando un interés creciente, con innegables repercusiones que, de prosperar, podrían tener una incidencia directa, por cuanto aquí interesa, en las personas mayores.

II. TRANSHUMANISMO

2.1. Concepto

Las referencias transhumanistas se han sucedido a lo largo de la historia⁽²⁵⁾, pero no fue hasta 1957 cuando, demandando la superación de la propia existencia por medio del conocimiento científico, Julian HUXLEY acuñó por primera vez este término⁽²⁶⁾. Desde entonces, diversos científicos, filósofos e, incluso, futurólogos⁽²⁷⁾, fundamentalmente de ascendencia británica y estadounidense, han ahondado en sus fundamentos, destacando, sin ánimo de exhaustividad, las

-
- (23) El primer vestigio puede hallarse en la sumeria *Epopéya de Gilgamesh*: «Urshanabi, esta planta es una planta aparte, por la que un hombre puede reconquistar el aliento de su vida. La llevaré a la amurallada Uruk, hare (...) comer la planta (...) su nombre será el hombre se hace joven en la senectud. Yo mismo la comeré y así volveré al estado de mi juventud.». ANÓNIMO, *La leyenda de Gilgamesh*, Biblioteca Digital del Instituto Latinoamericano de la Comunicación Educativa, Ciudad de México, págs. 58 y 59.
- (24) Vid. CONNOLLY, P., «Nanobiotechnology and Life Extension», en ROCCO, M. C. / BAINBRIDGE, W. S. (Eds.), *Converging Technologies for Improving Human Performance. Nanobiotechnology, Biotechnology, Information Technology and Cognitive Science*, Springer, Dordrecht, 2003, págs. 182-190.
- (25) Vid. BOSTROM, N., «Una historia del pensamiento transhumanista. A History of Transhumanist Thought», CALLEJA LÓPEZ, A. (trad.), *Argumentos de Razón Técnica*, núm. 14, 2011, págs. 157-175.
- (26) «La especie humana puede, si lo desea, trascenderse a sí misma, no sólo esporádicamente, un individuo aquí de una manera, un individuo allá de otra manera, sino en su totalidad, como humanidad. Necesitamos un nombre para esta nueva creencia. Tal vez el *transhumanismo* sirva: el hombre sigue siendo hombre, pero se trasciende a sí mismo, al realizar nuevas posibilidades de y para su naturaleza humana. “Creo en el transhumanismo”: una vez que haya suficiente gente que pueda decir eso de verdad, la especie humana estará en el umbral de un nuevo tipo de existencia, tan diferente de la nuestra como la del hombre de Pekín. Al menos estará cumpliendo conscientemente su verdadero destino.». HUXLEY, J., *New Bottles For New Wine*, Chatto & Windus, Londres, 1957, pág. 17. Vid. con mayor profusión sobre la obra de este autor MONTERDE FERRANDO, R., «El transhumanismo de Julian Huxley: una nueva religión para la humanidad», *Cuadernos de Bioética*, núm. 101, vol. 31, 2020, págs. 73-85.
- (27) Uno de los pioneros fue F. M. ESFANDIARY —quien cambió su nombre y apellidos por los de FM-2030, año en el que hubiera celebrado su centenario—, que sentó las bases etimológicas del transhumano como ser evolutivo en transición hacia, como se verá, el posthumanismo. FM-2030, *Are You a Transhuman? Monitoring and Stimulating Your Personal Rate of Growth in a Rapidly Changing World*, Warner Books, Nueva York, 1989, págs. 1 y 149.

definiciones de Max MORE⁽²⁸⁾ y la ASOCIACIÓN TRANSHUMANISTA MUNDIAL⁽²⁹⁾ —hoy, *Humanity Plus*, cuyo acrónimo «H+» representa la humanidad mejorada que propugna este movimiento—.

Asimismo, motivados por los incesantes avances tecnológicos, cada vez más autores se ocupan de su concepto, realizando aportaciones que tienen como nexo de unión el aprovechamiento de la técnica y la mejora biológica del ser humano⁽³⁰⁾. En síntesis, se trata de un proceso intermedio y transitorio entre el

(28) «El transhumanismo es una clase de filosofías que buscan guiarnos hacia una condición posthumana. El transhumanismo comparte muchos elementos del humanismo, incluyendo el respeto por la razón y la ciencia, el compromiso con el progreso y la valoración de la existencia humana (o transhumana) en esta vida más que en alguna “vida después de la muerte” sobrenatural. El transhumanismo difiere del humanismo en el reconocimiento y la anticipación de las alteraciones radicales en la naturaleza y las posibilidades de nuestra vida que resultan de diversas ciencias y tecnologías como la neurociencia y la neurofarmacología, la prolongación de la vida, la nanotecnología, la ultrainteligencia artificial, la exploración del espacio, combinado todo ello con una filosofía y un sistema de valores tradicionales.». MORE, M., «Transhumanism: Toward a Futurist Philosophy», *Extropy*, núm. 6, 1990, pág. 6. Este filósofo, que fundó su propia doctrina —denominada extropianismo con la finalidad de establecer los valores esenciales y objetivos ilimitados del transhumanismo—, actualizó posteriormente su definición originaria, siendo la «preferida actualmente» la que sigue: «El transhumanismo es tanto una filosofía basada en la razón como un movimiento cultural que afirma la posibilidad y la conveniencia de mejorar fundamentalmente la condición humana por medio de la ciencia y la tecnología. Los transhumanistas buscan la continuación y aceleración de la i de la vida inteligente más allá de su forma humana actual y de las limitaciones humanas por medio de la ciencia y la tecnología, guiados por principios y valores que promueven la vida.». MORE, M., «True Transhumanism: A Reply to Don Ihde», en HANSELL, G. R. / GRASSIE, W. (Eds.), *H± Transhumanism and Its Critics*, Metanexus, Filadelfia, 2010, pág. 137.

(29) «—El movimiento intelectual y cultural que afirma la posibilidad y la conveniencia de mejorar fundamentalmente la condición humana a través de la razón aplicada, especialmente mediante el desarrollo y la amplia disponibilidad de tecnologías para eliminar el envejecimiento y mejorar en gran medida las capacidades intelectuales, físicas y psicológicas de los seres humanos.

— El estudio de las ramificaciones, promesas y peligros potenciales de las tecnologías que nos permitirán superar las limitaciones humanas fundamentales, y el estudio conexo de las cuestiones éticas relacionadas con el desarrollo y la utilización de esas tecnologías.». BOSTROM, N. et. al., «General questions about transhumanism», *The Transhumanist FAQ. A General Introduction*, 2003, pág. 4. Disponible en: <https://www.nickbostrom.com/views/transhumanist.pdf> [Última consulta: 10 de julio de 2021]. La tercera y, hasta la fecha, última versión de las *Preguntas frecuentes sobre Transhumanismo*, actualizada a febrero de 2016, mantiene en su totalidad esta definición. HUMANITY+, *Transhumanist FAQ*. Disponible en: <https://humanityplus.org/philosophy/transhumanist-faq/> [Última consulta: 10 de julio de 2021].

(30) «(...), es un movimiento filosófico y científico que quiere utilizar todos los medios puestos a disposición del hombre por la tecnología para mejorar la especie humana, aumentar su capacidad de percepción, cognición, reflexión, rendimiento y, finalmente, hacer nacer el posthumanismo.». JOUSSET-COUTURIER, B., *Le transhumanisme. Faut-il avoir peur de l'avenir?*, Eyrolles,

humanismo —del que deriva, si bien difiere en su asumido carácter imperfecto— y su etapa posterior, a la que será posible evolucionar confiando, de manera voluntaria, en la tecnociencia.

Consecuentemente, y pese a que dentro del transhumanismo coexisten varios sectores⁽³¹⁾, destacan sobremanera tres⁽³²⁾: primero, el cultural; segundo, el biológico o hiperhumanista, que, teniendo como máxima la perfectibilidad de la especie humana, desea mejorarla —humanidad aumentada— constante e ilimitadamente con base en la biología y la medicina genética, sin que ello comporte renegar de su procedencia ni destruir su legado positivo; y, tercero, el cibernético, que, teniendo como referencia los postulados de la singularidad⁽³³⁾, anhela crear un tipo nuevo y superior de ser humano valiéndose, sobre todo, de la robótica y la IA, para lo que entienden necesaria la ruptura con el humanismo tradicional.

2.2. Argumentos

Sin perjuicio de la clasificación anterior, y en el marco de la vertiente tecnocientífica, resultan recurrentes sendas posiciones antagónicas y representadas, con frecuencia, por grupos que la literatura cataloga como «bioprogresistas» y

París, 2016, pág. 11; «(...) se trata (...) de un amplio proyecto de mejora de la humanidad actual en todos sus aspectos, físico, intelectual, emocional y moral, gracias a los progresos de las ciencias, y en particular de las biotecnologías. Una de las características esenciales del movimiento transhumanista reside, (...) en el hecho de que pretende pasar de un paradigma médico tradicional, el de la terapéutica, que tiene como finalidad principal “reparar, cuidar enfermedades y patologías, a un modelo “superior”, el de la mejora y también el “perfeccionamiento” del ser humano.». FERRY, L., *La revolución transhumanista Cómo la tecnomedicina y la uberización del mundo van a transformar nuestras vidas*, op. cit., pág. 35.

- (31) Entre ellos, además del mencionado extropianismo, el transhumanismo democrático, hedonista, singularista, teórico y «de salón». POULIQUEN, T. M., *Transhumanismo y fascinación por las nuevas tecnologías*, Rialp, Madrid, 2018, pág. 134.
- (32) LLANO ALONSO, F. H., *Homo Excelsior. Los Límites Ético-Jurídicos del Transhumanismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 28.
- (33) «(...) Es un período futuro durante el cual el ritmo del cambio tecnológico será tan rápido, su impacto tan profundo, que la vida humana se transformará irreversiblemente. Aunque no es ni utópico ni distópico, esta época transformará los conceptos en los que nos basamos para dar sentido a nuestras vidas, desde nuestros modelos de negocio hasta el ciclo de la vida humana, incluyendo la muerte misma. (...) La Singularidad nos permitirá trascender estas limitaciones de nuestros cuerpos biológicos y cerebros. Ganaremos poder sobre nuestros destinos. Nuestra mortalidad estará en nuestras propias manos. Seremos capaces de vivir tanto como queramos (una afirmación sutilmente diferente de decir que viviremos para siempre).». KURZWEIL, N., *The Singularity Is Near: When Humans Transcend Biology*, Viking, Nueva York, 2005, págs. 7 y 8. A más a más, este inventor fundó en 2008 la Universidad de la Singularidad que dirige en California, contando, desde hace más de cinco años, con una de sus subseces en Sevilla. JIMÉNEZ, N., «Singularity University tendrá sede en Sevilla», *El Correo de Andalucía*, junio de 2015. Disponible en: <https://elcorreoweb.es/economia/singularity-university-tendra-sede-en-sevilla-NC545609> [Última consulta: 10 de julio de 2021].

«bioconservadores»⁽³⁴⁾. Son, precisamente, los argumentos esgrimidos por partidarios y detractores los que les convierten en acreedores de la meritada etiqueta.

A) *A favor*

Uno de los motivos nucleares para acoger el transhumanismo responde al optimismo presente y futuro que brindan las nuevas tecnologías de afrontar y, en su caso, superar las adversidades y vicisitudes naturales que son fuente de daño, dolor o sufrimiento, con mayor o menor alcance, en la vida humana, convirtiéndose su ejercicio en una «obligación moral»⁽³⁵⁾. A este mismo imperativo responde el principio de beneficencia procreativa⁽³⁶⁾, por el que los progenitores tendrían una «razón moral significativa» para seleccionar a los embriones con la «mejor vida esperable», sin que puedan superponerse los intereses grupales o de terceros—arts. 2 CDHB y 3.2 DUBDH— y pudiendo desprenderse, igualmente, consecuencias en caso de optar por no accionar las tecnologías disponibles⁽³⁷⁾. Sin embargo, para ello, será *conditio sine qua non* el cumplimiento de

-
- (34) Aunque, en medio de ambas, habita una zona gris en la que se sitúan autores como AGAR: «La eugenesia liberal que defendiendo ocupa un lugar entre estos extremos. En contra de los conservadores, sostengo que la mejora no es incompatible con una vida humana significativa. Pero contra los transhumanistas, no ofrezco un apoyo incondicional a la idea de que debemos usar medios tecnológicos para aumentar el vigor psicológico y físico de nuestros descendientes. La visión transhumanista de una fusión perfecta de la humanidad con la tecnología puede ser atractiva para algunos futuros padres, pero ciertamente no lo será para otros. Además, la responsabilidad recaerá en aquellos con visiones muy ambiciosas de mejora para mostrar que no dañan a los que traen a la existencia.». AGAR, N., *Liberal Eugenics. In Defence of Human Enhancement*, Blackwell Publishing, Oxford, 2004, pág. 19.
- (35) «(...) Creo que hay poderosas razones morales para asegurar la seguridad de la gente y para mejorar nuestras capacidades, nuestra salud y, por ende, nuestras vidas. Si la consecuencia de esto es que nos convertimos en transhumanos, no hay nada malo en ello, (...); mejorar la vida, la salud, la esperanza de vida, etc. no es, sin embargo, sólo parte de una agenda moral defendible, es una dimensión obligatoria de cualquier programa moral.». HARRIS, J., *Enhancing Evolution. The Ethical Case for Making Better People*, Princeton University Press, Nueva Jersey, 2007, pág. 39.
- (36) «Si las parejas (o los reproductores solteros) han decidido tener un hijo, y la selección es posible, entonces tienen una razón moral significativa para seleccionar al niño, de los posibles hijos que podrían tener, cuya vida se espera que, a la luz de la información pertinente disponible, vaya mejor o al menos no peor que cualquiera de los otros.». SAVULESCU, J. / KAHANE, G., «The Moral Obligation to Create Children with the Best Chance of the Best Life», *Bioethics*, vol. 23, núm. 5, 2009, pág. 274.
- (37) «(...), abstenerse de intervenir en el genoma humano cuando la acción es posible ya es una forma de intervención por omisión. La aparición de la edición genética significa que, nos guste o no, el genoma humano acabará siendo lo que decidamos que sea, por acción o por omisión.». DE MIGUEL BERIAIN, I., «Human dignity and gene editing. Using human dignity as an argument against modifying the human genome and germline is a logical fallacy», *EMBO reports*, vol. 19, núm. 10, octubre de 2018, pág. 2.

dos premisas: la seguridad de la técnica, teniendo en cuenta la inexistencia de riesgo cero en Medicina; y, por otra parte, que tras una ponderación de riesgos y beneficios los segundos sean superiores a los primeros⁽³⁸⁾.

Junto con lo anterior, ponen de manifiesto que el genoma humano no es un ente estático, ya que, generación tras generación, acontecen cambios aleatorios y azarosos —no necesariamente deseables— en el reservorio génico⁽³⁹⁾. Dirigirlos racionalmente conseguiría poner fin a la lotería genética inherente a la reproducción sexual y optar por técnicas selectivas como la clonación⁽⁴⁰⁾ o la edición de genes⁽⁴¹⁾, lo que otorgaría al ser humano el control evolutivo que promulga el transhumanismo. Por lo tanto, confiar denodadamente en una presunta inteligencia natural o divina por encima de las mejoras biomédicas carecería de consistencia⁽⁴²⁾.

(38) «(...) debemos proceder con mucha cautela en estas intervenciones, examinando cuidadosamente cada protocolo. (...) El argumento de que las relaciones riesgo/beneficio son generalmente más problemáticas para las mejoras que para los tratamientos de las enfermedades tiene cierta plausibilidad. Sin embargo, no se sigue la firme conclusión de algunos de que no sería justificable ninguna mejora.». BUCHANAN, A. / BROCK, D. / DANIELS, N. / WIKLER, D., *From Chance to Choice: Genetics and Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, págs. 194 y 195.

(39) Art. 3 DUGHDH: «El genoma humano, por naturaleza evolutivo, está sometido a mutaciones. Entraña posibilidades que se expresan de distintos modos en función del entorno natural y social de cada persona, que comprende su estado de salud individual, sus condiciones de vida, su alimentación y su educación.». Disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13177&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html [Última consulta: 10 de julio de 2021].

(40) «En el pasado he subrayado, contra Annas, que, lejos de constituir una amenaza para la preservación del genoma humano, la clonación reproductiva humana es el único método de reproducción que preserva el genoma humano intacto (tal como era). Esto es evidente, ya que la reproducción sexual no preserva el genoma humano sino que lo varía constantemente mediante una combinación casi aleatoria de los genomas de los dos progenitores. La clonación, en el sentido de que repite un genoma determinado, es la técnica que puede reivindicar la prioridad como método de conservación del genoma.». HARRIS, J., *Enhancing Evolution. The Ethical Case for Making Better People*, *op. cit.*, pág. 25. Debe apuntarse, a este respecto, la prohibición de la clonación con fines de reproducción de seres humanos establecida en el art. 11 DUGHDH.

(41) «(...), si afirmamos que el respeto a la dignidad humana significa preservar el genoma humano en su estado actual, la conclusión lógica sería no sólo renunciar a la reproducción sexual en favor de la clonación —ya que genera mutaciones— sino incluso utilizar la edición genética para eliminar cualquier mutación natural y aleatoria porque podría violar la dignidad y la autonomía humanas. (...) si (...), necesitamos conservar la versión momentánea del acervo genético humano, tendríamos la obligación moral de utilizar las técnicas de edición genética para revertir los cambios provocados por la naturaleza.». DE MIGUEL BERIAIN, I., «Human dignity and gene editing. Using human dignity as an argument against modifying the human genome and germline is a logical fallacy», *op. cit.*

(42) «La naturaleza no es sabia (o no lo es) y la evolución no es como un ingeniero maestro; (...) La situación de millones de seres humanos no es satisfactoria, y tanto para mejorar

Además, sostienen, no ha lugar a un retorno a la eugenesia, por cuanto la neo-eugenesia se caracteriza por el conocimiento de la técnica, la ausencia de coacción y la finalidad terapéutica⁽⁴³⁾, distanciándose, así, de las connotaciones estigmatizadoras de la clásica. Tampoco comparten la mera alusión a la pendiente resbaladiza, pues supondría una inversión de la carga de la prueba al no quedar acreditado de forma individualizada⁽⁴⁴⁾ que la aplicación de las nuevas tecnologías lleve, necesariamente, a su aceptación lenta y progresiva hacia eventos éticamente inaceptables.

Finalmente, señalan la primacía de la libertad de investigación científica —reconocida en los arts. 20.1 b) y 44.2 CE como derecho fundamental y principio rector, respectivamente, 15 CDHB y 12 b) DUGHDH— contra las prohibiciones y subrayan el principio proactivo, por el que, frente al inmovilismo precautorio que puede detener toda suerte de experimentación y progreso, proclaman la objetividad de las áreas de conocimiento científicas para evaluar

sus vidas como para preservar el bienestar de los más afortunados entre nosotros puede ser necesario emprender mejoras biomédicas. (...) La búsqueda de mejoras biomédicas no es la búsqueda de la perfección; es la búsqueda de la mejora. Desear mejorar ciertas capacidades humanas para aumentar el bienestar humano o preservar el bienestar que ahora disfrutamos no es lo mismo que desear alcanzar la maestría total. Una apreciación adecuada de lo dado es compatible con la búsqueda de la mejora y puede requerir el mejoramiento, si es necesario para preservar lo que es valioso en lo dado.» BUCHANAN, A., *Beyond Humanity? The Ethics of Biomedical Enhancement*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pág. 2.

(43) «(...), la eugenesia hoy está medicalizada y personalizada. (...), algunas proyecciones de la eugenesia de hoy pueden presentarse en términos no coercitivos, sino como decisiones libres de los propios padres, al menos aparentemente, motivo por el cual algunos autores han rechazado que el término “eugenesia” pueda aplicarse a estas prácticas. (...) la nueva eugenesia está planteada por el momento como una cuestión médica, propia de la esfera de la relación médico-paciente y, por ello, como un asunto de salud individual; de salud de los propios interesados y de su descendencia futura, que podría llegar a ser acreedora de un derecho a la salud —a nacer sana—frente a sus progenitores y sus facultades o libertades reproductivas.» ROMEO CASABONA, C. M. (Ed.), *Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano*, Comares, Bilbao-Granada, 2002, págs. 137 y 144.

(44) «(...) hay una clara y distinta carga de la prueba para el proponente del argumento de la pendiente resbaladiza, si se quiere que su argumento esté debidamente apoyado, para demostrar que hay pruebas para la afirmación de que el resultado es de naturaleza altamente negativa. (...), para calificar adecuadamente como argumento de la pendiente resbaladiza, (...), tiene que basarse en una premisa particular que indique explícitamente que el resultado del argumento es catastrófico, lo que significa que contraviene fuertemente los valores sostenidos por el público o la parte a la que se dirigía el argumento.» WALTON, D., «The Slippery Slope Argument in the Ethical Debate on Genetic Engineering of Humans», *Science and Engineering Ethics*, vol. 23, núm. 6, diciembre de 2017, pág. 1521.

los riesgos de las nuevas tecnologías y proceder estructuradamente, en base a una serie de principios, a la toma de decisiones complejas acertadamente⁽⁴⁵⁾.

B) *En contra*

Por el contrario, otros pensadores han declarado su más firme oposición a la tesis transhumanista, hasta el punto de considerarla «la idea más peligrosa del mundo»⁽⁴⁶⁾ al poner en peligro el diferencial de la «esencia humana» y, en fin, el futuro de la humanidad⁽⁴⁷⁾. Más exhaustivamente, esa esencia estaría integrada por el principio inspirador del derecho fundamental a la dignidad —arts. 10.1 CE, 2 DUGHDH, 1 CDFUE y 3.1 DUBDH—, que poseen todos los seres humanos por el mero hecho de serlo y que la mejora socavaría⁽⁴⁸⁾; y por el de autonomía, que, teniendo como base la acepción kantiana, impide que los seres humanos sean instrumentalizados como un mero medio, sino como un fin en sí mismos, pudiendo dictar sus propias normas y estándares y regirse por las mismas⁽⁴⁹⁾. A los anteriores cabría adicionar valores morales de incontestable relevancia, tales como la humildad, responsabilidad y solidaridad, que se verían seriamente comprometidos por la bioingeniería⁽⁵⁰⁾. Es, precisamente, la dignidad intrínseca a la condición humana la que sirve para equiparar a todas las personas, igualdad —arts. 14 CE, 20 CDFUE y 10 DUBDH— y no discriminación —arts. 11 CDHB, 6 DUGHDH, 21 CDFUE y 11 DUBDH— que el transhumanismo quebrantaría al dividir la sociedad en dos grupos enfrentados:

-
- (45) Vid. MORE, M., «The Proactionary Principle: Optimizing Technological Outcomes», en MORE, M. / VITA-MORE, N., *The Transhumanist Reader: Classical and Contemporary Essays on the Science, Technology, and Philosophy of the Human Future*, Wiley-Blackwell, Hoboken, 2013, págs. 258-267.
- (46) FUKUYAMA, F., «The World's Most Dangerous Ideas: Transhumanism», *Foreign Policy*, vol. 144, 2004, págs. 42-43.
- (47) «(...), el miedo más profundo que la gente expresa sobre la tecnología no es en absoluto utilitario. Es más bien un temor de que, al final, la biotecnología nos haga perder de alguna manera nuestra humanidad, es decir, alguna cualidad esencial que siempre ha sustentado nuestro sentido de quiénes somos y hacia dónde vamos, (...). Lo que está en juego en última instancia con la biotecnología no es sólo algún cálculo utilitario de costo-beneficio relativo a las futuras tecnologías médicas, sino el fundamento mismo del sentido moral humano, que ha sido una constante desde que existen los seres humanos.». FUKUYAMA, F., *Our Posthuman Future: Consequences of the Biotechnology Revolution*, Farrar, Straus and Giroux, Nueva York, 2002, págs. 101 y 102.
- (48) Vid. KASS, L. R., *Life, liberty and the defense of dignity*, Encounter Books, San Francisco, 2002.
- (49) Vid., en este sentido, EUROPEAN GROUP ON ETHICS IN SCIENCE AND NEW TECHNOLOGIES, *Statement on Artificial Intelligence, Robotics and "Autonomous" Systems*, marzo de 2018, pág. 16. Disponible en: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/dfebe62e-4ce9-11e8-be1d-01aa75ed71a1> [Última consulta: 10 de julio de 2021].
- (50) SANDEL, M., *Contra la perfección. La ética en la era de la ingeniería genética*, 2.ª Ed., Marbot, Barcelona, 2015, págs. 139 y 140.

los «transhumanos» o, más aún, «posthumanos», y los «naturales» u «ordinarios», no siendo utópico que los primeros planeen someter a los segundos o que estos, a su vez, traten de evitarlo⁽⁵¹⁾. Por consiguiente, la «sombra de la eugenesia» sería más alargada que nunca⁽⁵²⁾.

Paralelamente, al transgredir las leyes de la naturaleza, se estaría jugando a ser Dios⁽⁵³⁾, lo que tendría graves consecuencias no solo en el plano individual, restringiendo el derecho a un futuro abierto, sino a escala social, e, incluso, intergeneracional, al poder afectar al derecho común a un patrimonio genético inalterado⁽⁵⁴⁾.

-
- (51) «(...): surgirá una nueva especie o subespecie de humanos. La nueva especie, o “posthumano”, probablemente verá a los antiguos humanos “normales” como inferiores, incluso salvajes, y aptos para la esclavitud o la matanza. Los normales, por otro lado, pueden ver a los póstumos como una amenaza y, si pueden, pueden emprender un ataque preventivo matando a los póstumos antes de que ellos mismos sean asesinados o esclavizados por ellos.» ANNAS, G. J. / ANDREWS, L. B. / ISASI, R. M., «Protecting the Endangered Human: Toward an International Treaty Prohibiting Cloning and Inheritable Alterations», *American Journal of Law and Medicine*, vol. 28, núms. 2-3, 2002, pág. 162.
- (52) «Si la ingeniería genética nos permitiera revocar los resultados de la lotería genética, cambiar el azar por la elección, el carácter recibido de los talentos y los logros humanos perdería terreno, y tal vez también nuestra capacidad para reconocer que compartimos un destino común. Las personas de éxito tendrían aún más tendencia a considerar que se han hecho a sí mismas y que se valen por sí mismas, y que son por lo tanto enteramente responsables de su propio éxito. Aquellos que se encuentran en la parte baja de la sociedad ya no serían vistos como desfavorecidos, y por lo tanto merecedores de cierto grado de compensación, sino simplemente como no aptos, y por lo tanto necesitados de reparación eugenésica.» SANDEL, M., *Contra la perfección. La ética en la era de la ingeniería genética*, op. cit., pág. 146. Y es que, dada la dramática experiencia de la primera mitad del s. XX, fundamental, aunque no exclusivamente, en la Alemania nacional-socialista, la normativa europea prohíbe *ex lege* las prácticas eugenésicas en el art. 3.2 CDFUE, pero no pocos autores han vislumbrado en la ingeniería y manipulación genética nuevas técnicas de eugenesia de las que puede valerse el transhumanismo: «El transhumanismo aboga por superar las limitaciones biológicas de la persona y cambiar la condición humana por medio de la ingeniería genética. Así la eugenesia se convierte en el instrumento idóneo para conseguirlo; muchos de estos investigadores apuntan que estos trabajos, y como ejemplo la nanotecnología, serán el comienzo de los resultados.» PELÁEZ FERNÁNDEZ, P., *La manipulación genética. Una nueva forma de eugenesia*, Sanz y Torres, Madrid, 2017, pág. 38.
- (53) «Si los humanos intentan hacer lo que es correcto en el dominio de la naturaleza, es en cierto sentido antinatural. La afirmación entonces es que jugar a ser Dios es interferir con la naturaleza o modificarla, como en el ejemplo de la ingeniería genética, y que esto es moralmente incorrecto.» WECKERT, J., «Playing God. What is the Problem?», en CLARKE, S. / SAVULESCU, J. / COADY, C. A. J. / GIUBILINI, A. / SANYAL, S., op. cit., pág. 88.
- (54) «El interés por la protección de la especie no ha decrecido, pero ahora se presenta desde una óptica diametralmente opuesta: mientras que los avances de la Biología de la segunda mitad del siglo XIX y de principios del XX ayudaron a conocer la evolución de la especie humana y a que algunos llegaran a predecir el peligro de su devenir (por haber interferido el ser humano en los procesos de selección natural, etc.) y a concluir la necesidad de atajar tal peligro con los procedimientos expuestos, los más precisos conocimientos actuales

Esto, a su vez, tendría repercusiones irreparables en las generaciones futuras⁽⁵⁵⁾, para con las que las presentes mantienen responsabilidad legal⁽⁵⁶⁾.

A la vista y por mor de las interrogantes expuestas, junto con los principios bioéticos de beneficencia, no maleficencia y justicia, es invocado con reiteración el principio jurídico y orientador de precaución, que, en virtud de sus notas características⁽⁵⁷⁾, podría resultar de aplicación al ser reconocidos los riesgos por parte de los propios transhumanistas.

2.3. Interés para las personas mayores

Realizada una primera aproximación al transhumanismo, cabe examinar con mayor detenimiento cuál es su relación con las personas mayores, y, concretamente, si estas últimas forman parte activa en sus planteamientos, así como las implicaciones que ello entronca.

Para responder a la primera de las cuestiones, debe acudirse a la Declaración transhumanista, cuya última revisión data del año 2012 y que resulta toda una declaración de intenciones programática. Más concretamente, entre los ocho apdos. que la componen, debe repararse particularmente en el primero y octavo, en los que se alude expresamente lo siguiente: «1. La humanidad se verá profundamente afectada por la ciencia y la tecnología en el futuro. Prevemos la

suscitan la preocupación de mantener inalterada la identidad e integridad biológica de la especie, de proteger el genoma humano de manipulaciones y considerarlo patrimonio de la humanidad.». ROMEO CASABONA, C. M. (Ed.), *Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano*, op. cit., pág. 145. Sobre la protección jurídica otorgada por el art. 1 DUGHDH al genoma humano como patrimonio de la humanidad, vid. ROMEO CASABONA, C. M., «La genética y la biotecnología en las fronteras del derecho», *Acta Bioethica*, núm. 2, vol. 8, 2002, págs. 293 y 294.

(55) «(...) las generaciones posteriores pueden exigir una cuenta a los programadores de su genoma; pueden hacer responsables a estos productores de lo que ellos, la descendencia, consideran las consecuencias indeseadas del punto de partida orgánico de sus historias de vida. Esta nueva estructura de atribución resulta de la eliminación de la frontera entre las personas y las cosas.». HABERMAS, J., *The Future of Human Nature*, Polity, Cambridge, 2003, pág. 13.

(56) Vid. Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras, de 12 de noviembre de 1997. Disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13178&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html [Última consulta: 10 de julio de 2021]; en el mismo sentido, art. 16 DUBDH.

(57) «(...) el principio de precaución no es aplicable a todas las situaciones de riesgo, sino únicamente a aquellas que presentan dos características principales: que, como premisa, haya un contexto de incertidumbre científica sobre las consecuencias de la actividad, y que, además, se tengan sospechas sobre la posibilidad de riesgo de un daño contingente especialmente grave y, posiblemente, incontrolable e irreversible.». ROMEO CASABONA, C. M. / DE MIGUEL BERIAIN, I. (Eds.), *Ética de la BioTecnología. Una introducción*, Comares, Granada, 2010, pág. 191.

posibilidad de ampliar el potencial humano, superando el envejecimiento, las deficiencias cognitivas, el sufrimiento involuntario y nuestro confinamiento en la Tierra.»; «8. Estamos a favor de permitir a los individuos una amplia elección personal sobre cómo posibilitar sus vidas. Esto incluye (...); terapias de extensión de la vida; (...); y muchas otras posibles tecnologías de modificación y mejoramiento humano.»⁽⁵⁸⁾. No obstante, cotejada la redacción actual con las versiones precedentes de 1998⁽⁵⁹⁾ y 2002⁽⁶⁰⁾, se constata una menor especificidad en ambas, siendo inexistente el punto octavo, por lo que la actual formulación podría obedecer a una expansión social del transhumanismo⁽⁶¹⁾, representada en las personas mayores.

Cabe concluir, pues, su voluntad de combatir el envejecimiento, el sufrimiento —estado este último habitualmente vinculado a las enfermedades, y con efecto multiplicador en cuanto a su manifestación y gravedad en la etapa más avanzada de la vida humana— y, en última instancia, la muerte, posponiéndola. De este modo, el objetivo central del transhumanismo radica, teniendo como aspiración última la inmortalidad⁽⁶²⁾, en la prolongación de la vida⁽⁶³⁾, lo que lo convierte en la primera filosofía en abanderar la defensa de la longevidad⁽⁶⁴⁾. Ello podría encontrar su fundamentación jurídica en el derecho de las personas

(58) Vid. HUMANITY+, *Transhumanist Declaration*, 2012. Disponible en: <https://humanityplus.org/philosophy/transhumanist-declaration/> [Última consulta: 10 de julio de 2021].

(59) Disponible en: <https://web.archive.org/web/19980702105748/http://www.transhumanism.com/declaration.htm> [Última consulta: 10 de julio de 2021].

(60) Disponible en: <https://web.archive.org/web/20090512213327/http://transhumanism.org/index.php/WTA/declaration> [Última consulta: 10 de julio de 2021].

(61) «(...), el transhumanismo ha evolucionado luego hacia una postura más social. La Declaración transhumanista de 2012 amplía sus bases. Se entiende ahí que el transhumanismo no quiere reducirse a una lógica científica de mejora solamente individualista; elabora también una perspectiva social durable a su manera.». POULIQUEN, T. M., *Transhumanismo y fascinación por las nuevas tecnologías*, *op. cit.*, pág. 130.

(62) «Pickering afirma que los transhumanistas buscan la inmortalidad. (...) Podemos aspirar a la inmortalidad, pero nunca podemos estar seguros de haberla alcanzado. Incluso si uno viviera 10.000 millones de años, podría morir en la siguiente hora. Nadie puede saber con certeza cuánto tiempo vivirá.». LA TORRA, M., «Transhumanism: Threat or Menace? A response to Andrew Pickering», en HANSELL, G. R. / GRASSIE, W. (Eds.), *op. cit.*, pág. 208.

(63) «Si el transhumanismo se entiende como una aspiración al desarrollo humano y para la solución de los problemas mundiales, gracias al uso ético de nuevos medios tecnológicos, entonces la extensión de la vida sana es sin duda una de las tareas más centrales y urgentes del transhumanismo, quizás incluso las más centrales y urgentes.». STAMBLER, I., «What Do We Need to Know to Treat Degenerative Aging as a Medical Condition to Extend Healthy Lifespan?», en LEE, N. (Ed.), *The Transhumanism Handbook*, Springer, Suiza, 2019, pág. 382.

(64) VITA-MORE, N., «Life Extension & Expansion», *Transhumanist Manifesto*, 2020. Disponible en: https://natashavita-more.com/transhumanist-manifesto/?fl_builder [Última consulta: 10 de julio de 2021].

mayores al disfrute del más alto nivel de salud posible⁽⁶⁵⁾ —art. 12.1 PIDESC—, y resultaría extensivo a un potencial número cada vez más elevado de personas que, en un momento biológico próximo de sus vidas, alcanzarán la vejez.

Aun pudiendo gozar la mejora de la salud de las personas mayores de cierta aceptabilidad moral⁽⁶⁶⁾, su manifestación en el envejecimiento envuelve múltiples aristas de contenido práctico y filosófico, no siempre de fácil armonización, y cuyo análisis no es baladí.

— En primer lugar, se discute cuál sería el sentido de una vida indefinida⁽⁶⁷⁾, pues es su finitud la que sirve de acicate al ser humano para impulsar sus proyectos vitales, que podrían ser, en caso contrario, postergados *sine die*. Es por ello que una vida ilimitada ha llegado a ser vaticinada de «aburrida», adjetivo que, habida cuenta de la alternativa de la no existencia⁽⁶⁸⁾, no es compartido por los transhumanistas⁽⁶⁹⁾, quienes, más bien al contrario,

(65) Vid. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Informe Mundial sobre el envejecimiento y la salud*, 2015, pág. 14. Disponible en: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/186466/9789240694873_spa.pdf?sequence=1 [Última consulta: 10 de julio de 2021].

(66) «(...) salvar la vida es sólo posponer la muerte con un giro positivo. Si es correcto y bueno posponer la muerte por un corto tiempo, es difícil ver cómo no sería mejor y más moral para posponer la muerte por más tiempo, incluso indefinidamente.». HARRIS, J., *Enhancing Evolution. The Ethical Case for Making Better People*, *op. cit.*, pág. 32.

(67) «La vida se vive más profunda y ricamente si somos conscientes de nuestra mortalidad y finitud; tomamos decisiones de manera diferente, y vivimos menos desenfrenada y superficialmente con la conciencia de la muerte que sin ella. Pero lo más conmovedor es que no tengo claro cuál será exactamente el propósito del aplazamiento indefinido de la muerte. ¿Para qué vivirá la gente si vive indefinidamente? ¿De qué se tratará la vida humana durante la larga duración de 150 o 500 años? ¿Consistirá la vida humana en más actividades consumistas, más entretenimiento, más “diversión”, más guerras, más destrucción del medio ambiente natural y más aburrimiento? (...) El espectro de perpetuar la anomia actual indefinidamente a través de la ingeniería genética periódica parece ser un resultado muy indeseable para la humanidad.». TIROSH-SAMUELSON, H., «Engaging Transhumanism», en HANSELL, G. R. / GRASSIE, W. (Eds.), *op. cit.*, pág. 41; «¿No es la muerte la que da todo su sentido y todo su interés a la vida? ¿Tendría algún sentido una música, una película o un libro sin fin? Si fuéramos inmortales, ¿estaríamos en condiciones de actuar? ¿No estaríamos condenados a la pereza absoluta y al sinsentido más radical?». FERRY, L., *La revolución transhumanista. Cómo la tecnomedicina y la uberización del mundo van a transformar nuestras vidas*, *op. cit.*, pág. 107.

(68) «“¿Es que estar muerto es más estimulante?” Una inteligencia multiplicada podría despertar nuevos deseos, y por tanto nuevos desafíos, pero sobre todo “controlar los circuitos neurológicos del aburrimiento”. Las posibilidades ilimitadas ofrecidas por la técnica abrirían para los transhumanistas un “porvenir humano maravilloso”.». POULIQUEN, T. M., *Transhumanismo y fascinación por las nuevas tecnologías*, *op. cit.*, pág. 149.

(69) «Un argumento relacionado es que la vida indefinida se volvería aburrida. Esto se utiliza tanto en la bioética como en los debates sobre el significado de la vida. Sin embargo, dejando de lado la cuestión empírica de si esto tiene que ser así para todas las personas, no está claro que una vida aburrida no tenga sentido. (...). Del mismo modo, una vida

consideran que las elecciones o decisiones personales dejarían de condicionar con la misma intensidad el ulterior devenir de la vida al disponer de más años para acometerlas o, en su caso, revertirlas.

— En segundo lugar, se critica que una vida de duración indeterminada podría llevar a desnaturalizar el derecho a la identidad —art. 8 CDN— manifestado en el libre desarrollo de la personalidad, que, unido a la condición única e irrepetible de cada ser humano, podría provocar el «problema de la no identidad»⁽⁷⁰⁾. Y es que los períodos de existencia prolongada podrían difuminar experiencias y recuerdos instalados en la memoria, dando lugar a una multiplicidad de identidades que acaben por desvirtuar sustancialmente la identidad personal. A ello se oponen nuevamente los transhumanistas, para quienes las diferentes etapas de la vida también modulan la identidad a través de procesos de aprendizaje constantes, sin que esta evolución constituya una sucesión de identidades, sino una única⁽⁷¹⁾.

— En tercer lugar, otra de las inquietudes de la sociedad contemporánea está relacionada con la superpoblación y la escasez de recursos naturales para atender al abastecimiento mundial, lo que, siguiendo un orden lógico, se intensificaría exponencialmente con la extensión de la vida⁽⁷²⁾. Los transhumanistas salen al paso de esta preocupación demográfico-social proponiendo como soluciones limitar drásticamente el número de nacimientos⁽⁷³⁾, producir alimentos artificiales o, como último recurso, colonizar otros planetas⁽⁷⁴⁾; en cualquier caso, afirman que el ser humano no sería invulnerable a accidentes, suicidios

aburrida podría seguir teniendo sentido. Muchas tareas importantes son aburridas y aún así deben hacerse: algunas de estas tareas podrían incluso ser de duración indefinida.». SANDBERG, A., «Transhumanism and the Meaning of Life», en MERCER, C. / TROTHEN, T. J. (Eds.), *Religion and Transhumanism: The Unknown Future of Human Enhancement*, Praeger, Santa Barbara, 2015, pág. 8.

(70) PARFIT, D., *Reasons and Persons*, Oxford University Press, Oxford, 1984, pág. 357.

(71) «Un individuo puede preocuparse de que si vive lo suficiente dejará de ser él mismo y se convertirá en otra persona. (...) Aunque fuera cierto que alguien que vivió cientos de años comenzó a cambiar en una entidad diferente, ¿por qué debería temerse esto? Después de todo, un hombre de 20 años es bastante diferente a un hombre de 5 años, así como el hombre de 60 años es bastante diferente al de 20 años. Pero el potencial de cambio es precisamente lo que hace que la vida sea emocionante y crea la oportunidad de que algo mejor llegue.». GEDDES, M., «An Introduction to Immoralist Morality», en IMMORTALITY INSTITUTE, *The Scientific Conquest of Death. Essays on Infinite Lifespans*, LibrosEnRed, Buenos Aires, 2004, págs. 248 y 249.

(72) LLANO ALONSO, F. H., *Homo Excelsior. Los Límites Ético-Jurídicos del Transhumanismo*, op. cit., págs. 196 y 197.

(73) BELLVER CAPELLA, V., «Ethics and policies in the face of research into extending human life», *Cuadernos de Bioética*, núm. 85, vol. 25, septiembre-diciembre de 2014, pág. 501.

(74) LLANO ALONSO, F. H., op. cit., pág. 84.

o delitos como el homicidio o el asesinato⁽⁷⁵⁾, lo que, en buena medida, podría mitigar algunos efectos adversos de la inmortalidad como los aludidos.

— En cuarto lugar, se alega que es la capacidad reproductiva la que garantiza la continuidad de la especie y que, junto a la crianza de la prole, explica la pervivencia del ser humano. Estas habilidades, por razones biológicas, parecen difícilmente funcionales en una vida ilimitada. Asimismo, se advierte una acentuación de la dependencia, ya que los descendientes de aquellos que opten por la prolongación de la vida pueden verse obligados a cuidarles⁽⁷⁶⁾, es decir, a prestarles los alimentos que mandata el art. 142 y ss. CC por un tiempo sensiblemente superior al actual, pudiendo, incluso, distorsionarse las relaciones filio-parentales o familiares.

— En quinto y último lugar, la experiencia con otras tecnologías hace prever que el coste económico de aquellas con la capacidad para extender la esperanza de vida no estén al alcance de todos los ciudadanos⁽⁷⁷⁾, aumentando la desigualdad y contraviniendo tanto el acceso como la distribución equitativa a los beneficios en materia de salud —arts. 3 CDHB, 12 a) DUGHDH y 15.1 DUBDH— y, en último término, el principio de justicia. Para los transhumanistas, esto podría darse, efectivamente, en una fase inicial, pero, a medida que se generalicen los tratamientos antienvjecimiento, es esperable que su precio decaiga⁽⁷⁸⁾, por lo que confían en su universalización, tal y como ha ocurrido, p. ej., con los teléfonos móviles, internet o la cirugía refractiva con láser. En todo caso, aunque ello se demorara en demasía o no llegara a suceder, respaldan que sean los más acaudalados quienes se beneficien de su uso, aun cuando sigan siendo inasumibles para el resto⁽⁷⁹⁾.

-
- (75) «Si los seres humanos estuvieran libres de enfermedades y de senescencia, las únicas causas de muerte serían los accidentes, el suicidio y el homicidio. En tales condiciones, se estima que de una población de mil millones de habitantes, un niño de 12 años tendría una vida media de 1.200 años y una vida máxima de 25.000 años (es decir, uno de cada mil millones viviría el máximo de 25.000 años)». BEST, B., «Some Problems with Immortality», en IMMORTALITY INSTITUTE, *op. cit.*, pág. 236.
- (76) GLANNON, W., «Decelerating and Arresting Human Aging», en GORDIJN, B. / CHADWICK, R. (Eds.), *Medical Enhancement and Posthumanity*, Springer, Dordrecht, 2008, pág. 182.
- (77) «Cada uno puede elegir libremente si quiere ser modificado o no, en el caso —no sin ironía— de que pertenezca al grupo social privilegiado que tiene los medios para hacerse modificar. (...) el acceso a las técnicas de los transhumanistas no se hará a bajo precio, ni forzosamente para el bien común, pues razones de fuerza —sobre todo económicas— están subyacentes a su realización». POULIQUEN, T. M., *Transhumanismo y fascinación por las nuevas tecnologías*, *op. cit.*, págs. 136 y 165.
- (78) BELLVER CAPELLA, V., «Ethics and policies in the face of research into extending human life», *op. cit.*, pág. 500.
- (79) «Si la inmortalidad o el aumento de la esperanza de vida es un bien, es de dudosa ética negar bienes palpables a algunas personas porque no podemos proporcionarlos a todos.

III. APLICACIONES Y TÉCNICAS⁽⁸⁰⁾

3.1. Edición de genes

Una de las técnicas más disruptivas para la curación de enfermedades o malformaciones graves es la edición genética y, más concretamente, la afamada herramienta *CRISPR-Cas9*, que permite añadir, eliminar, modificar o sustituir secuencias de ADN en el genoma humano⁽⁸¹⁾. La intervención puede producirse en línea somática —en las propias células del individuo, inactivando o silenciando las deletéreas, por lo que las consecuencias se extinguirían con su fallecimiento— o germinal⁽⁸²⁾ —en las células reproductoras encargadas de la formación de los gametos masculino y femenino, esto es, espermatozoides y óvulos, transmitiéndose hereditariamente a los descendientes, y siendo, por ello, la que ha centrado el interés—, pudiendo implicar esta última unos riesgos que el art. 13 CDHB acota: «Únicamente podrá efectuarse una intervención que tenga por objeto modificar el genoma humano por razones preventivas, diagnósticas o terapéuticas y sólo cuando no tenga por finalidad la introducción de una modificación en el genoma de la descendencia». A pesar de que, a primera vista, ateniéndose a la literalidad de este precepto y demás normativa concordante sobre manipulación genética⁽⁸³⁾, existe cierto consenso en España sobre la ilicitud de estas prácticas, no es menos cierto que la regulación es dispar y farragosa en cada país. El nacimiento a finales de 2018 de los primeros seres humanos

Y esta injusticia no es simplemente contingente, en función de una lamentable, pero en principio removible, falta de recursos. Siempre habrá circunstancias en las que no podemos evitar el daño o hacer el bien a todos, pero nadie piensa seguramente que esto nos dé una razón para negarnos a evitar el daño a alguien en particular.». HARRIS, J., *Enhancing Evolution. The Ethical Case for Making Better People*, op. cit., pág. 62.

- (80) Sobre criogenización *vid.* ROMEO CASABONA, C. M., «Capítulo 16. Decisiones al final de la vida», en ROMEO CASABONA, C. M. (Coord.), *Tratado de Derecho y Envejecimiento*, Fundación Mutualidad Abogacía-Wolters Kluwer, Madrid, 2021.
- (81) JINEK, M. / CHYLINSKI, K. / FONFARA, I. / HAUER, M. / DOUDNA, J.A. / CHARPENTIER, E., «A Programmable Dual-RNA-Guided DNA Endonuclease in Adaptive Bacterial Immunity», *Science*, vol. 337, agosto de 2012, págs. 816-821. Recientemente, se ha descubierto una versión aún más eficiente y precisa de estas tijeras moleculares, bautizada como «prime editing», que, por su calidad superior, reduciría el porcentaje de efectos fuera de la diana génica, mosaicismo o mutaciones espontáneas. ANZALONE, A. W. / RANDOLPH, P. B. / DAVIS, J. R. / SOUSA, A. A. / KOBLAN, L. W., LEVY, J. M. et. al., «Search-and-replace genome editing without double-strand breaks or donor DNA», *Nature*, vol. 576, octubre de 2019, págs. 149-157.
- (82) La terapia génica perfectiva y eugénica tendría cabida dentro de la modificación genética germinal. PELÁEZ FERNÁNDEZ, P., *La manipulación genética. Una nueva forma de eugenesia*, op. cit., pág. 54.
- (83) *Vid.* ROMEO CASABONA, C. M. / DE MIGUEL BERIAIN, I. / DUARDO SÁNCHEZ, A., «Gene Editing from the Perspective of Spanish Law», en TAUPITZ, J. / DEURING, S. (Eds.), *Rechtliche Aspekte der Genom-Editierung an der menschlichen Keimbahn. A Comparative Legal Study*, Springer, Berlín, 2020, págs. 390-410.

modificados genéticamente⁽⁸⁴⁾ no ha hecho sino acrecentar la consternación⁽⁸⁵⁾, lo que ha llevado, por un lado, a reputados científicos a reiterar la petición de una moratoria mundial⁽⁸⁶⁾; y, por otro, a la OMS a acordar la creación de un registro central sobre la investigación en materia de edición del genoma⁽⁸⁷⁾. Sea como fuere, lo acontecido denota que su aplicabilidad inminente no es ilusoria.

Esta situación resulta extrapolable al envejecimiento⁽⁸⁸⁾ y podría dar lugar a seres humanos más longevos⁽⁸⁹⁾. A mayor abundamiento, una reciente investigación ha constatado que la terapia génica puede corregir los telómeros cortos asociados al envejecimiento, pudiendo hacer frente no solo a la fibrosis pulmo-

-
- (84) REGALADO, A., «Exclusive: Chinese scientist are creating CRISPR babies», *MIT Technology Review*, noviembre de 2018. Disponible en: <https://www.technologyreview.com/2018/11/25/138962/exclusive-chinese-scientists-are-creating-crispr-babies/> [Última consulta: 10 de julio de 2021].
- (85) Vid. a título ilustrativo la condena del CBE a este experimento, en cuyo punto cuarto lo califica de «mejoramiento» y «programa eugenésico». COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, *Declaración del Comité de Bioética de España sobre la edición genómica en humanos*, enero de 2019. Disponible en: <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/CBE%20Declaracion%20sobre%20edicion%20genomica%20en%20humanos.pdf> [Última consulta: 10 de julio de 2021].
- (86) LANDER, E. S. / BAYLIS, F. / ZHANG, F. / CHARPENTIER, E. / BERG, P. / BOURGAIN, C. et. al., «Adopt a moratorium on heritable genome editing», *Nature*, vol. 567, marzo de 2019, págs. 165-168. Previamente, vid. EUROPEAN GROUP ON ETHICS IN SCIENCE AND NEW TECHNOLOGIES, *Statement on Gene Editing*, 2016. Disponible en: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/research_and_innovation/eg/eg_statement.pdf [Última consulta: 10 de julio de 2021]. Más recientemente, European Group on Ethics in Science and New Technologies, *Ethics of Genome Editing*, núm. 32, marzo de 2021. Disponible en: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/research_and_innovation/eg/eg_ethics_of_genome_editing-opinion_publication.pdf [Última consulta: 10 de julio de 2021].
- (87) ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, «Un grupo de expertos de la OMS prepara el terreno para una firme gobernanza mundial de la edición del genoma humano», marzo de 2019. Disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/detail/19-03-2019-who-expert-panel-paves-way-for-strong-international-governance-on-human-genome-editing> [Última consulta: 10 de julio de 2021].
- (88) «El éxito de la terapia genética en el tratamiento de las enfermedades monogénicas es una prueba básica de que podría tratar enfermedades genéticas complejas, es decir, enfermedades en las que intervienen muchos genes. Un ejemplo son las enfermedades autoinmunes. Otro es el envejecimiento.». PARRISH, E., «Extending Healthy Human Lifespan Using Gene Therapy», en LEE, N. (Ed.), *op. cit.*, pág. 428.
- (89) «(...) a largo plazo, sus aplicaciones podrían cambiar drásticamente nuestro estilo de vida, en la medida en que la edición de genes podría retrasar o detener el envejecimiento, un efecto que ya se ha logrado en ratones (Bartke et al. 2001), ofreciendo la perspectiva de los seres humanos viven más tiempo, sin pérdida de memoria o fragilidad.». DE MIGUEL BERIAIN, I. / MARCOS DEL CANO, A., «Gene Editing in Human Embryos. A comment on the Ethical Issues Involved», en SONIEWICKA, M. (Ed.), *The Ethics of Reproductive Genetics. Between Utility, Principles, and Virtues*, Springer, Cham, 2018, págs. 173-174.

nar —enfermedad que puede manifestarse por mutaciones o, generalmente, por razón de la vejez—, sino al envejecimiento en general⁽⁹⁰⁾. Sin embargo, todavía existirían algunos obstáculos: uno, la modificación genética germinal podría no garantizar la transmisión de los genes que contribuyen a la longevidad⁽⁹¹⁾ de la siguiente generación⁽⁹²⁾, y que, en cualquier caso, pueden verse modulados por factores epigenéticos —ambientales, de estilo de vida, etc.—; y dos, parece aventurado que se pueda llevar a cabo próximamente un programa de restauración de todo el cerebro a través de la terapia génica dada la rigidez de los tejidos celulares y moleculares, lo que dificulta su manipulación y explicaría por qué no se ha conseguido reparar hasta la fecha ningún trastorno neurológico genético relacionado con la edad⁽⁹³⁾.

3.2. Cíborgs

Otro de los máximos exponentes del transhumanismo es el cíborg, cuyo número actual varía en función de la mayor o menor amplitud de su definición⁽⁹⁴⁾,

(90) PIÑEIRO-HERMIDA, S. / AUTILIO, C. / MARTÍNEZ, P. / BOSCH, F. / PÉREZ-GIL, J. / BLASCO, M. A., «Telomerase treatment prevents lung profibrotic pathologies associated with physiological aging», *Journal of Cell Biology*, vol. 219, núm. 10, agosto de 2020.

(91) «(...) los estudios en levaduras, gusanos y moscas han proporcionado pruebas considerables de la existencia de genes que controlan el envejecimiento y la duración de la vida. Al menos 15 manipulaciones genéticas diferentes inducen la prolongación de la vida en organismos como la mosca de la fruta, nematodos y ratones, lo que significa que el aumento de la esperanza de vida en modelos animales puede lograrse genéticamente (...). Aunque se han identificado tales genes, no siempre es obvio cómo las proteínas codificadas por estos genes están involucradas en la determinación de la longevidad. Estos interesantes avances plantean preguntas obvias sobre la medida en que los hallazgos obtenidos en estos organismos pueden ser relevantes para los vertebrados y especialmente para los mamíferos y los humanos.». STUCKELBERGER, A., *Anti-Ageing Medicine: Myths and Chances*, Ta-Swiss, Berna, 2008, págs. 101 y 102.

(92) «(...) Supongamos que John y Mary Smith editan sus gametos o embriones para extender la vida máxima. Su hijo, Devin, alcanza los hitos del desarrollo y la madurez al ritmo humano estándar. Sin embargo, tiene la capacidad teórica de vivir hasta los 150 años, 28 años más que el máximo de vida actual de 122 años. Si otros padres hacen lo mismo, ¿podrían los hijos resultantes acumular riqueza durante sus largas vidas y transmitirla junto con sus genes a la siguiente generación, (...)? La respuesta es no, (...), los genes que prolongan la vida probablemente no se conservarán dentro de la línea familiar. Devin y otros como él procrearán con aquellos que poseen genes estándar causando que los descendientes regresen a la media.». MACINTOSH, K. L., *Enhanced beings: Human Germline Modification and the Law*, Cambridge University Press, Nueva York, 2018, págs. 55 y 56.

(93) RITCHIE, B. G., «The (Un)Likelihood of a High-Tech Path to Immortality», en TIROSH-SAMUELSON, H. / MOSSMAN, K. L. (Eds.), *Building Better Humans? Refocusing the Debate on Transhumanism*, vol. 3, Peter Lang, Fráncfort del Meno, 2011, págs. 364 y 367.

(94) «Curiosamente, mientras que hay claramente muchas personas biónicamente mejoradas, también hay cíborgs viviendo entre nosotros ahora. Si queremos determinar cuántos cí-

que no es uniforme, si bien puede convenirse que se basa en la integración del ser humano con la máquina por medio de un componente tecnológico —p. ej., un dispositivo computacional, electrónico o mecánico— implantado en su cuerpo⁽⁹⁵⁾.

A pesar de que se espera que se pueda dar lugar a «cíborgs de nacimiento natural»⁽⁹⁶⁾, la mayoría de los casos tienen lugar con posterioridad al nacimiento de la persona física, lo que se puede aderezar en situaciones de dependencia: «Las personas que llevan dispositivos tecnológicos a menudo lo hacen por necesidad, como los dispositivos desarrollados en los últimos años para atender y “reparar” a personas gravemente discapacitadas, heridas y que sufren.»⁽⁹⁷⁾. En cualquier caso, y aunque se han logrado notables avances para el estímulo de diversas funciones orgánicas, la operatividad técnica de la interfaz cerebro-máquina sigue constituyendo el principal escollo⁽⁹⁸⁾, lo que, además, suscita cierto recelo en la opinión pública⁽⁹⁹⁾.

-
- borgs o humanos biónicos hay, el número dependerá de la definición utilizada. Por ejemplo, si al usar el término “humano biónico” se quiere decir que una persona está mejorada artificialmente de alguna manera, entonces la digestión de la medicina crearía un humano biónico y habría literalmente cientos de millones de estos seres vivos hoy en día. Sin embargo, si se quiere decir que para ser un “humano biónico” un cierto número de partes humanas fueron reemplazadas por implantes mecánicos y prótesis, entonces el número de tales humanos no sería de cientos de millones, sino de millones. (...). Por último, si se quería decir que para ser un “cíborg” se mejoraba o reemplazaba artificialmente una función cerebral, entonces el número de tales personas probablemente sería de miles, número que se espera que aumente drásticamente en los próximos 10 años.». BARFIELD, W., *Cyber-Humans. Our Future With Machines*, Springer, Nueva York, 2015, págs. 6 y 7.
- (95) «El cíborg es la combinación hombre-máquina que controla o dirige ciertos procesos fisiológicos, anatómicos o intelectuales mediante el uso de dispositivos tecnológicos que llevan incorporado algún sistema de inteligencia artificial, sensores Wireless o sistemas RFID, es decir, que la parte biológica y la parte máquina están conectadas entre sí a nivel neuronal.». NAVAS NAVARRO, S. / CAMACHO CLAVIJO, S., *El cíborg humano. Aspectos jurídicos*, Comares, Granada, 2018, pág. 6.
- (96) LILLEY, S., *Transhumanism and Society. The Social Debate Over Human Enhancement*, Springer, Nueva York, 2013, pág. 65.
- (97) TESTART, J. / ROUSSEAU, A., *Au péril de l’humain. Les promesses suicidaires des transhumanistes*, Seuil, París, 2018, pág. 41.
- (98) «Lo que presenta obstáculos —por ahora insalvables— es conseguir que la conexión directa de la prótesis al cerebro sea permanente, de modo que se pueda restaurar por completo alguna función que el cerebro haya perdido, o bien mejorar su funcionamiento añadiéndole funciones nuevas o potenciando las existentes.». DIÉGUEZ, A., *Transhumanismo. La búsqueda tecnológica del mejoramiento humano*, op. cit., pág. 95.
- (99) «En lo que se refiere al cerebro, hay una cierta vuelta a la “prudencia”. Mientras un 60% de los individuos aceptarían que un brazo robot se insertase en el cuerpo de un hombre, “solamente” un 14% consentirían que les implantasen componentes electrónicos en el cerebro para mejorar su rendimiento.». POULIQUEN, T. M., *Transhumanismo y fascinación por las nuevas tecnologías*, op. cit., pág. 57.

3.3. Mejora de capacidades intelectuales

Un paso todavía más lejano viene representado por la mejora de las aptitudes cognitivas, de la que se ocupan tanto la farmacología como las tecnologías emergentes en el campo de la neurociencia. Empero, entre todas la más ambiciosa nace de la mano de la IA, y consiste en exportar, como si de un USB se tratase, los datos almacenados en la mente a un ordenador: «La carga (a veces llamada “descarga”, “carga de la mente” o “reconstrucción del cerebro”) es el proceso de transferir un intelecto de un cerebro biológico a una computadora.»⁽¹⁰⁰⁾. Así, valiéndose de su superior velocidad de procesamiento, permitiría no solo aumentar las capacidades cerebrales⁽¹⁰¹⁾, sino superar los límites biológicos de la memoria humana, alcanzando la superinteligencia —«(...) cualquier intelecto que exceda en gran medida el rendimiento cognitivo de los humanos en prácticamente todos los dominios de interés.»⁽¹⁰²⁾— y, con ello, la inmortalidad digital⁽¹⁰³⁾.

Más allá de las dudas que suscita su viabilidad técnica⁽¹⁰⁴⁾, llegado el momento, este proceso dotaría de preferencia a la identidad de la mente frente a la del cuerpo,

(100) BOSTROM, N. *et. al.*, «General questions about transhumanism», *op. cit.*, pág. 17. Disponible en: <https://www.nickbostrom.com/views/transhumanist.pdf> [Última consulta: 10 de julio de 2021].

(101) «Si estuvieras corriendo en una computadora rápida, pensarías más rápido que en una implementación biológica. Por ejemplo, si estuvieras corriendo en una computadora mil veces más poderosa que un cerebro humano, entonces pensarías mil veces más rápido (y el mundo externo se te aparecería como si estuviera ralentizado por un factor de mil). De esta manera, podrías experimentar un tiempo más subjetivo, y vivir más, durante un día cualquiera.» BOSTROM, N. *et. al.*, «General questions about transhumanism», *op. cit.*, pág. 18. Disponible en: <https://www.nickbostrom.com/views/transhumanist.pdf> [Última consulta: 16 de septiembre de 2020]; «Gracias a los avances de la nanotecnología, la inyección de miles de nanosensores en el cerebro permitirá recoger los eventos neuronales, en particular la memoria, y enviar esta información a una computadora. Según Kurzweil, esto también nos permitirá aumentar nuestra capacidad cerebral gracias a la potencia lógica añadida por la máquina.» TESTART, J. / ROUSSEAU, A., *Au péril de l'humain. Les promesses suicidaires des transhumanistes*, *op. cit.*, pág. 75.

(102) BOSTROM, N., *Superintelligence. Paths, Dangers, Strategies*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pág. 22.

(103) «(...) algunos consideran que el propio ordenador tiene el potencial de albergar la información que ahora se encuentra en el ADN y en el sistema nervioso central de los humanos. A medida que la memoria y la velocidad de procesamiento de la computadora continúan creciendo, algunos creen que llegará un momento en que la computadora superará la memoria y el procesamiento que actualmente limita la conciencia humana a los confines del cerebro humano. En ese momento, la inmortalidad parece posible.» COURSEN, J., «Against Species Extinction Transhumanism and Contemporary Technological Culture», en TIROSH-SAMUELSON, H. / MOSSMAN, K. L. (Eds.), *op. cit.*, pág. 432.

(104) «(...) aunque los conocimientos y capacidades actuales sugieren que en principio no hay ningún obstáculo para el desarrollo de las tecnologías instrumentales necesarias, es evi-

que podría ser sustituido por otro, quedando éste relegado a un segundo plano, con la consiguiente afectación en cuanto al mantenimiento de la identidad personal⁽¹⁰⁵⁾.

3.4. Robots

La robótica se encuentra en un lugar destacado entre las potenciales aplicaciones de la IA, tal y como demuestra el aumento anual de más del 20% y que supera ya los 36 millones⁽¹⁰⁶⁾. Uno de los sectores en auge dado el envejecimiento y soledad de parte de la población es el asistencial u hospitalario, en concreto, para la atención y cuidado de las personas mayores⁽¹⁰⁷⁾. Pese a que es controvertido que los robots —«(...) una máquina, provista de cierta complejidad tanto en sus componentes como en su diseño o en su comportamiento, y que manipula información acerca de su entorno para así interactuar con él.»⁽¹⁰⁸⁾— puedan llegar a reemplazar la afectividad y emoción humana, hay organizaciones que ya han advertido sobre la erosión que supone para los DD. HH.⁽¹⁰⁹⁾ un uso inapropiado de esta tecnología, pudiendo llevar, además del «desempleo masivo»⁽¹¹⁰⁾, según HARARI, «(...) a la dictadura digital y a la posibilidad de que la IA termine desarrollando programas en el que los robots adquieran plena autonomía y conciencia, tomando decisiones por su cuenta y llegando incluso a actuar contra los humanos.»⁽¹¹¹⁾. En caso de autoritarismo extremo, no quedaría más opción que unirse a ellos para asegurar la supervivencia de la especie: «Los humanos no

dente que se necesitaría un gran progreso técnico incremental para poner al alcance de la humanidad la totalidad de la emulación cerebral. (...) podemos decir, con mayor confianza que para el camino de la IA, que el camino de la emulación no tendrá éxito en un futuro próximo (dentro de los próximos quince años, digamos) porque sabemos que aún no se han desarrollado varias tecnologías precursoras desafiantes.». BOSTROM, N., *op. cit.*, págs. 31 y 36.

- (105) «A no ser que se asuma un dualismo radical mente/cuerpo, no es fácil aceptar que sigamos siendo la misma persona, es decir, que se preservara nuestra identidad personal, si nuestra mente dejara nuestro cuerpo o si la cambiáramos a otro cuerpo. Los seres humanos somos animales, y los animales tienen un cuerpo. Un ser humano sin cuerpo perdería su condición biológica de animal, y no podría seguir siendo humano.». DIÉGUEZ, A., *Transhumanismo. La búsqueda tecnológica del mejoramiento humano*, *op. cit.*, pág. 106.
- (106) POULIQUEN, T. M., *Transhumanismo y fascinación por las nuevas tecnologías*, *op. cit.*, pág. 48.
- (107) VALLÈS-PERIS, N. / DOMÈNECH, M., «Robots para los cuidados. La ética de la acción mesurada frente a la incertidumbre», *Cuadernos de Bioética*, núm. 101, vol. 31, 2020, pág. 88.
- (108) GARCÍA-PRIETO CUESTA, J., «¿Qué es un robot?», en BARRIO ANDRÉS, M. (Dir.), *Derecho de los Robots*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pág. 38.
- (109) *Vid.* VAN EST, R. / GERRITSEN, J. / KOOL, L., *Human rights in the robot age. Challenges arising from the use of robotics, artificial intelligence and virtual and augmented reality*, Rathenau Instituut, La Haya, 2017, págs. 46, 47 y 48. Disponible en: <https://www.rathenau.nl/sites/default/files/2018-02/Human%20Rights%20in%20the%20Robot%20Age-Rathenau%20Instituut-2017.pdf> [Última consulta: 10 de julio de 2021].
- (110) HARARI, Y. N., *21 lecciones para el siglo XXI*, Ros, J. (trad.), Debate, Barcelona, 2018, pág. 34.
- (111) LLANO ALONSO, F. H., *Homo Excelsior. Los Límites Ético-Jurídicos del Transhumanismo*, *op. cit.*, pág. 134.

tienen que temer a los futuros robots superinteligentes autónomos si podemos convertirnos en ellos.»⁽¹¹²⁾. Se consumaría, así, la robotización del ser humano, consistente en su hibridación con la máquina como propuesta transhumanista para la desaparición de males corpóreos como el envejecimiento o la muerte⁽¹¹³⁾.

3.5. Biología sintética

Finalmente, una de las más recientes tecnociencias para la creación de vida artificial⁽¹¹⁴⁾ es la biología sintética, término que, aunque no está definido con claridad, «(...) busca diseñar y obtener mediante ingeniería productos con base biológica, instrumentos y sistemas nuevos, así como rediseñar sistemas biológicos naturales ya existentes.»⁽¹¹⁵⁾. Consecuentemente, su actividad se centra en diseñar y fabricar componentes y sistemas biológicos nuevos en la naturaleza o introducir modificaciones en los ya existentes. Pretende superar, así, las limitaciones de la biología molecular y de la ingeniería genética tradicional «(...) al llevar implícita la idea de una intervención activa del científico en los procesos biológicos, que ya no se limita a observar, describir y entender, sino que manipula, modifica e innova.»⁽¹¹⁶⁾, pudiendo, entre otras, extender «significativamente» tanto el número de años de vida como la calidad de la misma⁽¹¹⁷⁾ revirtiendo el envejecimiento celular y, en suma, transformar el genoma humano en otro artificial⁽¹¹⁸⁾. No obstante, su interacción con otros organismos vivos y ecosistemas puede representar un riesgo tanto para la bioseguridad como para la biodiversidad y, llevado al extremo, podría ser apta para la producción de armas biológicas⁽¹¹⁹⁾, preocupaciones

(112) AGAR, N., «Enhancement, Mind-Uploading, and Personal Identity», en CLARKE, S. / SAVULESCU, J. / COADY, C. A. J. / GIUBILINI, A. / SANYAL, S., *op. cit.*, pág. 184.

(113) NEVEJANS, N., «La robotisation de l'homme au regard du droit», en PÉDROT, P. / LARRIEU, P., *Transhumanisme*, MA, París, 2018, pág. 34.

(114) GIBSON, D. G. / GLASS, J. I. / LARTIGUE, C. / NOSKOV, V. N. / CHUANG, R.-Y. / ALGIRE, M. A. *et al.*, «Creation of a Bacterial Cell Controlled by a Chemically Synthesized Genome», *Science*, vol. 329, julio de 2010.

(115) THE ROYAL ACADEMY OF ENGINEERING, *Synthetic Biology: scope, applications and implications*, mayo de 2009, pág. 6. Disponible en: <https://www.raeng.org.uk/publications/reports/synthetic-biology-report> [Última consulta: 10 de julio de 2021].

(116) COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA / CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA, *La Biología Sintética. Informe conjunto del Comité de Bioética de España y del Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida de Portugal*, octubre de 2011, pág. 11. Disponible en: http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/CBE-CNECV_Informe_Biologia_Sintetica_24112011.pdf [Última consulta: 10 de julio de 2021].

(117) DIÉGUEZ, A., *Transhumanismo. La búsqueda tecnológica del mejoramiento humano*, *op. cit.*, pág. 116.

(118) BOEKE, J. D. / CHURCH, G. / HESSEL, A. / KELLEY, N. J. / ARKIN, A. / CAI, Y. *et al.*, «The Genome Project-Write», *Science*, vol. 353, julio de 2016.

(119) ROMEO CASABONA, C. M., *Genética, Biotecnología y Ciencias penales*, Pontificia Universidad Javeriana Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2009, pág. 343 y ss.

por las que estas áreas —junto a los derechos de propiedad intelectual— ocupan el centro del debate jurídico en torno a la biología sintética⁽¹²⁰⁾.

IV. POSTHUMANISMO

El proceso de transfiguración transhumanista tendría su culminación en una fase ulterior, que, por su inteligencia no biológica y proyectado desarrollo tecnológico, acabaría por superar radicalmente la condición humana, llevando a esta hacia la obsolescencia y dando lugar a una nueva especie con capacidades aumentadas: «(...) un posthumano sería un ser —natural-artificial— con unas capacidades que sobrepasarían de forma excepcional las posibilidades del hombre actual. Esa superioridad sería tal que eliminaría cualquier ambigüedad entre un humano y un posthumano, completamente diferente y más perfecto.»⁽¹²¹⁾. Para ello, podría ser suficiente con la tenencia de, al menos, una «capacidad posthumana» —entendida como aquella que no puede ser alcanzada por el ser humano sin asistencia de las nuevas tecnologías— en materia de salud, cognición o emoción⁽¹²²⁾.

Por tanto, y a pesar del reforzamiento que supondría la confluencia de estas categorías, el posthumano podría, desde un punto de vista estrictamente sanitario, estar exento de toda suerte de padecimientos, entre los que se incluiría el envejecimiento: «El término “posthumano” no quiere decir que ya no habrá humanos. Eso significa que este podrá ser impermeable al envejecimiento, (...).»⁽¹²³⁾. Ahora bien, la mera voluntad de prolongar la vida —generalmente condicionada a un estándar mínimo de calidad de vida— no necesariamente

(120) Vid. ROBIENSKI, J. / SIMON, J. / PASLACK, R., «Legal Aspects of Synthetic Biology», en BOLDT, J. (Ed.), *Synthetic Biology. Metaphors, Worldviews, Ethics, and Law*, Springer, Wiesbaden, 2016, pág. 126-136.

(121) CORTINA, A, / SERRA, M.-À. (Coords.), *¿Humanos o posthumanos? Singularidad tecnológica y mejoramiento humano*, Fragmenta, Barcelona, 2015, pág. 18.

(122) «Definiré a un posthumano como un ser que tiene al menos una capacidad posthumana. Por capacidad posthumana, me refiero a una capacidad central general que excede en gran medida el máximo alcanzable por cualquier ser humano actual sin recurrir a nuevos medios tecnológicos. Utilizaré la capacidad central general de referirse a lo siguiente:
— duración de la salud – la capacidad de mantenerse completamente sano, activo y productivo, tanto mental como físicamente.
— cognición – capacidades intelectuales generales, como la memoria, el razonamiento deductivo y analógico, y la atención, así como facultades especiales como la capacidad de comprender y apreciar la música, el humor, el erotismo, la narración, la espiritualidad, las matemáticas, etc.

— emoción – la capacidad de disfrutar de la vida y de responder con un afecto apropiado a las situaciones de la vida y a otras personas.». BOSTROM, N., «Why I Want to be a Posthuman When I Grow Up», en GORDIJN, B. / CHADWICK, R. (Eds.), *op. cit.*, pág. 108.

(123) POULIQUEN, T. M., *Transhumanismo y fascinación por las nuevas tecnologías*, *op. cit.*, pág. 123.

debe asociarse al posthumanismo, pues esta extensión debe ser tan pronunciada que exceda el límite biológico de la esperanza de vida humana⁽¹²⁴⁾.

Sentado lo anterior, la trascendencia hacia el posthumanismo no sería solo «deseable» para adquirir una vida saludable⁽¹²⁵⁾, sino «necesaria» para completar una existencia *valiosa*⁽¹²⁶⁾, lo que requiere abrazar, inexorablemente, una conexión tecnológica plena. Sin embargo, una confianza y dependencia absoluta en la misma puede dar lugar a la pérdida de autonomía y control, con implicaciones bioéticas y jurídicas —en términos de dignidad, identidad e igualdad— para las personas mayores, cuanto menos, análogas a las del transhumanismo y referidas en el apdo. 2.3, a cuyo estudio, sin ánimo de reiteración, hacemos remisión.

V. CONSIDERACIONES FINALES

El propósito del presente trabajo no ha sido emitir juicios de valor sobre el transhumanismo y el posthumanismo, sino acercar al lector a estos dos movimientos, cada vez más presentes en la literatura académica, y que, por ello, con independencia de que su materialización se pueda llegar a considerar, o no, utópica, no debe obstar a su reflexión sosegada e informada. En particular, se ha abordado pormenorizadamente el alcance bioético y jurídico que el fin del envejecimiento o la inmortalidad tendría para las personas mayores. Junto con lo anterior, su aplicación podría hacer necesaria la reformulación, por un lado, de algunos tipos penales como el suicidio asistido o la cooperación ejecutiva al suicidio; y, por otro, de las políticas fiscales⁽¹²⁷⁾ y sanitarias⁽¹²⁸⁾ para el mante-

(124) «Hay que admitir que el deseo de prolongar la vida sana no es necesariamente un deseo de convertirse en posthumano. Para llegar a ser posthumano en virtud de la extensión de la duración de la salud, habría que alcanzar la capacidad de una duración de la salud que exceda en gran medida el máximo alcanzable por cualquier ser humano actual sin recurrir a los nuevos medios tecnológicos. Dado que al menos algunos seres humanos ya logran mantenerse bastante sanos, activos y productivos hasta la edad de 70 años, uno necesitaría desear que la duración de la salud se extendiera mucho más allá de esta edad para que contara como un deseo de convertirse en póstumo.». BOSTROM, N., «Why I Want to be a Posthuman When I Grow Up», *op. cit.*, pág. 114.

(125) BOSTROM, N., *op. cit.*, pág. 125.

(126) «¿Por qué, entonces, posthumano y no simplemente humano? La razón es simple. Si el ser humano es pensamiento y el pensamiento es un proceso computable, cualquier cosa que sea capaz de procesar información de una manera más amplia y rápida es mejor que el ser humano real y debe ser considerado como el camino hacia la completitud real del ser humano mismo.». COLOMBETTI, E., «Contemporary Post-Humanism: Technological and Human Singularity», *Cuadernos de Bioética*, núm. 85, vol. 25, septiembre-diciembre 2014, pág. 372.

(127) GLANNON, W., «Decelerating and Arresting Human Aging», en GORDIJN, B. / CHADWICK, R. (Eds.), *op. cit.*

(128) ALEXANDRE, L., *La mort de la mort. Comment la technomédecine va bouleverser l'humanité*, JCLattès, París, 2011, pág. 328.

nimiento del sistema público de pensiones y el SNS, respectivamente. También podría sacudir los cimientos del cristianismo —en el que se inspira— al ofrecer el *regalo* de una vida eterna sin necesidad de llevar a cabo actos de fe o satisfacer penitencias terrenales.

Ante estos desafíos transhumanistas, el papel del Derecho cobra especial importancia, que consta ya de mecanismos jurídicos que podrían resultar de aplicación inmediata⁽¹²⁹⁾. Así, la protección de los DD. HH. aparece entre el antropocentrismo y el tecnocentrismo, y se tornan, a su vez, en punto de encuentro en aras de aunar consensos acerca de la admisibilidad futura de las nuevas tecnologías. En este sentido, la dignidad, identidad e igualdad constituyen derechos inalienables de indiscutible valor para la cohesión y convivencia humana, que deben ser, por consiguiente, preservados en todo momento ante cualesquiera riesgos que evoque el uso indebido de las tecnologías avanzadas.

Por último, debe ponerse de manifiesto la conveniencia de articular un debate interdisciplinar y transversal, que supere la exclusividad de la que se han venido arrogando los bioeticistas y científicos⁽¹³⁰⁾ e involucre al Derecho y a la propia sociedad civil⁽¹³¹⁾. Sirva como ejemplo una encuesta francesa, que arroja que el 45% de su población considera que los avances médicos deben ayudar a extinguir los límites de la muerte, mientras que el 38% es partidaria de que los avances médicos ayuden a limitar los signos del envejecimiento⁽¹³²⁾. Solo

-
- (129) «(...) existe un conjunto normativo que se ha desarrollado en torno a intervenciones invasivas en el cuerpo humano, al que no pueden ser ajenas las prácticas de mejora o perfectivas que tengan este carácter intervencionista. En cualquier caso, la valoración jurídica debería centrarse en aquellas prácticas de mejora con efectos profundos, irreversibles y permanentes que comporten intervenciones en el cuerpo humano tanto desde su interior como su exterior.». ROMEO CASABONA, C. M., «Consideraciones jurídicas sobre los procedimientos experimentales de mejora (enhancement) en neurociencias», en ROMEO CASABONA, C. M. (Ed.), *Más allá de la salud. Intervenciones de mejora en humanos*, Comares, Bilbao-Granada, 2012, págs. 95 y 96.
- (130) ANDORNO, R. / BAYLIS, F. / DARNOVSKY, M. / DICKENSON, D. / HAKER, H. / HASSON, K. et. al., «Geneva Statement on Heritable Human Genome Editing: The Need for Course Correction», *Trends in Biotechnology*, vol. 38, núm. 4, abril de 2020, pág. 352.
- (131) «(...) la gestión democrática del riesgo significa dar paso a la sociedad y a sus formas de expresión a través de los movimientos sociales y ciudadanos, con el fin de lograr un verdadero proceso democrático de decisión y, en última instancia, lograr un equilibrio entre las diversas ópticas e intereses presentes en la comunidad.». ROMEO CASABONA, C.M. (Ed.), *Principio de precaución, Biotecnología y Derecho*, Comares, Bilbao-Granada, 2004, pág. 387.
- (132) BIGOT, R. / HOIBIAN, S., *Les technosciences : amélioration ou perversion de l'humanité? Étude réalisée à la demande des Semaines Sociales de France, de La Croix et de France Télévisions. Collection des rapports, Centre de Recherche pour l'Étude et l'Observation des Conditions de Vie (CRÉDOC)*, núm. 313, París, octubre de 2014, pág. 21. Disponible en: <https://www.credoc.fr/publications/les-technosciences-amelioration-ou-perversion-de-lhumanite> [Última consulta: 10 de julio de 2021].

emulando iniciativas como esta se integrará efectivamente a la ciudadanía en una decisión sin duda capital, por cuanto puede comprometer, además de los derechos de las personas mayores, los del resto de seres humanos presentes y futuros.

VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA

AGAR, N., *Liberal Eugenics. In Defence of Human Enhancement*, Blackwell Publishing, Oxford, 2004.

AGAR, N., «Enhancement, Mind-Uploading, and Personal Identity», en CLARKE, S. / SAVULESCU, J. / COADY, C. A. J. / GIUBILINI, A. / SANYAL, S., *The Ethics of Human Enhancement. Understanding the Debate*, Oxford University Press, Oxford, 2016.

ALEXANDRE, L., *La mort de la mort. Comment la technomédecine va bouleverser l'humanité*, JCLattès, París, 2011.

ANDORNO, R. / BAYLIS, F. / DARNOVSKY, M. / DICKENSON, D. / HAKER, H. / HASSON, K. et. al., «Geneva Statement on Heritable Human Genome Editing: The Need for Course Correction», *Trends in Biotechnology*, vol. 38, núm. 4, abril de 2020.

ANNAS, G. J. / ANDREWS, L. B. / ISASI, R. M., «Protecting the Endangered Human: Toward an International Treaty Prohibiting Cloning and Inheritable Alterations», *American Journal of Law and Medicine*, vol. 28, núms. 2-3, 2002.

ANÓNIMO, *La leyenda de Gilgamesh*, Biblioteca Digital del Instituto Latinoamericano de la Comunicación Educativa, Ciudad de México.

ANZALONE, A. W. / RANDOLPH, P. B. / DAVIS, J. R. / SOUSA, A. A. / KOBLAN, L. W., LEVY, J. M. et. al., «Search-and-replace genome editing without double-strand breaks or donor DNA», *Nature*, vol. 576, octubre de 2019.

BARFIELD, W., *Cyber-Humans. Our Future With Machines*, Springer, Nueva York, 2015.

BELLVER CAPELLA, V., «Ethics and policies in the face of research into extending human life», *Cuadernos de Bioética*, núm. 85, vol. 25, septiembre-diciembre de 2014.

BEST, B., «Some Problems with Immortality», en IMMORTALITY INSTITUTE, *The Scientific Conquest of Death. Essays on Infinite Lifespans*, LibrosEnRed, Buenos Aires, 2004.

BOEKE, J. D. / CHURCH, G. / HESSEL, A. / KELLEY, N. J. / ARKIN, A. / CAI, Y. et. al., «The Genome Project-Write», *Science*, vol. 353, julio de 2016.

BOSTROM, N., «Why I Want to be a Posthuman When I Grow Up», en GORDIJN, B. / CHADWICK, R. (Eds.), *Medical Enhancement and Posthumanity*, Springer, Dordrecht, 2008.

- BOSTROM, N., «Una historia del pensamiento transhumanista. A History of Transhumanist Thought», CALLEJA LÓPEZ, A. (trad.), *Argumentos de Razón Técnica*, núm. 14, 2011.
- BOSTROM, N., *Superintelligence. Paths, Dangers, Strategies*, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- BUCHANAN, A. / BROCK, D. / DANIELS, N. / WIKLER, D., *From Chance to Choice: Genetics and Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.
- BUCHANAN, A., *Beyond Humanity? The Ethics of Biomedical Enhancement*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- COLOMBETTI, E., «Contemporary Post-Humanism: Technological and Human Singularity», *Cuadernos de Bioética*, núm. 85, vol. 25, septiembre-diciembre 2014.
- CONNOLLY, P., «Nanobiotechnology and Life Extension», en ROCO, M. C. / BAINBRIDGE, W. S. (Eds.), *Converging Technologies for Improving Human Performance. Nanobiotechnology, Biotechnology, Information Technology and Cognitive Science*, Springer, Dordrecht, 2003.
- CORDEIRO, J. L. / WOOD, D., *La muerte de la muerte. La posibilidad científica de la inmortalidad física y su defensa moral*, Deusto, Barcelona, 2018.
- CORTINA, A. / SERRA, M.-À. (Coords.), *¿Humanos o posthumanos? Singularidad tecnológica y mejoramiento humano*, Fragmenta, Barcelona, 2015.
- COURSEN, J., «Against Species Extinction Transhumanism and Contemporary Technological Culture», en TIROSH-SAMUELSON, H. / MOSSMAN, K. L. (Eds.), *Building Better Humans? Refocusing the Debate on Transhumanism*, vol. 3, Peter Lang, Fráncfort del Meno, 2011.
- DE GREY, A. / RAE, M., *Ending Aging: The Rejuvenation Breakthroughs That Could Reverse Human Aging in Our Lifetime*, St. Martin's Press, Nueva York, 2007.
- DE MIGUEL BERIAIN, I., «Human dignity and gene editing. Using human dignity as an argument against modifying the human genome and germline is a logical fallacy», *EMBO reports*, vol. 19, núm. 10, octubre de 2018.
- DE MIGUEL BERIAIN, I. / MARCOS DEL CANO, A., «Gene Editing in Human Embryos. A comment on the Ethical Issues Involved», en SONIEWICKA, M. (Ed.), *The Ethics of Reproductive Genetics. Between Utility, Principles, and Virtues*, Springer, Cham, 2018.
- DIÉGUEZ, A., *Transhumanismo. La búsqueda tecnológica del mejoramiento humano*, Herder, Barcelona, 2019.
- DONG, X. / MILHOLLAND, B. / VIJG, J., «Evidence for a limit to human lifespan», *Nature*, vol. 538, octubre de 2016.

- FAHY, G. M. / BROOKE, R. T. / WATSON, J. P. / GOOD, Z. / VASANAWALA, S. S. / MAECKER, H. et. al., «Reversal of epigenetic aging and immunosenescent trends in humans», *Aging Cell*, vol. 18, núm. 6, septiembre de 2019.
- FERNÁNDEZ, J. L. / PARAPAR, C. / RUIZ, M., «El envejecimiento de la población», *Lychnos. Cuadernos de la Fundación General CSIC*, núm. 2, septiembre 2010.
- FERRY, L., *La revolución transhumanista Cómo la tecnomedicina y la uberización del mundo van a transformar nuestras vidas*, Alianza, Madrid, 2018.
- FM-2030, *Are You a Transhuman? Monitoring and Stimulating Your Personal Rate of Growth in a Rapidly Changing World*, Warner Books, Nueva York, 1989.
- FUKUYAMA, F., *Our Posthuman Future: Consequences of the Biotechnology Revolution*, Farrar, Straus and Giroux, Nueva York, 2002.
- FUKUYAMA, F., «The World's Most Dangerous Ideas: Transhumanism», *Foreign Policy*, vol. 144, 2004.
- GARCÍA-PRieto CUESTA, J., «¿Qué es un robot?», en BARRIO ANDRÉS, M. (Dir.), *Derecho de los Robots*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.
- GEDDES, M., «An Introduction to Immortalist Morality», en IMMORTALITY INSTITUTE, *The Scientific Conquest of Death. Essays on Infinite Lifespans*, LibrosEnRed, Buenos Aires, 2004.
- GIBSON, D. G. / GLASS, J. I. / LARTIGUE, C. / NOSKOV, V. N. / CHUANG, R.-Y. / ALGIRE, M. A. et. al., «Creation of a Bacterial Cell Controlled by a Chemically Synthesized Genome», *Science*, vol. 329, julio de 2010.
- GIUBILINI, A. / SANYAL, S., «Challenging Human Enhancement», en CLARKE, S. / SAVULESCU, J. / COADY, C. A. J. / GIUBILINI, A. / SANYAL, S., *The Ethics of Human Enhancement. Understanding the Debate*, Oxford University Press, Oxford, 2016.
- GLANNON, W., «Decelerating and Arresting Human Aging», en GORDIJN, B. / CHADWICK, R. (Eds.), *Medical Enhancement and Posthumanity*, Springer, Dordrecht, 2008.
- HABERMAS, J., *The Future of Human Nature*, Polity, Cambridge, 2003.
- HARARI, Y. N., *21 lecciones para el siglo XXI*, Ros, J. (trad.), Debate, Barcelona, 2018.
- HARRIS, J., *Enhancing Evolution. The Ethical Case for Making Better People*, Princeton University Press, Nueva Jersey, 2007.
- HARRIS, J., «Los mejoramientos son una obligación moral», en BOSTROM, N. / SAVULESCU, J., *Mejoramiento humano*, Teell, Zaragoza, 2017.
- HEI®, W., «Anti-Aging-Medizin: Der Wunsch nach einem langen Leben ohne Altern?» en MAIO, G. / CLAUSEN, J. / MÜLLER, O. (Hg.), *Mensch ohne Ma®? Rei-*

- chweite und Grenzen anthropologischer Argumente in der biomedizinischen Ethik*, Verlag Karl Alber, Friburgo y Múnich, 2008.
- HUXLEY, J., *New Bottles For New Wine*, Chatto & Windus, Londres, 1957.
- JINEK, M. / CHYLINSKI, K. / FONFARA, I. / HAUER, M. / DOUDNA, J.A. / CHARPENTIER, E., «A Programmable Dual-RNA-Guided DNA Endonuclease in Adaptive Bacterial Immunity», *Science*, vol. 337, agosto de 2012.
- JOUSSET-COUTURIER, B., *Le transhumanisme. Faut-il avoir peur de l'avenir?*, Eyrolles, París, 2016.
- KALACHE, A. / KELLER, I., «El envejecimiento de la población. Un reto global y una realización integral», *Revista Española de Geriátría y Gerontología*, núm. extra. 3, vol. 36, septiembre 2001.
- KASS, L. R., *Life, liberty and the defense of dignity*, Encounter Books, San Francisco, 2002.
- KURZWEIL, N., *The Singularity Is Near: When Humans Transcend Biology*, Viking, Nueva York, 2005.
- LANDER, E. S. / BAYLIS, F. / ZHANG, F. / CHARPENTIER, E. / BERG, P. / BOURGAIN, C. et. al., «Adopt a moratorium on heritable genome editing», *Nature*, vol. 567, marzo de 2019.
- LATORRA, M., «Transhumanism: Threat or Menace? A response to Andrew Pickering», en HANSELL, G. R. / GRASSIE, W. (Eds.), *H± Transhumanism and Its Critics*, Metanexus, Filadelfia, 2010.
- LIANG, Y. / LIU, C. / LU, M. / DONG, O. / WANG, Z. / WANG, Z. et. al., «Calorie restriction is the most reasonable anti-ageing intervention: a meta-analysis of survival curves», *Scientific Reports*, vol. 8, núm. 5779, abril de 2018.
- LILLEY, S., *Transhumanism and Society. The Social Debate Over Human Enhancement*, Springer, Nueva York, 2013.
- LLANO ALONSO, F. H., *Homo Excelsior. Los Límites Ético-Jurídicos del Transhumanismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- MACINTOSH, K. L., *Enhanced beings: Human Germline Modification and the Law*, Cambridge University Press, Nueva York, 2018.
- MONTERDE FERRANDO, R., «El transhumanismo de Julian Huxley: una nueva religión para la humanidad», *Cuadernos de Bioética*, núm. 101, vol. 31, 2020.
- MORE, M., «Transhumanism: Toward a Futurist Philosophy», *Extropy*, núm. 6, 1990.
- MORE, M., «True Transhumanism: A Reply to Don Ihde», en HANSELL, G. R. / GRASSIE, W. (Eds.), *H± Transhumanism and Its Critics*, Metanexus, Filadelfia, 2010.

- MORE, M., «The Proactionary Principle: Optimizing Technological Outcomes», en MORE, M. / VITA-MORE, N., *The Transhumanist Reader: Classical and Contemporary Essays on the Science, Technology, and Philosophy of the Human Future*, Wiley-Blackwell, Hoboken, 2013.
- NAVAS NAVARRO, S. / CAMACHO CLAVIJO, S., *El ciborg humano. Aspectos jurídicos*, Comares, Granada, 2018.
- NEVEJANS, N., «La robotisation de l'homme au regard du droit», en PÉDROT, P. / LARRIEU, P., *Transhumanisme*, MA, París, 2018.
- OROZCO RÍOS, A. M. / LÓPEZ VELARDE PENA, T. / MARTÍNEZ GALLARDO PRIETO, L., «Estrategias para un envejecimiento exitoso», *Revista Española de Geriátría y Gerontología*, octubre de 2015.
- PARFIT, D., *Reasons and Persons*, Oxford University Press, Oxford, 1984.
- PARRISH, E., «Extending Healthy Human Lifespan Using Gene Therapy», en LEE, N. (Ed.), *The Transhumanism Handbook*, Springer, Suiza, 2019.
- PELÁEZ FERNÁNDEZ, P., *La manipulación genética. Una nueva forma de eugenesia*, Sanz y Torres, Madrid, 2017.
- PIÑEIRO-HERMIDA, S. / AUTILIO, C. / MARTÍNEZ, P. / BOSCH, F. / PÉREZ-GIL, J. / BLASCO, M. A., «Telomerase treatment prevents lung profibrotic pathologies associated with physiological aging», *Journal of Cell Biology*, vol. 219, núm. 10, agosto de 2020.
- POULIQUEN, T. M., *Transhumanismo y fascinación por las nuevas tecnologías*, Rialp, Madrid, 2018.
- RAISAMO, R. / RAKKOLAINEN, I. / MAJARANTA, P. / SALMINEN, K. / RANTALA, J. / FAROOQ, A., «Human augmentation: Past, present and future», *International Journal of Human-Computer Studies*, vol. 131, noviembre de 2019.
- RIPPE, K. P., «Die Abschaffung des Alters. Anti-Aging Medizin und die moralischen Grenzen medizinischen Fortschritts», en MAIO, G. / CLAUSEN, J. / MÜLLER, O. (Hg.), *Mensch ohne Ma®? Reichweite und Grenzen anthropologischer Argumente in der biomedizinischen Ethik*, Verlag Karl Alber, Friburgo y München, 2008.
- RITCHIE, B. G., «The (Un)Likelihood of a High-Tech Path to Immortality», en TIROSH-SAMUELSON, H. / MOSSMAN, K. L. (Eds.), *Building Better Humans? Refocusing the Debate on Transhumanism*, vol. 3, Peter Lang, Fráncfort del Meno, 2011.
- ROBIENSKI, J. / SIMON, J. / PASLACK, R., «Legal Aspects of Synthetic Biology», en BOLDT, J. (Ed.), *Synthetic Biology. Metaphors, Worldviews, Ethics, and Law*, Springer, Wiesbaden, 2016.

- ROBINE, J.-M. / ALLARD, M. / HERMANN, F. R. / JEUNE, B., «The Real Facts Supporting Jeanne Calment as the Oldest Ever Human», *The Journals of Gerontology: Medical Sciences*, vol. 74, núm. 1, diciembre de 2019.
- ROMEO CASABONA, C. M., «La genética y la biotecnología en las fronteras del derecho», *Acta Bioethica*, núm. 2, vol. 8, 2002.
- ROMEO CASABONA, C. M. (Ed.), *Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano*, Comares, Bilbao-Granada, 2002.
- ROMEO CASABONA, C.M. (Ed.), *Principio de precaución, Biotecnología y Derecho*, Comares, Bilbao-Granada, 2004.
- ROMEO CASABONA, C. M., *Genética, Biotecnología y Ciencias penales*, Pontificia Universidad Javeriana – Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2009.
- ROMEO CASABONA, C. M. / DE MIGUEL BERIAIN, I. (Eds.), *Ética de la BioTecnología. Una introducción*, Comares, Granada, 2010.
- ROMEO CASABONA, C. M., «Consideraciones jurídicas sobre los procedimientos experimentales de mejora (enhancement) en neurociencias», en ROMEO CASABONA, C. M. (Ed.), *Más allá de la salud. Intervenciones de mejora en humanos*, Comares, Bilbao-Granada, 2012.
- ROMEO CASABONA, C. M. / DE MIGUEL BERIAIN, I. / DUARDO SÁNCHEZ, A., «Gene Editing from the Perspective of Spanish Law», en TAUPITZ, J. / DEURING, S. (Eds.), *Rechtliche Aspekte der Genom-Editierung an der menschlichen Keimbahn. A Comparative Legal Study*, Springer, Berlín, 2020.
- SANDBERG, A., «Transhumanism and the Meaning of Life», en MERCER, C. / TROTHEN, T. J. (Eds.), *Religion and Transhumanism: The Unknown Future of Human Enhancement*, Praeger, Santa Barbara, 2015.
- SANDEL, M., *Contra la perfección. La ética en la era de la ingeniería genética*, 2.^a Ed., Marbot, Barcelona, 2015.
- SAVULESCU, J. / KAHANE, G., «The Moral Obligation to Create Children with the Best Chance of the Best Life», *Bioethics*, vol. 23, núm. 5, 2009.
- STAMBLER, I., «What Do We Need to Know to Treat Degenerative Aging as a Medical Condition to Extend Healthy Lifespan?», en LEE, N. (Ed.), *The Transhumanism Handbook*, Springer, Suiza, 2019.
- STUCKELBERGER, A., *Anti-Ageing Medicine: Myths and Chances*, Ta-Swiss, Berna, 2008.
- TESTART, J. / ROUSSEAU, A., *Au péril de l'humain. Les promesses suicidaires des transhumanistes*, Seuil, París, 2018.

THE WHOQOL GROUP, «The World Health Organization quality of life assessment (WHOQOL): Position paper from the World Health Organization», *Social Science & Medicine*, vol. 41, núm. 10, noviembre de 1995.

TIROSH-SAMUELSON, H., «Engaging Transhumanism», en HANSELL, G. R. / GRASSIE, W. (Eds.), *H± Transhumanism and Its Critics*, Metanexus, Filadelfia, 2010.

VALLÈS-PERIS, N. / DOMÈNECH, M., «Robots para los cuidados. La ética de la acción medida frente a la incertidumbre», *Cuadernos de Bioética*, núm. 101, vol. 31, 2020.

WALTON, D., «The Slippery Slope Argument in the Ethical Debate on Genetic Engineering of Humans», *Science and Engineering Ethics*, vol. 23, núm. 6, diciembre de 2017.

WECKERT, J., «Playing God. What is the Problem?», en CLARKE, S. / SAVULESCU, J. / COADY, C. A. J. / GIUBILINI, A. / SANYAL, S., *The Ethics of Human Enhancement. Understanding the Debate*, Oxford University Press, Oxford, 2016.

Páginas electrónicas

BIGOT, R. / HOIBIAN, S., *Les technosciences : amélioration ou perversion de l'humanité? Étude réalisée à la demande des Semaines Sociales de France, de La Croix et de France Télévisions. Collection des rapports*, Centre de Recherche pour l'Étude et l'Observation des Conditions de Vie (CRÉDOC), núm. 313, París, octubre de 2014. Disponible en: <https://www.credoc.fr/publications/les-technosciences-amelioration-ou-perversion-de-lhumanite> [Última consulta: 10 de julio de 2021].

BOSTROM, N. et. al., «General questions about transhumanism», *The Transhumanist FAQ. A General Introduction*, 2003. Disponible en: <https://www.nickbostrom.com/views/transhumanist.pdf> [Última consulta: 10 de julio de 2021].

BRADFORD, S., «¿Y si el envejecimiento fuera una simple enfermedad curable?», *MIT Technology Review*, octubre de 2019. Disponible en: <https://www.technologyreview.es/s/11382/y-si-el-envejecimiento-fuera-una-simple-enfermedad-curable> [Última consulta: 10 de julio de 2021].

COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA / CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA, *La Biología Sintética. Informe conjunto del Comité de Bioética de España y del Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida de Portugal*, octubre de 2011. Disponible en: http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/CBE-CNECV_Informe_Biologia_Sintetica_24112011.pdf [Última consulta: 10 de julio de 2021].

COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, *Declaración del Comité de Bioética de España sobre la edición genómica en humanos*, enero de 2019. Disponible en: <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/CBE%20Declaracion%20>

sobre%20edicion%20genomica%20en%20humanos.pdf [Última consulta: 10 de julio de 2021].

DEPARTAMENTO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y SOCIALES DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *2019 Revision of World Population Prospects*, 2019. Disponible en: https://population.un.org/wpp/Publications/Files/WPP2019_Highlights.pdf [Última consulta: 10 de julio de 2021].

EUROPEAN GROUP ON ETHICS IN SCIENCE AND NEW TECHNOLOGIES, *Statement on Gene Editing*, 2016. Disponible en: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/research_and_innovation/ege/gene_editing_ege_statement.pdf [Última consulta: 10 de julio de 2021].

EUROPEAN GROUP ON ETHICS IN SCIENCE AND NEW TECHNOLOGIES, *Statement on Artificial Intelligence, Robotics and «Autonomous» Systems*, marzo de 2018. Disponible en: http://ec.europa.eu/research/ege/pdf/ege_ai_statement_2018.pdf [Última consulta: 10 de julio de 2021].

EUROPEAN GROUP ON ETHICS IN SCIENCE AND NEW TECHNOLOGIES, *Ethics of Genome Editing*, núm. 32, marzo de 2021. Disponible en: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/research_and_innovation/ege/ege_ethics_of_genome_editing-opinion_publication.pdf [Última consulta: 10 de julio de 2021].

HUMANITY+, *Transhumanist Declaration*, 2012. Disponible en: <https://humanity-plus.org/philosophy/transhumanist-declaration/> [Última consulta: 10 de julio de 2021].

HUMANITY+, *Transhumanist FAQ*. Disponible en: <https://humanityplus.org/philosophy/transhumanist-faq/> [Última consulta: 10 de julio de 2021].

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Proyecciones de Población 2018*, noviembre de 2018. Disponible en: https://www.ine.es/prensa/pp_2018_2068.pdf [Última consulta: 10 de julio de 2021].

JIMÉNEZ, N., «Singularity University tendrá sede en Sevilla», *El Correo de Andalucía*, junio de 2015. Disponible en: <https://elcorreoweb.es/economia/singularity-university-tendra-sede-en-sevilla-NC545609> [Última consulta: 10 de julio de 2021].

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Informe Mundial sobre el envejecimiento y la salud*, 2015. Disponible en: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/186466/9789240694873_spa.pdf?sequence=1 [Última consulta: 10 de julio de 2021].

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, «Un grupo de expertos de la OMS prepara el terreno para una firme gobernanza mundial de la edición del genoma humano», marzo de 2019. Disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/>

detail/19-03-2019-who-expert-panel-paves-way-for-strong-international-governance-on-human-genome-editing [Última consulta: 10 de julio de 2021].

PÉREZ DÍAZ, J. / ABELLÁN GARCÍA, A. / ACEITUNO NIETO, P. / RAMIRO FARIÑAS, D., «Un perfil de las personas mayores en España, 2020. Indicadores estadísticos básicos», *Informes Envejecimiento en red*, núm. 25, marzo de 2020. Disponible en: <http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/enred-indicadoresbasicos2020.pdf> [Última consulta: 10 de julio de 2021].

REGALADO, A., «Exclusive: Chinese scientist are creating CRISPR babies», *MIT Technology Review*, noviembre de 2018. Disponible en: <https://www.technologyreview.com/2018/11/25/138962/exclusive-chinese-scientists-are-creating-crispr-babies/> [Última consulta: 10 de julio de 2021].

THE ROYAL ACADEMY OF ENGINEERING, *Synthetic Biology: scope, applications and implications*, mayo de 2009. Disponible en: <https://www.raeng.org.uk/publications/reports/synthetic-biology-report> [Última consulta: 10 de julio de 2021].

VAN EST, R. / GERRITSEN, J. / KOOL, L., *Human rights in the robot age. Challenges arising from the use of robotics, artificial intelligence and virtual and augmented reality*, Rathenau Instituut, La Haya, 2017. Disponible en: <https://www.rathenau.nl/sites/default/files/2018-02/Human%20Rights%20in%20the%20Robot%20Age-Rathenau%20Instituut-2017.pdf> [Última consulta: 10 de julio de 2021].

VITA-MORE, N., «Life Extension & Expansion», *Transhumanist Manifesto*, 2020. Disponible en: https://natashavita-more.com/transhumanist-manifesto/?fb_builder [Última consulta: 10 de julio de 2021].

POSFACIO

EL DERECHO AL SERVICIO DE LOS CIUDADANOS ANTE EL DESAFÍO DE LA VEJEZ Y EL ENVEJECIMIENTO

Fernando Ariza Rodríguez

Director General Adjunto de la Mutualidad de la Abogacía

*«Vive como si fueras a morir mañana,
aprende como si fueras a vivir siempre».*

Mahatma Gandhi

I. INTRODUCCIÓN

El envejecimiento poblacional es uno de los grandes desafíos a los que se enfrentan las sociedades del siglo XXI, sin duda a la altura de algunos otros grandes retos, tales como los tecnológicos y digitales, el cambio climático o la lucha contra las desigualdades.

Es una realidad que cada vez vivimos más, y esta es una muy buena noticia, casi una bendición: es lo que la humanidad ha estado buscando a lo largo de toda su historia, esa fuente de la eterna juventud que nos diera la inmortalidad. Sin embargo, ahora que los avances médicos, científicos y tecnológicos nos acercan a esa meta, resulta que se convierte en un problema, en un reto que no estamos sabiendo gestionar.

Y es que, hasta ahora, quizá no hemos abordado de la forma más adecuada este desafío global porque tendemos a hacer un enfoque simplista y economista del mismo, y terminamos reduciendo el debate del envejecimiento a si las pensiones son o no suficientes y si el sistema es o no sostenible. Porque tener una pensión digna es una necesidad, como también lo es alcanzar la estabilidad y sostenibilidad del sistema que garantice esa dignidad a las generaciones futuras, pero el envejecimiento es mucho más que eso: envejecimiento es también salud, bienestar, dependencia, derecho, economía, demografía, ciencias actuariales, dignidad, ética, riesgos de soledad, exclusión o pobreza energética; es arquitectura, movilidad, habitabilidad, conectividad, ocio, consumo, ahorro, etc.

Tanto es así que el propio art. 50 CE nos recuerda que no sólo debemos garantizar «(...) mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad», sino que también debemos promover «(...) su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio.». Es decir, es suficiencia económica, pero también muchas otras cosas, incluidos aspectos culturales y psicológicos.

Ante esta nueva realidad social y económica, el derecho y sus profesionales deben ser capaces de entender que también estamos ante una nueva realidad jurídica. Una realidad multidisciplinar e intergeneracional que, sin duda, nos debe llevar a repensar el estado de bienestar, o al menos, tal y como hasta ahora lo concebimos.

Las actividades profesionales vinculadas al ejercicio del derecho son, sin duda, una de las principales disciplinas llamadas a liderar esta transformación social.

El jurista deberá, por tanto, ser capaz de convertir este desafío —y, en ocasiones, amenaza global— en oportunidades para todos los ciudadanos, pues los beneficiados seremos todos, y, por supuesto, la propia abogacía y su entorno. Y es que las ciencias jurídicas son, sin duda, la principal disciplina capaz de articular y equilibrar una sociedad y, por tanto, la mejor vía para que también los ciudadanos puedan considerar garantizados sus derechos y libertades a lo largo de todo su proceso vital de envejecimiento.

Los profesionales del derecho deben posicionarse al lado de los ciudadanos y, de esta forma, anticipar una respuesta responsable, especializada e integradora para la mejor defensa de los derechos de las personas mayores. Entre estos ámbitos de actuación destacamos a continuación algunos de ellos.

II. EL DERECHO Y LA PERSONA ANTE LA VEJEZ

El art. 14 CE establece que «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.». En consecuencia, la discriminación por razón de edad o edadismo es contraria a los fundamentos del Estado de Derecho. Por este motivo, a continuación hacemos referencia a aquellos aspectos que los juristas quizá deban especialmente proteger para evitar situaciones de discriminación etaria, desigualdades sociales e incluso vulneración de DD. HH., entre otros, siempre en base a principios objetivos, generalizables, transparentes, públicos y consensuados.

2.1. Edadismo

Cualquier enfoque global con el que pretendamos abordar este desafío del envejecimiento pasa por revisar los estereotipos que permanecen en el imaginario colectivo entorno a la vejez, y poner en positivo aquellas palabras, ideas y actitudes preconcebidas hacia esta etapa vital que, hasta ahora, habitualmente desprenden negatividad. Y es que quizá sea esta la etapa vital que más mitos y estereotipos tiene asociados.

Si comenzamos el diagnóstico por analizar qué es el *envejecimiento*, nos encontramos con las primeras connotaciones negativas que asumimos erróneamente con cierta naturalidad, y es que la propia RAE lo define como la «acción y efecto de envejecer o envejecerse.»⁽¹⁾. Hasta ahí bien, pero si continuamos el

(1) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (RAE), «Envejecimiento». Disponible en: <https://dle.rae.es/envejecimiento> [Última consulta: 28 de enero de 2021].

análisis y vemos qué entiende por *envejecer* la máxima institución responsable de velar por el lenguaje, esta lo presenta como «dicho de una persona (...): Hacerse vieja o antigua.»⁽²⁾.

Un drama esta última acepción, más aun teniendo en cuenta que son los propios científicos quienes afirman que el proceso de envejecimiento —es decir, el momento en el que los telómeros del ADN se van acortando y la velocidad de regeneración celular empieza a decrecer— comienza sobre los 26 años de edad. Por tanto, extrapolando ambas disciplinas —la del lenguaje y la de la ciencia—, podríamos concluir que desde los 26 años nos estamos volviendo *viejos y antiguos*. Este drama de la palabra se alimenta con otras muchas acepciones que aluden a la vejez como al «período de la vida antes de la muerte», de tal forma que lo que termina definiendo a las personas mayores está habitualmente más relacionado con el tiempo que les queda por vivir, y no tanto por el tiempo que llevan vivido.

Si a continuación revisamos los diferentes estereotipos en torno a la vejez —y que se encuentran reflejados en la literatura, la cultura, los medios de comunicación o la propia sabiduría popular—, vemos que estos suelen configurar una imagen errónea de esta etapa vital, pues suelen relacionarse con la enfermedad, dolencias, discapacidad funcional y sensorial, problemas cognitivos, situaciones de dependencia, pérdida de sexualidad, improductividad, fragilidad, lentitud, mal carácter, desactualización, conservadurismo, depresión o soledad, entre otros. A pesar de que, generalmente, estos estereotipos no tienen nada que ver con la realidad de cada individuo, están tan arraigados que han terminado por consolidar en la sociedad una imagen negativa sobre este colectivo e incluso, y aún peor, en la propia autopercepción que tienen los mayores de sí mismos.

Si bien hay otros estereotipos de índole más positiva vinculados a la vejez —tales como la serenidad, la experiencia o la sabiduría—, no por ello dejan de resultar también una interpretación errónea de la realidad, pues todas las personas —incluidas las de mayor edad— son muy diferentes entre sí al estar todas influidas no sólo por su edad cronológica, sino también por sus experiencias, emociones, economía, hábitos, estilo de vida, relaciones sociales, educación, genética, etc. Es decir, existen muchas formas de envejecer, al igual que existen muchas formas de ser joven o de ser niño.

Por estos motivos, si simplificamos el lenguaje y los estereotipos hasta el punto de calificar a las personas tan sólo por razón de edad, nos encontramos ante un evidente caso de discriminación etaria o «edadismo» —término que aúna los mitos y creencias con connotaciones negativas asociados al envejecimiento—.

(2) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (RAE), «Envejecer». Disponible en: <https://dle.rae.es/envejecer> [Última consulta: 28 de enero de 2021].

Esta evidente desigualdad nos exige como sociedad que empecemos desde ya a ofrecer una visión más real y positiva del envejecimiento y de las personas mayores, e intentar así romper con las desproporcionadas y erróneas creencias asociadas a la vejez.

Estas conclusiones no implican idear un nuevo paradigma universal entorno al concepto de vejez, pues el carácter peyorativo instalado en las sociedades occidentales del siglo XXI es precisamente lo extraño y atemporal. En otras culturas y civilizaciones, a lo largo de la historia las personas mayores han sido habitualmente veneradas. Por citar algunos ejemplos, en la prehistoria, puesto que la esperanza de vida era muy baja, las personas de edad elevada eran consideradas casi sobrenaturales; en Esparta los mayores de 60 años eran relevados del ejército y pasaban a ocuparse de mantener el orden; PLATÓN pensaba que la virtud se adquiere con el conocimiento, al que se llegaba una vez alcanzados los 50 años; en el Imperio romano todo el poder se concentraba en el Senado, formado por ancianos.

Es en el Renacimiento donde se revaloriza la juventud como canon de la belleza y se produce el rechazo a todo lo que se pudiera considerar viejo, sinónimo de feo. Estereotipos que, salvo algunas corrientes filosóficas que rechazaban asociar vejez con enfermedad —origen de la geriatría y la gerontología—, nos han acompañado hasta ahora en las sociedades occidentales. Sin embargo, en otras culturas —como en los países musulmanes, India, China o Japón— se respeta y se venera a las personas mayores, y son considerados como pilar fundamental de la familia y la sociedad.

Las sociedades más avanzadas en la lucha contra la discriminación ya han asentado los derechos en materia de discapacidad, de orientación sexual, género, raza, o religión entre otras, pero no han desarrollado un cuerpo jurídico de protección contra el edadismo. Este es el gran desafío que las sociedades tenemos ante nosotros, y para el que deberemos establecer un marco jurídico donde todos podamos reconocer que el desarrollo de una sociedad solo se puede lograr si éste incluye a todas las personas que la conforman con independencia de sus diferencias —entre ellas la edad— y conseguimos, por tanto, asumir que hay muchas maneras de envejecer, pues las personas de mayor edad no son un grupo social homogéneo y estable, sino formado por personas con diferentes problemas, preocupaciones y necesidades que aportan valor a la sociedad y al progreso humano.

El mundo del derecho ha desempeñado un papel principal en que la humanidad esté cada vez más cerca de erradicar la discriminación por raza o por género, entre otras. Su próximo gran reto —y, por supuesto, el de todas las sociedades occidentales del siglo XXI— será el de abolir cualquier posible discriminación por razón de edad. Sólo de esta manera podremos alcanzar una sociedad verdaderamente igualitaria, inclusiva y democrática.

2.2. Lucha contra la desigualdad

Tomando como referencia la Agenda 2030 y los ODS —donde se reconoce de forma expresa que el desarrollo y el progreso solo puede ser considerado como tal si éste es inclusivo con todas las edades— parece razonable pensar que, para garantizar esta inclusión y reducir las numerosas desigualdades a las que se enfrentan las personas mayores, resultará fundamental articular una sociedad que les empodere en todos los ámbitos del desarrollo, incluida su participación en la vida social, económica y política.

Desde la ciencia económica se ha abierto un debate muy interesante y necesario que trata de concienciar a la sociedad acerca de la necesidad de no utilizar únicamente el crecimiento del PIB como indicador de prosperidad, y hacerlo compatible con otras variables socioeconómicas vinculadas a reflejar las diferentes desigualdades presentes en cada sociedad. Nelson MANDELA decía que «la educación es el arma más poderosa que puedes usar para cambiar el mundo»⁽³⁾, de lo que se deduce que el nivel de educación se debe configurar como el gradiente principal que explica toda inequidad social, el cual, sin duda, lo arrastran los ciudadanos a lo largo de todo su proceso de envejecimiento y que llega incluso a determinar una esperanza de vida diferencial.

Estas desigualdades socioeconómicas quedan patentes en cuestiones tan palpables como el hecho de que la mortalidad en el sur de España sea superior a la que se observa en el norte —con menor precariedad económica—, o que p. ej. en Madrid un hombre del barrio de Salamanca —una de las zonas más ricas de España— tenga una esperanza de vida de más de cuatro años superior que un vecino de Puente de Vallecas —un distrito colindante y económicamente más deprimido—. En otros lugares del mundo, como Santiago de Chile, la desigualdad es tan elevada que una mujer que reside en una de las zonas menos favorecidas vivirá, de media, 18 años menos que otra mujer que viva en la misma ciudad, pero en un barrio más pudiente.

La muerte no es, por tanto, una democracia que iguala a todas las personas. La muerte es, muy al contrario, la peor de las desigualdades. Y es que la salud, igual que la enfermedad, no es una cuestión individual: depende muchas veces de dónde se vive. Si todos estamos de acuerdo en que la educación es considerada como un derecho universal, la sociedad en general, y el mundo jurídico en particular, no deberíamos permitir que los ciudadanos tuvieran una esperanza de vida diferente en función de dónde viven o por cuestión de un acceso y calidad de la educación diferencial entre iguales.

(3) Frase célebre atribuida a Nelson MANDELA.

Por otro lado —y aceptando el nuevo paradigma propuesto desde la biomedicina, que nos dice que el envejecimiento celular es la causa de todas las enfermedades—, la heterogeneidad en las diferentes formas de envejecer obliga al mundo del derecho a proteger los colectivos especialmente frágiles y vulnerables, como es el caso de buena parte de nuestras personas mayores. En este entorno surge la «nueva economía de la inclusión», una corriente aún incipiente y todavía no muy utilizada que se asemeja mucho al «mutualismo», y que en los próximos años, sin duda, extenderá su alcance como un gran referente para abordar el desafío del envejecimiento.

Esta máxima debe ser considerada como un compromiso ético en la sociedad del siglo XXI que, afortunadamente, se establece bajo los principios de la «economía del bien común». Apostar por políticas y leyes que se centren en promover la homogeneidad de la esperanza de vida en la vejez en lugar de promover acciones que traten de incrementar los registros poblacionales de vida probable supone un cambio de perspectiva de la que los poderes públicos quizá no hayan reflexionado lo suficiente. Prueba de ello es que, si bien se presume de que España es uno de los países con mayor esperanza de vida del planeta, pocas veces se analiza si esta esperanza de vida es homogénea entre todos los ciudadanos o presentan diferencias significativas entre ellos.

En definitiva, bajo el sustrato ético de la dignidad en la ancianidad, debemos todos apostar por políticas sociales, económicas y legislativas inclusivas que permitan el desarrollo de una sociedad de la que nadie duda ya que será muy longeva y con difícil reposición generacional, y tratar así de mitigar la desigualdad acumulada cualquiera que sea la etapa vital en la que discorra el individuo.

2.3. Derechos Humanos

Las personas mayores son personas especialmente vulnerables en términos de salud debido al progresivo deterioro físico o mental que pueden desarrollar en algunos casos, pero también frente a la marginación y abandono que suelen padecer y el consiguiente sentimiento de soledad que pueden experimentar, resultando más proclives a sufrir abusos y privación fáctica de sus derechos sólo por motivo o excusa de su avanzada edad. Esta especial vulnerabilidad aumenta en situaciones sobrevenidas como la vivida con la pandemia del virus SARS-CoV-2, particularmente agresiva con los mayores, que dio lugar a situaciones de abandono y aislamiento forzado, así como a la privación de asistencia sanitaria intensiva a pesar de manifestaciones muy graves de la enfermedad.

Las personas mayores deberían gozar de todos los derechos que como ciudadanos les corresponde y, por tanto, necesitamos reivindicar el respeto efectivo de todos ellos, y en particular de los que en el contexto de una pandemia pueden ser más relevantes y exigibles.

Y es que este virus ha llegado a provocar situaciones de verdadera emergencia, que, en ocasiones, dieron lugar a tomar decisiones más vinculadas a una *situación de guerra* que de lo que realmente se trataba, una *pandemia*. El matiz no es menor, pues mientras que esta última no es provocada voluntariamente por el ser humano, aquella sí lo es. Por tanto, no sólo es ética y legalmente incorrecta esta asimilación, sino también peligrosa, al poder identificar algunas acciones sanitarias como objetivos de guerra, con una afectación más intensa a los derechos fundamentales y libertades públicas de las personas.

En diciembre de 2020, en plena segunda ola de la pandemia SARS-CoV-2, la Escuela de Pensamiento de la Fundación Mutualidad de la Abogacía, a través del CGAE, contribuyó a elevar a los poderes públicos, esto es, Gobierno, Casa Real, Cortes Generales, CGPJ, Defensor del Pueblo y Tribunal de Cuentas, un decálogo con la intención de que en futuras crisis se tengan en cuenta, y así garantizar la protección de los DD. HH. de las personas mayores incluso en tiempos de pandemia. Entre algunos de los principios de este decálogo, destacamos los siguientes:

— El respeto de la autonomía de las personas mayores respecto a las decisiones relativas a su tratamiento médico.

— La no discriminación en el acceso a las UCI por razón de la edad o de otra circunstancia distinta a criterios clínicos comúnmente aceptados.

— El derecho de las personas mayores a acceder a los cuidados de salud, alimentarios y otros de tipo personal, sin que sean abandonados a su suerte.

— El derecho de las personas mayores que viven en residencias a comunicarse personalmente con sus familiares y allegados, sin perjuicio de adoptar las medidas pertinentes preventivas de contagios de estos últimos, del personal que les atiende o de ellos mismos.

En definitiva, debemos tener claro la sociedad y el mundo del derecho que la edad no es por sí sola una enfermedad, y, por lo tanto, nunca debe suponer un criterio para discriminar su derecho a la atención médica o asistencial. De no ser así, no hay duda de que estaríamos ante una clara vulneración de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

III. EL DERECHO ANTE EL RETO DEMOGRÁFICO

Del mismo modo que es importante un análisis pormenorizado desde el punto de vista de la persona, también es imprescindible poner el foco en el impacto del envejecimiento desde el punto de vista de una sociedad. Y es que tenemos ante nosotros un auténtico reto demográfico como es el de ir hacia una población cada vez más envejecida dada la evolución de las principales variables demográficas que intervienen en el proceso, como es el caso de la

esperanza de vida, la natalidad o los movimientos migratorios, entre otras. No perdamos nunca de vista que una población envejecida es una población que no se renueva y, por tanto, tiene dificultades para crecer, es decir, una población envejecida es una población enferma a la que si no se le pone cura tenderá a morir.

Algunos expertos demógrafos⁽⁴⁾ califican esta deriva de la estructura poblacional española como un «suicidio demográfico», pues —de no alterarse de forma sustancial y estructural al menos alguna de las variables antes referidas— España perderá población en las próximas décadas y nos adentraremos en una sociedad no sólo envejecida como ahora —el 19% de la población es mayor de 65 años⁽⁵⁾—, sino también sobre-envejecida —más del 25% de población mayor de 65 años⁽⁶⁾—. De hecho, ya varios territorios de la geografía española superan incluso el 30% de población mayor de 65 años como es el caso de Lugo, Ourense, Zamora o Soria —que, a su vez, representan cuatro de los diez territorios más envejecidos de toda la UE—⁽⁷⁾. De futuro, y para el caso de España, la tendencia de longevidad es muy reveladora, pues según datos del INE en 2050 el peso de la población mayor de 65 años se duplicará respecto a la actual⁽⁸⁾.

Como muestra de la deriva de envejecimiento de las poblaciones a nivel mundial, en 2018 los mayores de 65 años superaron por primera vez en número a los menores de cinco años, y en 2050 se estima que estos sobrepasarán incluso a los menores de 15 años, llegando a haber en el mundo más de 3 millones de centenarios⁽⁹⁾. En Europa uno de cada tres ciudadanos rebasará los 65 años según la Comisión Europea⁽¹⁰⁾. Un análisis actuarial de estos datos y de las mejoras de la supervivencia con mayor perspectiva histórica nos indica que, si bien a principios del siglo pasado solo el 33% de la población europea alcanzaba los 65 años, hoy en día este porcentaje corresponde a la población que alcanza los 90 años. Tanto es así que, según un informe de la OCDE⁽¹¹⁾, en 2050 se estima que haya en torno a 77 jubilados por cada 100 ciudadanos en edad de trabajar frente al 30,6% de 2015 o el 19% de hace cuarenta años.

(4) Macarrón LARUNBE, A., *El suicidio demográfico de España*, Homo Legens, Madrid, 2011.

(5) Disponible en: <https://ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=1451>.

(6) Disponible en: https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176953&menu=ultiDatos&idp=1254735572981#:

(7) Disponible en: <https://elpais.com/sociedad/2021-05-01/cuatro-de-las-10-regiones-europeas-mas-envejecidas-en-2050-estan-en-espana-zamora-leon-asturias-y-ourense.html>.

(8) Disponible en: https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176953&menu=ultiDatos&idp=1254735572981#:

(9) Disponible en: <https://ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=1451>.

(10) EUROSTAT.

(11) Disponible en: <https://www.oecd.org/economy/surveys/Spain-2018-OECD-economic-survey-vision-general.pdf>.

Una vez más, nos encontramos con la necesidad de que los juristas nos ayuden a articular esta nueva sociedad donde convivir con centenarios, afortunadamente, será lo habitual.

3.1. Natalidad

En España, la edad a la que las mujeres tienen su primer hijo se sigue retrasando y el número de nacimientos cae año tras año. De esta manera, el movimiento natural de la población —es decir, el saldo neto entre nacimientos y fallecimientos— acumula ya varios años de decrecimientos. Tal es así que España está instalada en lo que se conoce como «invierno demográfico» —expresión acuñada por el académico de la Universidad de Lovaina Michel SCHOYANS⁽¹²⁾—, pues el saldo vegetativo es ya negativo, es decir, el número de fallecidos supera a los nacimientos en más de 50.000 personas, dato histórico de una serie negativa que se inició en 2017. Si nos referimos a las tasas de fecundidad, España ya se sitúa también en último lugar de la UE con una tasa inferior a 1,8 (dato actualizado 2021) hijos por mujer en edad fértil⁽¹³⁾.

Los países tienen ante sí diversas opciones con los que revertir esta deriva y garantizar el recambio generacional. Estas medidas deberían pasar, en todo caso, por generar un ambiente propicio para que las mujeres tengan hijos y sigan sus carreras profesionales, así como implementar políticas más descentralizadas, pues las estrategias que funcionan en unos territorios no tienen por qué hacerlo en otros y viceversa. Es necesario, por tanto, repensar el modelo de sociedad.

3.2. Movimientos migratorios

Puesto que las políticas de natalidad no están dando sus frutos de forma generalizada, el otro gran instrumento que tenemos ante nosotros para revertir el proceso de envejecimiento de la población es la política migratoria. La AIREF y el propio FMI⁽¹⁴⁾ hablan de aumentos importantes de la inmigración para ayudar a sostener el sistema de bienestar tal como ahora lo concebimos. De hecho, este último organismo prevé que la UE necesitará entre 50 y 80 millones de inmigrantes en las próximas décadas para poder reponer la fuerza laboral que se perderá por el envejecimiento de sus poblaciones⁽¹⁵⁾.

(12) Disponible en: <https://www.elperiodico.com/es/cuaderno/20181215/somos-demasiados-verdad-o-mentira-7202020>; https://www.abc.es/cultura/abci-espanavaciada-y-pandemia-202010020034_noticia.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F.

(13) Disponible en: https://ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177003&menu=ultiDatos&idp=1254735573002.

(14) Disponible en: <https://www.airef.es/wp-content/uploads/2020/09/PREVIS-DEMOGRAFICAS/200928-Presentaci%C3%B3n-previsiones-demogr%C3%A1ficas-y-gasto-en-pensiones.pdf>.

(15) FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, *Retos más allá de la sostenibilidad financiera*.

A modo de ejemplo sobre la necesidad de implementar políticas migratorias efectivas, según un reciente estudio publicado por la revista *The Lancet*⁽¹⁶⁾, se prevé que, de no implementar políticas de apoyo a la inmigración eficaces, España llegará a tener la mitad de habitantes en el año 2100 y su economía caerá hasta el puesto 28º del mundo.

Pero debemos ser conscientes que la solución pasa necesariamente por despolitizar esta variable y, por tanto, huir del debate ideológico, pues todo apunta a que los países que apuestan de forma decidida por la inmigración como política a largo plazo saldrán fortalecidos. Francia, Australia, Canadá y Nueva Zelanda mantienen y refuerzan su población y, en consecuencia, también su influencia en la economía global gracias, en buena medida, a esa inversión en población de origen extranjero. Estas políticas que implican una población activa estable generarán, sin duda, en las próximas décadas beneficios económicos, sociales y geopolíticos. Aquellos otros países como Japón o Hungría, que hasta ahora se han dejado llevar por el deseo de mantener una sociedad lingüística y culturalmente más homogénea —a pesar de los riesgos económicos, fiscales y geopolíticos de las poblaciones en declive—, se están viendo ya obligados a replantear sus modelos de política migratoria.

En cualquier caso, debemos ser conscientes que la inmigración como respuesta al «invierno demográfico» no es una solución única, es sólo parte de ella. El reto demográfico es estructural y, aunque sin duda la inmigración puede ayudar, se necesitan más soluciones sostenibles no sólo desde el punto de vista económico, sino también desde el punto de vista legislativo, jurídico y social, pues —entre otras cuestiones vinculadas no menos relevantes— resultará fundamental afrontar de forma paralela los desafíos que plantearán las segundas y terceras generaciones de inmigrantes.

3.3. Despoblación

Las zonas rurales de la España despoblada se caracterizan no sólo por su reducido número de habitantes, sino también por la elevada edad media de los mismos. Por tanto, nos encontramos generalmente ante poblaciones envejecidas o sobre-envejecidas, cuestión que condiciona su capacidad de adaptación a la nueva realidad socioeconómica y, por tanto, su propia supervivencia.

(16) VOLLSET, S. E. / GOREN, E. / YUAN, C.-W. / CAO, J. / SMITH, A. E. / HSIAO, T. *et. al.*, «Fertility, mortality, migration, and population scenarios for 195 countries and territories from 2017 to 2100: a forecasting analysis for the Global Burden of Disease Study», *The Lancet*, vol. 396, October 2020. Disponible en: [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(20\)30677-2/fulltext#fig2](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(20)30677-2/fulltext#fig2) [Última consulta: 28 de enero de 2021].

La despoblación en España es un fenómeno demográfico que se arrastra desde hace ya varias décadas y que afecta a amplios territorios de varias CCAA. En concreto, el 90% de la población española vive en el 12% del territorio y dos de cada tres habitantes viven en el 1% del territorio⁽¹⁷⁾. Si bien estamos ante un desafío conocido, las respuestas para tratar de revertir la situación no se antojan fáciles de implementar.

Los datos del INE nos dicen que el conjunto de los municipios rurales de España pierde cinco habitantes por cada hora que pasa y que el 76% de estos han perdido habitantes en la última década. Especial preocupación debemos tener por las zonas de la «España vaciada» consideradas como «desierto demográfico», esto es, aquellas en las que la densidad de población es menor de 5 habitantes por kilómetro cuadrado, pues esta es una situación demográfica considerada como «irreversible».

El saldo vegetativo en estas zonas despobladas es negativo, por lo que las políticas de natalidad y de inmigración también serán necesarias en la lucha contra la despoblación, pues sin población rural no habrá riqueza que distribuir, ni al medio rural ni a la ciudad. También será necesario complementar estas políticas con otras, tales como las de otorgar incentivos fiscales a las familias y negocios que en estos territorios se instalen, o apostar por industrias fundamentadas en el conocimiento y donde la tecnología y la conectividad desempeñen un papel absolutamente estructural. A tal efecto, nos encontramos con grandes referentes en el mundo, zonas absolutamente desérticas que, apostando por estas industrias, han llegado a convertirse —al menos, algunas de ellas— en verdaderos motores de la economía mundial. Silicon Valley en California es, sin duda, uno de los casos más reconocidos en este sentido.

También será necesario que los nuevos modelos de negocio que se desarrollen en los ámbitos rurales encuentren sus propios mecanismos de protección y desarrollo inmediato. En el ámbito de la salud, se deben aprovechar las oportunidades que el desarrollo de la tecnología 5G permite para que, entre otros, la telemedicina se asiente en el ámbito rural. Recordemos que se estima que, al menos, el 75% de las consultas médicas se realizan sin necesidad de contacto físico del paciente⁽¹⁸⁾.

En relación con la habitabilidad, se empieza a hablar de manera muy incipiente de las oportunidades de la adaptación de viviendas rurales para personas con cierto grado de discapacidad física en viviendas a nivel de calle con apoyo de teleasistencia.

(17) Disponible en: https://mapa.gob.es/es/ministerio/servicios/analysis-y-prospectiva/Agriinfo12_tcm30-88390.pdf.

(18) Disponible en: https://elpais.com/elpais/2020/05/11/bue-navida/1589195799_401189.html.

Cuando hablamos de despoblación, estamos hablando también de un problema de servicios, de desequilibrio y de falta de oportunidades. Hablamos de que España ha alcanzado el estado de bienestar en su conjunto en las últimas décadas, pero este no ha llegado a todas las zonas, pues en el medio rural no se disfruta de una sanidad, una educación, unas comunicaciones o unos servicios sociales iguales que los que tienen en las ciudades. Y ahí está, precisamente, lo que será el futuro del mundo rural: las nuevas tecnologías, que pasan por internet y fibra óptica. Si bien hace ya varias décadas se consiguió que la electricidad llegase al último pueblo, el reto hoy es que también lo haga la conexión a internet de alta velocidad. Luego llegarán otras innovaciones que favorezcan la vuelta a estos territorios despoblados, pero si carecen de conectividad es imposible que las empresas lleguen y se instalen en la «España vaciada».

Aunque internet se ofrezca como alternativa para las zonas que comienzan a carecer de servicios físicos, y la propia pandemia SARS-CoV-2 haya acelerado el trabajo en remoto y la vuelta a las zonas rurales con los siguientes beneficios en términos de innovación y empleo, la opción digital, en ocasiones, también fomenta la desaparición de los negocios de proximidad —cada vez más escasos en la España rural—, con lo que debemos también encontrar este equilibrio.

El derecho deberá erigirse como garante de la cohesión social y eje vertebrador de las políticas públicas que se ponen en marcha en estos territorios. Estas políticas deberán tener como ejes vertebrales la conectividad, la habitabilidad y la movilidad. Solo así contribuiremos a que la población rural no esté en situación de desventaja en relación con la población de las grandes urbes. Y es que por cuestión del lugar donde se vive no deberían tener los ciudadanos diferentes oportunidades y acceso a la educación, la sanidad, la asistencia o el ocio, entre otros.

3.4. Esperanza de vida

Desde comienzos del siglo XX, la esperanza de vida en España viene aumentando a un ritmo casi exponencial, pues —si bien partíamos en 1900 de una esperanza de vida al nacer de 40 años, siendo entonces Australia el país con mayor esperanza de vida con 55 años—nos encontramos en la actualidad con una esperanza de vida que es la segunda mayor del planeta y que ronda los 80 años en los hombres y 86 en las mujeres⁽¹⁹⁾, muy elevada si la ponemos, p. ej., en relación a la esperanza de vida media de la UE, que es de 79 años⁽²⁰⁾.

(19) INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, «Esperanza de vida». Disponible en: https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259926380048&p=1254735110672&page name=ProductosYServicios/PYSLayout [Última consulta: 28 de enero de 2021].

(20) Disponible en: https://www.ine.es/jaxi/Tabla.htm?path=/t00/mujeres_hombres/tablas_1/0/&file=d01007.px&L=0.

Este ritmo supone un crecimiento de más de tres años por década, o, lo que es lo mismo, más de seis horas al día. Es decir, cada día que pasa aumentamos nuestra supervivencia en otras 6 horas, un ritmo que, de continuar esta tendencia, podría llegar en algún momento a suponer un crecimiento de 24 horas por cada día que transcurre. Esto es lo que la ciencia actuarial viene a convenir como la «velocidad de escape actuarial»⁽²¹⁾, es decir, el momento en el que la esperanza de vida se extenderá más allá del tiempo que transcurre; dicho de otro modo, habremos alcanzado la inmortalidad.

Si bien en la primera mitad del siglo XX las mejoras de mortalidad se focalizaron en la población más joven por los avances médicos a la hora de combatir enfermedades infecciosas, tales como la tuberculosis, la viruela, la difteria o el tifus; la segunda mitad del siglo XX por las mejoras de mortalidad en la población adulta, fundamentada en los avances científicos y en la mejora de las condiciones de higiene y agua corriente en los hogares; hemos llegado en el siglo XXI al punto en el que las mejoras de mortalidad, gracias a los avances médicos, científicos y tecnológicos, se concentrarán en las personas mayores, pues este es el colectivo que más margen de mejora tiene sobre su propia supervivencia.

También parece evidente que la esperanza de vida continuará su acenso en las próximas décadas, previendo el INE que en el año 2060 alcance en España los 94 años para las mujeres y 91 para los hombres⁽²²⁾. El acaecimiento de fenómenos catastróficos imprevistos como la pandemia del virus SARS-CoV-2 u otros de índole similar podría provocar un retroceso en términos de esperanza de vida sobre estas predicciones, pero quizá de carácter no estructural en la medida en que estas no perduren en el tiempo y, por tanto, no establezca tendencia en términos de sobremortalidad de la población.

Bajo estas predicciones, la variable supervivencia, si bien es una gran noticia desde el punto de vista de la persona, no lo es tanto desde el prisma de la sostenibilidad del sistema, pues —si la agregamos a las otras dos grandes variables demográficas, como son la natalidad o la inmigración— se traduce en que la población estará cada vez más envejecida y, por tanto, nos encontraremos ante un sistema de bienestar comprometido y que cuanto menos deberemos repensar.

El mundo del derecho debe establecer un marco jurídico y social robusto que permita a los ciudadanos y la sociedad en su conjunto ver como algo natu-

(21) El término “velocidad de escape de la longevidad” fue acuñado por el biogerontólogo Aubrey DE GREY en un artículo de 2004, [3] pero el concepto ha estado presente en la comunidad de extensión de la vida desde al menos la década de 1970, como en el ensayo *Next Stop* de Robert ANTON WILSON.

(22) Disponible en: <https://www.ine.es/jaxi/Tabla.htm?path=/t20/p278/p04/e2/10/&file=01002.px&L=0>.

ral el convivir rodeado de personas de edad elevada e incluso centenaria; no en vano, es ya una realidad que más de la mitad de la población que ha alcanzado los 65 años a lo largo de la historia de la humanidad está aún viva⁽²³⁾, y se prevé que más de la mitad de las niñas y niños europeos que nacen ahora vivan más de 109 años⁽²⁴⁾.

3.5. Inmortalidad y transhumanismo

El mundo del derecho y las actividades profesionales vinculadas no solo tienen ante sí el reto de ayudar a articular una sociedad envejecida, sino también lidiar con todas las cuestiones éticas y morales que subyacen a la industria del rejuvenecimiento, o lo que es lo mismo, de la búsqueda de la ansiada inmortalidad o como decía el Dr. CORDEIRO «la muerte de la muerte»⁽²⁵⁾.

Y es que palabras que hasta ahora sonaban a ciencia ficción en el imaginario colectivo, tales como nanotecnología, *Big Data* e IA aplicada a la tecnología médica, ingeniería genética, hombre biónico, crionización o xenotrasplantes de células, tejidos y órganos, comienzan ahora a tener —unas más que otras— una base científica que, sin duda, nos acerca si no a la inmortalidad, al menos sí a una continuada mayor supervivencia.

En relación a estos desarrollos científicos y tecnológicos, la prestigiosa revista *Time* publicaba en 2018 que, si la medicina predictiva y regenerativa cumpliera con sus expectativas, los niños y niñas que nacerán en el año 2050 ya podrían tener una expectativa de vida media de más de 150 años. En la misma línea, la también prestigiosa revista *Nature*⁽²⁶⁾ publicaba recientemente cómo, según los avances científicos que ya hoy están en marcha, la supervivencia de los ciudadanos será tan elevada que, con el propósito de mantener el equilibrio de las sociedades y su crecimiento económico, nos llegaremos a jubilar a los cien años, pues a esa edad aún conservaríamos todas nuestras capacidades físicas y cognitivas.

Más allá de estas predicciones —y, en ocasiones, suposiciones—, sí es una realidad que la curva de supervivencia se está rectangularizando, es decir, la «edad modal» de fallecimiento cada vez se acerca más al conocido como límite

(23) Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-48958753>.

(24) GRATTON, L. / SCOTT, A., *La vida de 100 años: Vivir y trabajar en la era de la longevidad*, Lettera, Bilbao, 2018.

(25) Vid. CORDEIRO MATEO, J. L. / WOOD, D. W., *La muerte de la muerte. La posibilidad científica de la inmortalidad física y su defensa moral*, Deusto, Barcelona, 2018.

(26) Disponible en: <https://www.nytimes.com/2018/12/30/business/retirement/why-the-world-needs-to-rethink-retirement.html>.

humano de supervivencia —entorno a los 120 años⁽²⁷⁾—. Esta «edad modal» es un indicador que, desde la demografía y ciencia actuarial aplicada a la supervivencia, se recomienda sustituya al concepto de «esperanza de vida» como medida de la supervivencia de una población. Además, la probabilidad de supervivencia de un año a otro se acerca cada vez más a 1, incluso para las edades extremas, lo que termina de completar el proceso de «rectangularización de la curva de supervivencia». Por tanto, el debate sobre cuál es el límite de la vida humana y si este existe está servido, y, en consecuencia, debemos quizá empezar a poner en entredicho el hasta ahora irrefutable paradigma sobre nuestro ciclo vital y que pasa por *nacer, estudiar, trabajar, jubilarse y morir*.

Dicho esto, también es una realidad que otros factores se mueven en dirección contraria a una mayor supervivencia humana, así p. ej. nos lo ha demostrado la crisis financiera de 2008, que provocó en el medio plazo una ralentización del crecimiento de la esperanza de vida en algunos países como España e incluso un retroceso en otros como es el caso de Reino Unido. Otros ejemplos de retroceso en términos de esperanza de vida son el provocado por la pandemia SARS-CoV-2, o las consecuencias que otras enfermedades infecciosas, deterioro del estilo de vida o las futuras llamadas *superbacterias* resistentes a los antibióticos como consecuencia del abuso de su consumo pudieran tener sobre la supervivencia, y que ya antes de la pandemia SARS-CoV-2 la propia OMS anticipaba que, en unas décadas, pasarían a estar entre las principales causas de muerte de la población a nivel mundial⁽²⁸⁾.

Fernando DE ROJAS decía que «nadie es tan viejo que no pueda vivir un año más, ni tan mozo que hoy no pudiese morir»⁽²⁹⁾, por lo que el mundo del derecho tiene ante sí el reto de articular una nueva sociedad que espera ser cada vez más longeva, una sociedad de y para centenarios y, en consecuencia, lidiar con las implicaciones éticas, morales, religiosas o de equidad que todas estas reflexiones vinculadas a la disrupción de la supervivencia implican sobre los ciudadanos. Y es que cuestiones que desde el punto de vista ético parecen ahora irrefutables quizá algún día dejen de serlo. Pongamos por caso los primeros trasplantes de órganos entre humanos que se empezaron a realizar con éxito a

(27) GEDDES, L., «Human age limit claim sparks debate», *Nature*, October 2016. Disponible en: <https://www.nature.com/news/human-age-limit-claim-sparks-debate-1.20750> [Última consulta: 28 de enero de 2021].

(28) ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, «United Nations meeting on antimicrobial resistance», *Bull World Health Organization*, vol. 94, 2016. Disponible en: <https://www.who.int/bulletin/volumes/94/9/16-020916/es/> [Última consulta: 28 de enero de 2021]; ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, «Resistencia a los antibióticos», julio de 2020. Disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/factsheets/detail/resistencia-a-los-antibi%C3%B3ticos> [Última consulta: 28 de enero de 2021].

(29) DE ROJAS, F., *La Celestina*, Vicens-Vives, Barcelona, 2013.

mediados del siglo XX, pero que durante mucho tiempo fueron perseguidos por la justicia y se realizaban clandestinamente. La reflexión que debemos hacer es si, casos como estos que ahora vemos con absoluta naturalidad y desde una perspectiva de progreso de la ciencia y la humanidad, no tendremos otros dilemas dentro de algunos años o décadas con cuestiones vinculadas a la lucha contra la muerte o al rejuvenecimiento, que ahora podemos ver desde una perspectiva ética o moral cuando menos discutible.

Si bien la respuesta a estas reflexiones es de una complejidad máxima, deberíamos tratar de que contaran, al menos, con un marco jurídico adecuado, que no sólo garantizara la inclusión de todos los ciudadanos, sino también que garantizara la equidad en el acceso de estas nuevas tecnologías médicas y que, por tanto, no haya diferencias en términos de supervivencia en función de los diferentes perfiles socioeconómicos de los ciudadanos.

IV. EL DERECHO ANTE LA TECNOLOGÍA Y LA DIGITALIZACIÓN DE LA SOCIEDAD

El uso generalizado y adecuado de la tecnología y los medios digitales contribuyen, sin duda, a un EA y empoderan a las personas mayores, ya que mejoran su calidad de vida y favorecen sus relaciones sociales, evitando así el aislamiento. Permiten, además, tener al alcance de la mano servicios de acompañamiento, monitorización, medicación o asistencia, y les facilitan otros trámites, gestiones y servicios que fomentan su participación en la vida pública, lo que, sin duda, tiene efectos beneficiosos sobre su propia autoestima. En consecuencia, el establecimiento de políticas para su alfabetización y acceso tecnológico y digital resultará vital tanto para ellos como para su entorno.

4.1. La brecha digital

El uso de tecnologías digitales —como internet— es notablemente superior entre la población más joven. En concreto, y según datos del INE, en 2019 el 90% de los jóvenes entre 16 y 24 años utilizó internet en los últimos tres meses, frente al 63% de las personas entre 65 a 74 años y el 23% de las personas mayores de 75 años⁽³⁰⁾. Si bien no se observa una brecha de género entre las personas de 16 a 74 años en el uso de internet, sí que existen diferencias entre hombres y mujeres por encima de esa edad (entre las personas de 65-74 años)⁽³¹⁾. Adicio-

(30) INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, «Encuesta sobre Equipamiento y Uso de Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares», *Notas de Prensa*, octubre de 2019. Disponible en: https://www.ine.es/prensa/tich_2019.pdf [Última consulta: 28 de enero de 2021].

(31) ABELLÁN GARCÍA, A. / ACEITUNO NIETO, P. / PÉREZ DÍAZ, J. / RAMIRO FARIÑAS, D. / AYALA GARCÍA, A. / PUJOL RODRÍGUEZ, R., «Un perfil de las personas mayores en España, 2019. Indicadores estadísticos básicos», *Informes Envejecimiento en red*, núm. 22, marzo de 2019, pág. 36.

nalmente, existe una brecha en las habilidades digitales entre los usuarios de internet, pues según datos extraídos de EUROSTAT⁽³²⁾, mientras que el 68% de los jóvenes entre 16 y 24 años cuenta con habilidades avanzadas, tan sólo el 6,5% de los mayores de 65 años cuenta con esa destreza.

Estos datos evidencian una brecha digital que se agrava con los más mayores, pues sufren dificultades para conectarse no solo con sus seres queridos, sino también a la hora de realizar las gestiones oportunas con sus proveedores de servicios: desde su banco o su distribuidor energético, hasta trámites relacionados, p. ej., con la justicia. Y todo ello como consecuencia de lo poco o nada familiarizados que se encuentran con el uso y acceso de las nuevas tecnologías.

Ante este problema social, las AAPP de Justicia, así como los juristas, deberían facilitar que las personas mayores accedan de forma universal a las ventajas de la sociedad de la información y la comunicación, ayudando así a cubrir el *gap* digital que sufre una parte significativa del colectivo de personas mayores. Esta resultará una cuestión imprescindible para garantizar sus derechos y libertades, tal como nos ha venido a demostrar de forma abrupta y sobrevenida la pandemia SARS-CoV-2, pues, para prevenir la propagación del virus, el distanciamiento social se ha convertido en la norma en todo el mundo. Sin embargo, con él se produce una menor interacción social, lo cual resulta particularmente dañino para las personas mayores.

Por eso, el objetivo de ayudarles a vivir una vida *online* mejor es importante, ya que no sólo ellos se pueden beneficiar inmensamente a título individual; además, una población mayor *online* más segura y capaz asegura perspectivas más diversas y un reforzado sentido de comunidad para todos. Sin embargo, la tecnología y su uso no siempre contribuye a facilitar la vida a las personas. La personalidad, la resistencia natural al cambio, la falta de conocimiento y el hecho de que los aparatos no estén acondicionados a la diversidad de capacidades existentes son factores que influyen en que muchos se sientan excluidos de la ciudadanía digital.

Entre esas oportunidades, nos estamos refiriendo a que el jurista facilite las relaciones de los mayores con las AAPP y privadas en ámbitos tan diversos tales como los sanitarios, pensiones, situaciones de dependencia, fiscales o financieros. También resultará muy necesario que el jurista trate de garantizar los

Disponible en: <http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/enred-indicadores-basicos2019.pdf> [Última consulta: 28 de enero de 2021].

(32) EUROSTAT, «Estadísticas sobre sociedad y economía digital-Hogares y particulares», septiembre de 2020. Disponible en: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Digital_economy_and_society_statistics_-_households_and_individuals/es [Última consulta: 28 de enero de 2021].

derechos de los mayores cuando estos interactúan con la tecnología a través de procesos robotizados o IA, especialmente en aspectos sanitarios y asistenciales.

La transformación digital de la justicia en España es también una prioridad de primer nivel para la sociedad. Uno de sus objetivos principales debe ser que la ciudadanía pueda acceder a una justicia más rápida y operativa, independientemente de su localización territorial. Será, por tanto, fundamental contemplar puntos de contacto entre la AP y el ciudadano, particularmente con aquellas personas que habitan dentro de la llamada «España vaciada», incluyendo personal que apoye al ciudadano en sus trámites digitales, directamente o a través de sus representantes profesionales tales como abogados, gestores o asesores fiscales, entre otros, convirtiéndose estos en «mentores digitales» y paliando la brecha digital en este segmento de la población.

4.2. La tecnología al servicio de las personas mayores

La tecnología y la robotización tienen un papel principal sobre las personas mayores en su proceso de envejecimiento sea cual sea su etapa vital o cognitiva, pues impacta en cuestiones esenciales tales como las asistenciales, médicas, financieras o laborales, entre otras. Mención especial merecen también las «tecnologías sociales», encaminadas a mitigar e incluso revertir la discriminación por edad o la soledad no deseada.

En cuanto a los aspectos vinculados a la salud o de carácter asistencial, los robots ayudan a mejorar sensiblemente la calidad de vida de las personas mayores y, entre otros, se convierten en un gran aliado en la lucha contra la soledad no deseada. La asistencia sanitaria está cada vez más digitalizada: nuevas aplicaciones y *software* de salud pública, telemedicina y diagnóstico por imágenes asistido por IA ayudarán a definir y prestar la asistencia, a mejorar la eficacia del diagnóstico y a transformar el sector de la atención sanitaria. También la tecnología nos ayuda a monitorizar su actividad, constantes vitales, o el sueño ayudados por la domotización de los hogares que, además, facilitará que las personas mayores puedan permanecer viviendo en sus domicilios.

En este contexto, los robots humanoides conseguirán prevenir problemas de dependencia y ayudar a cuidar a los mayores y mejorar su calidad de vida. La robótica asistencial monitorizará las constantes vitales a través de distintos sensores y, además, actuará de acompañante para compensar, al menos, la soledad no deseada. Entre otras, es ya una realidad el desarrollo de sillas de ruedas automatizadas, vigilancia por reconocimiento facial para el control de presencia, la seguridad en el baño o, incluso, de transmisores de órdenes orales para la toma de medicamentos.

En aspectos financieros también se debate sobre si serán los robots los que terminarán pagando las pensiones del futuro o, al menos, parte de ellas. La reali-

dad es que, en la medida en que la sociedad no pueda absorber todo el empleo que expulsan las máquinas, no parece descabellado que, al menos, parte de la pensión de jubilación pudiera ser sufragada por las máquinas que sustituyen a esa mano de obra. Sin embargo, debemos estar muy atentos a esta evolución —y, en particular los juristas—, pues este paso debe ser regulado de forma expresa y armonizado a nivel internacional; de lo contrario, corremos el riesgo de que esos robots *emigren* hacia países con menos cargas fiscales y puedan, en consecuencia, provocar un estancamiento de la economía productiva.

Vemos que la tecnología tiene, por tanto, un papel principal sobre el mercado laboral, pero ese protagonismo creciente posiblemente sea una buena noticia para soportar una sociedad envejecida y que, por tanto, tiene dificultades para reponer mano de obra. Sin embargo, gran parte de la población aún ve a las máquinas más como una amenaza que como una oportunidad. Pero la realidad es que las máquinas llevan más de dos siglos con nosotros, y a nivel global estamos en mínimos históricos de desempleo, pobreza y desigualdades. También es cierto que, si bien hasta ahora el crecimiento de la tecnología ha sido lineal, ahora esperamos que este sea exponencial y lo que antes cambiaba en cien años ahora lo haga cada diez. La duda razonable es si podremos absorber estos cambios en tan poco espacio de tiempo en las próximas décadas.

La sociedad en general, y el mundo jurídico en particular, no debería tener ninguna duda que apostar por el conocimiento y el progreso humano es lo correcto. Así lo demuestra el hecho de que los países más desarrollados —que son también los más tecnológicos, como es el caso de Alemania, Japón o Corea del Sur— tengan tasas de desempleo inferiores al cinco por ciento⁽³³⁾ y se crean cerca de cinco empleos por cada dos que las máquinas destruyen. P. ej., España —que tiene un nivel de robotización de entorno al 60% respecto de estos otros países⁽³⁴⁾— tiene una tasa de desempleo sensiblemente superior. En definitiva, quizá no debamos hablar del futuro del trabajo, sino del trabajo del futuro, pues, muy probablemente, las máquinas no eliminarán el trabajo

(33) OLCESE, A., «La digitalización no destruye empleo: los países con más robots tienen paro del 5%», *Voz pópuli*, julio de 2020. Disponible en: https://www.vozpopuli.com/economia-y-finanzas/digitalizacion-empleo-robots-economia-paro_0_1185182196.html [Última consulta: 28 de enero de 2021]; «Los países con más robots tienen menos desempleo», *Libre Mercado*, agosto de 2017. Disponible en: <https://www.libremercado.com/2017-08-26/los-paises-con-mas-robots-tienen-menos-desempleo-1276604779/> [Última consulta: 28 de enero de 2021].

(34) HERNÁNDEZ, J., «Un ejército de robots “jubilará” a uno de cada tres administrativos españoles», *Voz pópuli*, mayo de 2019. Disponible en: https://www.vozpopuli.com/economia-y-finanzas/ejercito-robots-apunta-reemplazareempleos-administrativos_0_1243676085.html [Última consulta: 28 de enero de 2021].

humano: sólo lo transformarán. La abogacía y las ciencias jurídicas debemos estar preparados para abordar estos cambios estructurales en la sociedad y en el mercado laboral, con impacto directo en las personas mayores y poder acompañar a los trabajadores en su proceso de envejecimiento, incluso, antes de la jubilación.

4.3. Ética de la Inteligencia Artificial y de los procesos robotizados

Si bien ya hemos comentado que el envejecimiento poblacional es uno de los grandes retos que afrontan las sociedades del siglo XXI, al menos al mismo nivel podemos situar los retos tecnológicos y digitales por su poder de transformación en las sociedades y por haberse convertido en un verdadero motor del progreso humano. Si enlazamos estos dos grandes desafíos de la humanidad, el derecho y las profesiones que lo ejercen también deberán desempeñar un papel principal como garantes de que las máquinas cuando interactúan con las personas mayores incorporan principios y valores, es decir, garantizar que actúan y toman decisiones bajo principios tan básicos como los de dignidad, diversidad, no discriminación, igualdad o justicia, entre otros, y que estas generen un impacto positivo en las personas mayores usuarias y en su entorno, así como velar por la responsabilidad jurídica de esas decisiones. Evidentemente, también es una tarea principal para gobiernos y los propios ciudadanos, pero, en la medida en que el derecho es la principal disciplina que articula una sociedad, los profesionales que ejercen la actividad del derecho (esta actividad) deben ser partícipes desde el diseño, implementación y uso de esta tecnología.

En la medida en que los juristas se ponen al servicio de la ciudadanía, es necesario que estos protejan tanto a los desarrolladores de *software* como a quienes lo utilizan y, especialmente, a quienes sufren un daño por su uso y necesitan defender sus derechos. Adicionalmente, los abogados y otros profesionales que ejercen la actividad del derecho, cuando hagan uso de la IA para el desempeño de su actividad, deberán ser conscientes de que la justicia no es un simple algoritmo: es una verdadera virtud humana. Un robot puede tomar decisiones, pero no puede explicar de forma trazable y transparente las razones de su conclusión, razón poco justificable en cualquier ordenamiento jurídico.

Es evidente que la justicia es igual para todos, pero, si cabe, debemos tener especial sensibilidad hacia los colectivos más vulnerables —como es el caso de las personas mayores—, más aun teniendo en cuenta que nos encontramos en un momento absolutamente disruptivo, pues hemos pasado de una situación en la que las máquinas sustituían las capacidades físicas de las personas a un entorno donde las máquinas sustituyen también las capacidades sólo encomendadas *a priori* a los seres humanos, es decir, las capacidades cognitivas de analizar, comprender, aprender, comunicar o tomar decisiones, entre otras.

También será un desafío para el mundo del derecho tratar de regular la ética de la IA. En la actualidad, existen tres modelos de referencia: el modelo chino, fundamentado en la acumulación de datos para el conocimiento y el control de los ciudadanos; el modelo americano, fundamentado en maximizar el beneficio sin tener en cuenta consideraciones éticas; y el modelo de la UE, fundamentado en la protección del ciudadano. Este último modelo es la gran esperanza de la IA en el sentido de articular un marco jurídico a nivel global que garantice el diseño, implementación y uso ético de la IA.

Pero los juristas y los ciudadanos deberemos también ser conscientes que garantizar la ética en los algoritmos no será fácil, pues la ética y la moral es diversa y, por tanto, no sigue un patrón único y universal entre las personas, organizaciones, culturas, sociedades y épocas.

V. EL DERECHO ANTE LOS RETOS SANITARIOS Y ASISTENCIALES

El incremento constante de la esperanza de vida ha provocado un uso mucho más intensivo de los servicios sanitarios y asistenciales de los ciudadanos, así como redefinido el entorno familiar vinculado al anciano. El abogado debe tratar de garantizar el acceso a esos servicios y salvaguardar siempre los derechos del paciente.

5.1. Esperanza de vida sana

Si bien España es uno de los países con mayor esperanza de vida del mundo, no lo es tanto en cuanto a esperanza de vida sana. Y es que, una vez alcanzados los 65 años, de media se viven otros 9 años sin convivir con alguna enfermedad grave o crónica, por los 12 de Alemania⁽³⁵⁾. Además, a partir de los 65 años, los españoles tienen de media otros 12 (13) libre de discapacidad, según el INE⁽³⁶⁾. Es más, el 46% de las personas entre 65 y 74 años valoran su estado de salud como «bueno». Este *envejecer bien* solo es posible si se dan tres circunstancias: seguridad económica, salud y participación social.

De no darse estos tres condicionantes, tendremos más ciudadanos enfermos, con demencia y fragilidad, por lo que la abogacía debe ser, al menos, garante de que todos los ciudadanos tengan las mismas oportunidades en esos tres

(35) JIMÉNEZ, A., «Españoles: los más longevos de la UE pero con más discapacidades y enfermedades crónicas en la vejez», Con Salud, enero de 2020. Disponible en: https://www.consalud.es/pacientes/espanoles-longevos-ue-discapacidades-enfermedades-cronicas-vejez_73690_102.html [Última consulta: 28 de enero de 2021].

(36) INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, «Discapacidad (tasas, esperanza de vida en salud)», junio de 2020. Disponible en: https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259926668516&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout [Última consulta: 28 de enero de 2021].

aspectos vitales. Adicionalmente, y por el hecho de tener una longevidad tan elevada, España es un país especialmente demandante de servicios sanitarios y asistenciales en el colectivo de personas mayores, si bien ponemos especialmente de manifiesto las dificultades de estos en el acceso y seguimiento de las prestaciones por situación de dependencia, y donde la gestión de un jurista se antoja imprescindible.

5.2. Entorno residencial y asistencial

Con la situación de crisis del virus SARS-CoV-2, se ha puesto en evidencia la necesidad de repensar el modelo de atención en general y de exigir unas medidas de control en la gestión. Es una gran oportunidad para pensar en espacios saludables y conectados con la comunidad.

También importante será redefinir el entorno y la calidad del lugar de residencia como factor relevante sobre la calidad de vida de las personas mayores. En este sentido, se está haciendo evidente la necesidad de transformar el modelo residencial para ofrecer diferentes alternativas más inclusivas y sostenibles a un grupo tan heterogéneo como el que conforman las personas mayores.

Cada vez con más intensidad se abre el debate de tratar de procurar una vejez vivida y disfrutada desde el propio domicilio de la persona mayor, contando para ello con ayuda asistencial permanente y que, además, mitigaría, entre otros, el fenómeno de la gentrificación de las ciudades que sufren cada vez más las personas mayores. Estamos ante una tendencia incipiente, pero de gran calado y recorrido: esta es la «nueva economía de los cuidados».

La pandemia de SARS-CoV-2 ha dado también lugar a situaciones particularmente graves en relación a las personas mayores que habitan en residencias, por lo que la litigiosidad contencioso-administrativa, civil y penal (la noticia de referencia dice que esta jurisdicción fue la única con menos asuntos) ha aumentado significativamente desde entonces⁽³⁷⁾. Del mismo modo, el abogado también deberá erigirse como principal asesor y defensor de los propietarios y gestores de estas residencias y centros de encuentro de personas mayores.

5.3. Relaciones familiares

Las relaciones familiares, el ámbito de la vida doméstica y las sucesiones constituyen entornos habituales de intervención de los juristas, si bien la

(37) «El número de asuntos ingresados en los órganos judiciales aumentó en el tercer trimestre de 2020 un 1,7 por ciento respecto a 2019», *El Derecho*, diciembre de 2020. Disponible en: <https://elderecho.com/el-numero-de-asuntos-ingresados-en-los-organos-judiciales-aumento-en-el-tercer-trimestre-de-2020-un-17-por-ciento-respecto-a-2019> [Última consulta: 28 de enero de 2021].

nueva realidad social les exige una mayor especialización en el colectivo de personas mayores. Especialmente sensible será la actuación de los juristas ante el drama de la soledad no deseada de las personas mayores y su consiguiente falta de apoyos familiares, pero también ante situaciones de abuso en el entorno familiar, especialmente, las originadas por situaciones de deterioro intelectual y cognitivo. En este ámbito se deben buscar fórmulas jurídicas que garanticen los derechos fundamentales de estas personas, que incluyan desde el otorgamiento de poderes hasta acudir, en su caso, a fórmulas de tutela y curatela.

En España, cuando una persona envejece, demandan mayoritariamente ser cuidados en una residencia, aunque la realidad es que cerca del 90% afirma que preferiría vivir en su domicilio⁽³⁸⁾. En cualquier caso —y si bien la tecnología ya permite que el contacto entre residente y familiares pueda ser más constante—, están surgiendo alternativas que han ganado mucha popularidad en los últimos años, tales como el *cohousing* o las hipotecas inversas y figuras afines.

Pero atención especial para los juristas merece el drama de la soledad no deseada, situación en la que se encuentran más de 2 millones de personas mayores de 65 años en España⁽³⁹⁾. Esta es, sin duda, una de las grandes epidemias del siglo XXI y una fuente de desigualdades que también se traduce en términos de esperanza de vida. En concreto, se estima que la mortalidad prematura de las personas que se sienten solas se incrementa un 26% de media, o lo que es lo mismo, una pérdida de cerca de 8 años de esperanza de vida respecto de cualquier otra persona que se siente acompañada⁽⁴⁰⁾. Está, por tanto, comprobado científicamente el impacto negativo de la soledad no deseada sobre la salud física, psíquica y, en general, sobre la calidad de vida de las personas que la padecen.

La soledad se relaciona con diversos trastornos psicológicos, aumentando la depresión⁽⁴¹⁾, los pensamientos suicidas y los niveles de agresividad, e incide

(38) INSTITUTO DE MAYORES Y SERVICIOS SOCIALES (IMSERSO), «Encuesta Mayores 2010», 2010, pág. 27. Disponible en: https://www.imserso.es/InterPresent1/groups/imserso/documents/binario/presentacionencuestamayores_20.pdf [Última consulta: 28 de enero de 2021].

(39) UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (UGT), «Urge una Estrategia Estatal de lucha contra la soledad no deseada», febrero de 2020. Disponible en: <https://www.ugt.es/urge-una-estrategia-estatal-de-lucha-contr-la-soledad-no-deseada> [Última consulta: 28 de enero de 2021].

(40) Vid. HOLT-LUNSTAD, J. / SMITH, T. B. / BAKER, M. / HARRIS, T. / STEPHENSON, D., «Loneliness and Social Isolation as Risk Factors for Mortality: A Meta-Analytic Review», *Perspectives on Psychological Science*, vol. 10, núm. 2, 2015.

(41) Vid. DONOVAN, N. J. / WU, Q. / RENTZ, D. M. / SPERLING, R. A. / MARSHALL, G. A. / GLYMOUR, M. M., «Loneliness, depression and cognitive function in older U.S. adults», *International Journal of Geriatric Psychiatry*, vol. 32, núm. 5, 2017.

negativamente en la calidad de vida a través de varias conductas de riesgo como el sedentarismo, tabaquismo, consumo de alcohol, alimentación inadecuada o calidad del sueño. Así, la soledad no deseada se está convirtiendo en una de las mayores amenazas para los sistemas de salud pública, superando incluso el riesgo de otras problemáticas generalizada en las sociedades más desarrolladas como es el caso de la obesidad⁽⁴²⁾.

El mundo del derecho debería luchar decididamente ante este drama social cada vez más extendido. No hay derecho a estar solo. Víctor HUGO ya decía que «el infierno está todo en esta palabra: Soledad». Sin embargo, la soledad no deseada no suele suscitar el interés público, no conforma ningún tipo de reivindicaciones sobre el Estado, no genera conflictividad ni demanda atenciones, servicios específicos o partidas presupuestarias, aunque en algunos países como Reino Unido se ha convertido en una prioridad nacional⁽⁴³⁾, cuya manifestación institucional es la Secretaría de Estado para la Soledad.

Es también importante que el jurista esté cerca de las personas mayores ante posibles situaciones de malos tratos y delitos contra la integridad física y moral de las que la sociedad aún no está tan sensibilizada como sí lo está hacia otros colectivos como los menores o las mujeres. También deberá saber adaptarse a las particularidades de las nuevas formas de familia y convivencia vinculadas a las personas mayores, como son las situaciones de divorcio, matrimonio, estatuto de los hijos mayores convivientes, alojamiento de jóvenes en el hogar con contraprestación de servicios, etc.

VI. EL DERECHO ANTE LOS RETOS SOCIOECONÓMICOS DEL ENVEJECIMIENTO

No sólo somos cada vez más longevos, sino que la esperanza de vida *sana* una vez jubilado es también cada vez mayor y, en consecuencia, empezamos a distinguir diferentes etapas vitales entre las personas mayores. Ya no deberíamos clasificar a las personas mayores de 65 años como un colectivo único en esa llamada «tercera edad». La realidad económica, social y vital de estas personas mayores ya no responde a una barrera marcada por la *edad cronológica*, sino que debería responder a su realidad o *edad biológica*, que, según diferentes

(42) Vid. AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION, «So Lonely I Could Die», August 2017. Disponible en: <https://www.apa.org/news/press/releases/2017/08/lonely-die> [Última consulta: 28 de enero de 2021].

(43) LOCAL GOVERNMENT ASSOCIATION, «Loneliness: How do you know your council is actively tackling loneliness?», June 2018, págs. 4-5. Disponible en: https://www.local.gov.uk/sites/default/files/documents/22.28%20-%20Loneliness%20Must%20Know_02.pdf [Última consulta: 28 de enero de 2021].

estudios biomédicos y actuariales⁽⁴⁴⁾, podría llegar a diferir en hasta 13 (15) años arriba o abajo respecto de la edad de calendario.

Pero, si tuviéramos que distinguir en función de la edad cronológica, deberíamos distinguir, al menos, tres etapas vitales⁽⁴⁵⁾ una vez jubilado. Una llamada «tercera edad», que va desde la jubilación hasta en torno a los 75 años —coincidiendo con la esperanza de vida sana media de los ciudadanos en España (un reciente informe señala los años de vida saludable en 79,2 años)⁽⁴⁶⁾—; una «cuarta edad», que va desde los 75 años hasta los 90 —período donde es habitual convivir con alguna enfermedad grave, crónica o discapacidad—; y, por último, una «quinta edad» desde los 90 años hasta el límite de vida humana, establecido por la comunidad científica en los 120 años⁽⁴⁷⁾. Esta diferenciación es importante, pues los patrones de ocio, consumo, ahorro, necesidades asistenciales, habitabilidad, movilidad, etc. son muy diferentes entre estas etapas vitales.

6.1. Aspectos sociales y de ocio

Partiendo de estas tres realidades vitales donde podría agruparse todo el colectivo de personas mayores, podemos identificar cómo éstas son cada vez más usuarios de actividades de ocio y turísticas, necesitando, por tanto, de la participación del abogado para el disfrute de estas actividades, tales como la defensa de los derechos de los viajeros, alquileres vacacionales, asistencia sanitaria fuera del lugar de residencia, etc.

Con especial atención debemos observar toda la actividad relacionada con las personas mayores extranjeras que vienen a España a disfrutar de su jubilación, y que tendrán una especial necesidad de asesoría jurídica para cuestiones tan básicas como el acceso a la vivienda, sus relaciones con el sistema sanitario, la gestión con las administraciones locales, la fiscalidad, etc.

(44) ABELLÁN GARCÍA, A. / AYALA GARCÍA, A. / PUJOL RODRÍGUEZ, R., «Un perfil de las personas mayores en España, 2017. Indicadores estadísticos básicos», *Informes Envejecimiento en Red*, núm. 15, enero de 2017, pág. 9. Disponible en: <http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/enred-indicadoresbasicos17.pdf> [Última consulta: 28 de enero de 2021].

(45) RODRÍGUEZ PARDO, J. L. / ARIZA RODRÍGUEZ, F., «El modelo de rentas vitalicias de la cuarta edad», *Actuarios*, núm. 42, 2018; ARENAS, G., «Vivir cien años: la revolución de la cuarta edad», *Solidaridad Intergeneracional*. Disponible en: <https://solidaridadintergeneracional.es/wp/vivir-cien-anos-la-revolucion-de-la-cuarta-edad/>

(46) MINISTERIO DE SANIDAD, «Esperanzas de vida en España, 2018», 2020, pág. 5. Disponible en: https://www.mscbs.gob.es/estadEstudios/estadisticas/inforRecopilaciones/ESPERANZAS_DE_VIDA_2018.pdf [Última consulta: 28 de enero de 2021].

(47) Vid. RUIZ-TORRES, A. / BEIER, W., «On maximum human life span: interdisciplinary approach about its limits», *Advances in Gerontology*, 16, 2005.

Otros contextos recientes como el generado por el *Brexit* ha acelerado la necesidad de asesoramiento jurídico entre el colectivo de jubilados británicos en España.

6.2. Economía del envejecimiento

La economía del envejecimiento es ya uno de los grandes motores de la economía en todo el mundo. En la UE, esta mueve cerca de 7 billones de euros, genera 90 millones de empleos y mueve más del 30% del PIB⁽⁴⁸⁾. Adicionalmente, este entorno ha generado un cambio de paradigma en la economía, pasando de una «economía del yo» —del poseer, más habitual en el siglo XX— a una «economía del nosotros» —cuyos pilares se fundamentan en el compartir—.

En los últimos años, la industria de la longevidad ha explotado y se crean multitud de empresas entorno al envejecimiento vinculadas a diferentes industrias como la salud, los servicios asistenciales, la gestión patrimonial, la movilidad, la conectividad, la habitabilidad, el ocio, o la industria farmacéutica y biotecnológica, entre otras. Pero, entre todas ellas, sobresale por su potencial recorrido la industria del «rejuvenecimiento», es decir, la industria vinculada a retrasar el envejecimiento e incluso revertir el proceso de envejecimiento celular.

Por poner algún ejemplo, Steve MATLIN, CEO de *Life Length* —la primera *startup* capaz de leer telómeros—, si bien «rechaza la posibilidad por lo menos a corto plazo de vivir 200 años», asegura que «es factible llegar a los 70 años tan sano como a los 30»⁽⁴⁹⁾. Por otro lado, Jeff BEZOS, CEO de *Amazon*, comenzó hace unos años a diversificar sus inversiones y desviarse de las tradicionales empresas tecnológicas para invertir en las biotecnológicas que «quieren solucionar los grandes problemas de salud de la humanidad, aumentar la esperanza de vida e incluso burlar el envejecimiento»⁽⁵⁰⁾.

(48) Vid. EUROPEAN COMMISSION / TECHNOLIS GROUP / OXFORD ECONOMICS, *The Silver Economy*, 2018. Disponible en: <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/a9efa929-3ec7-11e8-b5fe-01aa75ed71a1> [Última consulta: 28 de enero de 2021].

(49) ZARZALEJOS, A., «La obsesión de Silicon Valley por la inmortalidad: estos son los magnates de la tecnología que se niegan a morir», *Business Insider*, octubre de 2020. Disponible en: <https://www.businessinsider.es/millonarios-silicon-valley-quieren-vivir-siempre-732663> [Última consulta: 28 de enero de 2021].

(50) ZARZALEJOS, A., «Jeff Bezos quiere vivir para siempre: estas son las startups de salud en la que ha invertido el CEO de Amazon», *Business Insider*, agosto de 2020. Disponible en: <https://www.businessinsider.es/5-startups-desconocidas-ha-invertido-jeff-bezos-701175> [Última consulta: 28 de enero de 2021].

Pese a ser la economía del envejecimiento una industria en claro crecimiento y generadora de riqueza y empleo, capaz, incluso, de generar empleo a tasas del 5% de crecimiento anual durante los peores años de la crisis financiera iniciada en 2008, no todo son noticias positivas en torno a la economía del envejecimiento. Porque en países como España o Japón —donde ya se venden más pañales para adultos que para niños⁽⁵¹⁾— nos encontramos ante una economía que, en su conjunto, tiene dificultades para crecer. En la medida en que hay más población jubilada y sin reposición de población asalariada, y puesto que las pensiones son, por lo general, menores que el último salario percibido, el consumo se detrae. Al haber menos consumo, aparecen fenómenos deflacionarios que, a su vez, conllevan tipos de interés sostenidamente bajos. Al ser estos tipos bajos, las entidades financieras tienen pocos estímulos a prestar dinero y, en consecuencia, los hogares, las empresas y el conjunto de la economía productiva no pueden financiarse, provocando el estancamiento de la economía. Este es el fenómeno conocido como «japonización de la economía», que se da en las sociedades envejecidas.

Por tanto, los economistas y juristas deberán tener muy en cuenta que las consecuencias económicas del envejecimiento de la población van mucho más allá de lo que se podría presuponer. El envejecimiento de la población afecta al consumo, a la inversión, a la productividad, al ahorro, al gasto sanitario y a los tipos de interés, entre otras variables. Por eso, es necesario repensar un modelo de sociedad con un enfoque estructural, multidisciplinar e intergeneracional, que considere el crecimiento vegetativo como una variable fundamental para mantener el crecimiento de la economía y de las sociedades.

6.3. Finanzas personales y consumo

La cobertura económica de las necesidades de las personas mayores es uno de los principales retos por razón de edad y sobre las que el jurista debe actuar. Si tenemos en cuenta que, al menos en España, cerca del 20% de los activos líquidos está en manos de personas que padecen algún tipo de demencia senil, el profesional del derecho debe convertirse en valedor y garante de los derechos de administración y gestión adecuada, especialmente, ante una posible pérdida de facultades físicas o cognitivas. Es muy probable que el propio proceso de envejecimiento poblacional altere de forma muy significativa la industria financiera y la economía de los hogares, tanto en los flujos de crédito como en la estructura de los pasivos y los equilibrios financieros.

(51) ESPALLARGAS, A., «En Japón ya se venden más pañales para adultos que para niños», *eEconomista*, diciembre de 2013. Disponible en: <https://www.economista.es/economia/noticias/5424357/12/13/En-Japon-ya-se-venden-mas-panales-para-adultos-que-para-ninos.html> [Última consulta: 28 de enero de 2021].

En un país donde la reposición de población activa está muy comprometida, resultará especialmente necesaria una planificación adecuada en tiempo, forma y cuantía de las finanzas personales, tanto en la fase de acumulación como en la etapa vital de la persona ya jubilada, pues este necesita también saber planificar sus ingresos y ahorros como pensionista conforme a sus expectativas vitales. Ahorrar no es sólo guardar, sino también saber gastar.

La pandemia *SARS-CoV-2* nos ha hecho también reflexionar sobre cuál debe ser el comportamiento de los hogares ante el ahorro, y la necesidad de crear una red de seguridad familiar y profesional a través de un ahorro que permita a las familias mantener su calidad de vida, incluso, ante situaciones extremas y sobrevenidas porque, pese a la percepción que tenemos, en España sí se ahorra, pero mal, pues no se apuesta por el ahorro líquido o finalista, sino mayoritariamente por el ladrillo⁽⁵²⁾.

Parece obvio, por tanto, que necesitamos vivir hoy, pero planificando el mañana porque, al igual que cualquier empresa debe garantizar su liquidez y solvencia para no poner en riesgo su viabilidad, también las familias debemos hacerlo. No debemos olvidarnos que el envejecimiento de la población sigue siendo uno de los principales desafíos de la humanidad en el siglo XXI, y si no ahorramos para esa etapa vital o si disponemos ahora de los colchones de liquidez de los sistemas de pensiones habilitados por el Estado, nos estaremos comiendo hoy el bocadillo de un mañana que, si la ciencia nos acompaña, será afortunadamente muy largo.

Además, debemos entender que ahorrar no sólo es retrasar el consumo del hoy al mañana; ahorrar también permite que el conjunto de la economía productiva se financie, circunstancia de la que todos nos beneficiamos. Es decir, cada uno nos beneficiamos de nuestro propio ahorro, y todos del ahorro de los demás. Por todo esto, nunca dudemos que ahorrar es lo correcto, pues no hacerlo podría ser letal.

Respecto al consumo, el jurista también debe garantizar los derechos de las personas mayores como consumidores, no sólo facilitando su acceso a los productos y servicios, sino también en la formalización de reclamaciones, la gestión patrimonial, el asesoramiento financiero, fiscal y laboral tras la jubilación, o las garantías vinculadas al derecho bancario en la adquisición de productos financieros, hipotecas inversas, seguros, rentas vitalicias, etc.

(52) BANCO DE ESPAÑA, «Encuesta Financiera de las Familias (EFF) 2017: métodos, cambios y resultados desde 2014», núm. 4, 2019, pág. 9. Disponible en: https://www.bde.es/bde/es/areas/estadis/estadisticas-por/encuestas-hogar/relacionados/Encuesta_Financi/eff_2017.html [Última consulta: 28 de enero de 2021].

6.4. Jubilación

En un país en el que la longevidad crece de forma exponencial y las variables demográficas no permiten la necesaria reposición de población activa, parece inevitable que, tarde o temprano, se rompa la tiránica barrera de los 65 años como edad de referencia para la jubilación y quede de alguna manera ligada a la esperanza de vida media. La fórmula que consigue el equilibrio del sistema sería tan sencilla como estimar cuántos años de pago de una pensión digna son soportables por el sistema, y descontarlos sobre la esperanza de vida prevista. Es decir, según la esperanza de vida y expectativas de pagos de la S. S. en 2021, estaríamos hablando de 83 años de esperanza de vida menos 15 de flujos de pagos previstos, magnitudes con las que obtenemos una edad de jubilación real óptima de 68 años. Esta variable debería también ser revisada periódicamente conforme a la evolución de las expectativas de supervivencia y los ingresos de la S. S.

Lo que sí parece claro es que los 65 años de edad de entrada habitual a la jubilación han quedado ya muy obsoletos, pues recordemos que esta referencia se estableció en la Prusia de Otto VON BISMARCK del siglo XIX. Entonces la esperanza de vida era de unos 40 años, y a los 65 tan sólo llegaba con vida el 10% de la población, teniendo una esperanza de vida de otros 9 años una vez llegados a esa edad. En la actualidad, llega con vida a los 65 años más del 90% de la población, y desde ese momento se vive de media otros 22 años más. Según el INE, en el 2050 se estima que en lugar de 22 años aumente a 30 de media⁽⁵³⁾. Por estos motivos parece obvio que el modelo de edad real de jubilación debe ser, cuando menos, repensado conforme a la evolución de la sociedad y del estado de salud y calidad de vida en esa etapa vital.

La participación de la abogacía y del poder legislativo en este asunto será vital para garantizar que se consiga la sostenibilidad del modelo, pero sin menoscabar los derechos y libertades de los ciudadanos. No cabe duda que la edad de jubilación debe estar en el centro de la agenda política de todos los países, pues, si cada vez vivimos más, o ahorramos más, o cobramos menos o trabajamos más tiempo, no hay fórmulas mágicas.

6.5. Envejecimiento activo y talento senior

El EA pasa por que las personas mayores se sientan activos e incluso parte de la economía productiva. Esto resultará fundamental para conseguir el equilibrio de la sociedad y seguir una senda de crecimiento y prosperidad económica.

(53) INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, «Proyección de la Población de España 2014-2064», octubre de 2014, pág. 3. Disponible en: <https://www.ine.es/prensa/np870.pdf> [Última consulta: 28 de enero de 2021].

PLATÓN —que pasados los ochenta años escribió aún alguna de sus mejores obras— sostenía que «los mayores nunca han de dejar de aprender, alegrarse y estar activos». Sirva también de ejemplo el actor norteamericano Clint EASTWOOD, quien a los mayores nunca han de dejar de aprender, alegrarse y estar activos sus 90 años se le cuestionaba cuándo pensaba dejar su actividad profesional, a lo que él respondió: «me gusta lo que hago, tengo salud, estoy feliz, ¿por qué tendría que dejarlo?»⁽⁵⁴⁾. Las nuevas formas de emprendimiento senior, la *gig economy*, la «economía colaborativa» o la «economía circular», constituyen iniciativas que contribuyen a la plenitud de la vida en sus nuevas etapas, como decía ARISTÓTELES «con el sentimiento de una vida vivida».

Para que el EA sea una realidad, resultará fundamental que desde las empresas se enfoque una nueva forma de percibir la vejez, pues esta debe ser puesta en positivo y planificada y gestionada como un proceso continuo a lo largo de la vida laboral de las personas. Por eso, es importante que las empresas lo sepan también gestionar como cualquier otro riesgo empresarial, y acompañen al trabajador en este proceso de envejecimiento, no sólo en relación al ahorro previsional, sino también en lo referente a la gestión patrimonial a la jubilación, el talento senior, el *coaching* en edades próximas a la jubilación o el envejecimiento saludable dentro de la empresa. También será necesario que las empresas ofrezcan oportunidades para que las personas de edad cercana a la jubilación mejoren sus habilidades y aprendan otras nuevas a lo largo de sus carreras laborales. Este último es un requisito imprescindible para fomentar una vida laboral larga.

Además, las empresas deberán aprovechar esta nueva realidad sociológica para favorecer la implementación de una cultura corporativa basada en la diversidad y en las actitudes inclusivas. Porque la diversidad no debe atender a ninguna moda, debe estar en el ADN de la empresa y de las personas que toman decisiones porque es indudable que llegamos más lejos cuando gestionamos desde la diferencia, y no desde la similitud, y no es una cuestión sólo de género o de raza, sino también debemos buscar la diversidad generacional, de conocimientos, de capacidades, etc.

Si entendemos por talento la suma de capacidades y habilidades, parece razonable pensar que las empresas deban apostar decididamente por el *talento senior* y la diversidad generacional. Para ello, deberán establecer políticas de capital humano que implementen estrategias fundamentadas en generar entornos inclusivos donde se compartan conocimientos y experiencias, se generen

(54) MARINAO, V., «¡Feliz cumpleaños Clint Eastwood!», *Ve/vet*, mayo de 2020. Disponible en: <https://revistavelvet.cl/2020/05/31/feliz-cumpleanos-clint-eastwood/> [Última consulta: 28 de enero de 2021].

hábitos saludables, coexistan nuevas formas de flexibilidad y ofrezcan beneficios sociales más específicos para los trabajadores de más edad.

La crisis económica, social y sanitaria vivida con la pandemia del virus SARS-CoV-2, ha expulsado a muchos ciudadanos de sus empleos habituales, pero debemos tomar de ejemplo cómo a lo largo de la historia las sociedades se han repuesto a estas calamidades y los años siguientes a estas han salido sociedades con más valores, equitativas y robustas. Pero esto sólo lo alcanzaremos si contamos con todos, mayores y jóvenes, y todos también entendemos que las formas de trabajo no desaparecen, sólo se transforman. Pero sólo será un éxito si lo abordamos desde la diversidad, el conocimiento y la formación, porque los analfabetos del siglo XXI no serán aquellos que no sepan leer y escribir, sino aquellos que no sepan aprender, desaprender y reaprender.

Una vez más, los juristas serán uno de los principales actores de esta transformación cultural y del mercado laboral, que articule una sociedad más inclusiva y diversa donde no haya ni una sola persona mayor sin un propósito en la vida, porque lo que no nos debería generar ninguna duda es que las sociedades y organizaciones más inclusivas y diversas son también sociedades y organizaciones más robustas y más competitivas.

VII. REFLEXIONES FINALES

Es por todos conocido que la pirámide poblacional en España se está invirtiendo, por lo que, poco a poco, las personas mayores serán el principal segmento de población y, por tanto, los principales demandantes de ocio, consumo, salud y, por supuesto, de servicios jurídicos. Por tanto, debemos tratar de eliminar del imaginario colectivo determinados prejuicios y estereotipos, y entender el envejecimiento como una oportunidad que tiene que ver con la vida, y no con una etapa limitante.

No cabe duda que la mayor supervivencia de las personas a nivel global es uno de los mayores logros de la humanidad. Ahora bien, este hito inédito tiene consecuencias de toda índole, como son la posible quiebra de los pactos sociales e intergeneracionales, el efecto deflacionario del envejecimiento, el esfuerzo presupuestario para atender a las nuevas realidades poblacionales, etc. que nos debe llevar a pensar si el actual sistema es sostenible, o si bien debemos, incluso, repensar el estado de bienestar —o, al menos, tal como hasta ahora lo concebimos—. Lo que no debe cabernos ninguna duda es que ese bienestar a nivel global será mucho mayor si la economía y la sociedad opta por la cooperación, la ayuda o la solidaridad, y siempre bajo un marco jurídico adecuado que lo soporte.

Por tanto, las políticas que se vayan adoptando en el futuro deberán ir acompañadas de un marco jurídico sólido, que refuerce la protección de las personas mayores, especialmente, en casos de extrema gravedad, tales como que estos hayan perdido algunas de sus facultades físicas o cognitivas, o bien no dispongan de los medios necesarios para sobrevivir con dignidad. Esto es, nos urge como sociedad que el derecho facilite a las personas mayores un marco normativo que les sirva de auxilio en su fragilidad y que potencie que sea la propia persona la que decida qué quiere que pase cuando el deterioro le impida decidir o actuar por sí misma.

Las actuaciones desde el ámbito jurídico serán, por tanto, fundamentales para garantizar la seguridad en la vejez y erigirse en una disciplina vital para los ciudadanos, siempre que estos sepan adaptarse a la nueva realidad. Dicha adaptación la deberemos abordar, en todo caso, desde la especialización y el conocimiento, es decir, desde la formación y la capacitación, no sólo en la técnica jurídica, sino también en otras disciplinas con las que el jurista del siglo XXI debe convivir, tales como la tecnología o la bioética, entre otras.

El mundo del derecho y los juristas no deben tener nunca miedo a estas transformaciones sociales; sólo deben asumirlas y encararlas con decisión, porque la abogacía y otras profesiones que ejercen el derecho están en sí mismas profundamente ligadas a la evolución de la humanidad, pues estas surgen y evolucionan a lo largo de la historia como resultado de una necesidad imperiosa de adaptarse a las costumbres sociales, económicas y de comportamiento de todos los ciudadanos. Los juristas han sido actores principales a lo largo de la historia en avances tales como el empoderamiento de la mujer, la educación o la libertad. Especialmente relevante también ha sido el papel de los juristas en la lucha contra las desigualdades sociales y en tratar de erradicar la discriminación por raza o género, entre otras, pero también los ciudadanos esperamos que los profesionales que ejercen el derecho lideren la lucha contra la discriminación por razón de edad.

Desde la MUTUALIDAD DE LA ABOGACÍA esperamos que este Tratado sobre *Derecho y Envejecimiento*, que tengo el honor de cerrar, contribuya a que la sociedad disponga de una referencia robusta para que, desde el derecho, se articulen iniciativas que sitúen la dignidad del anciano en el centro del debate y, de esta manera, alcanzar una sociedad más inclusiva y, por tanto, más justa. Y es que la salud y el bienestar de las sociedades longevas requieren que el derecho juegue un papel absolutamente crucial y estratégico, de tal forma que se traten de garantizar los derechos fundamentales de las personas mayores, y afianzar así entre los ciudadanos los valores propios del mutualismo, esto es, que predominen en nuestras acciones y decisiones palabras tales como solidaridad, compartir, equidad, dignidad y respeto entre todas las personas que conforman una comunidad. Los ciudadanos lo necesitamos y lo esperamos.

VIII. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABELLÁN GARCÍA, A. / AYALA GARCÍA, A. / PUJOL RODRÍGUEZ, R., «Un perfil de las personas mayores en España, 2017. Indicadores estadísticos básicos», *Informes Envejecimiento en Red*, núm. 15, enero de 2017. Disponible en: <http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/enred-indicadoresbasicos17.pdf> [Última consulta: 28 de enero de 2021].
- ABELLÁN GARCÍA, A. / ACEITUNO NIETO, P. / PÉREZ DÍAZ, J. / RAMIRO FARIÑAS, D. / AYALA GARCÍA, A. / PUJOL RODRÍGUEZ, R., «Un perfil de las personas mayores en España, 2019. Indicadores estadísticos básicos», *Informes Envejecimiento en red*, núm. 22, marzo de 2019. Disponible en: <http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/enred-indicadoresbasicos2019.pdf> [Última consulta: 28 de enero de 2021].
- BANCO DE ESPAÑA, «Encuesta Financiera de las Familias (EFF) 2017: métodos, cambios y resultados desde 2014», núm. 4, 2019. Disponible en: https://www.bde.es/bde/es/areas/estadis/estadisticas-por/encuestas-hogar/relacionados/Encuesta_Financi/eff_2017.html [Última consulta: 28 de enero de 2021].
- CORDEIRO MATEO, J. L. / WOOD, D. W., *La muerte de la muerte. La posibilidad científica de la inmortalidad física y su defensa moral*, Deusto, Barcelona, 2018.
- DE ROJAS, F., *La Celestina*, Vicens-Vives, Barcelona, 2013.
- DONOVAN, N. J. / WU, Q. / RENTZ, D. M. / SPERLING, R. A. / MARSHALL, G. A. / GLYMOUR, M. M., «Loneliness, depression and cognitive function in older U.S. adults», *International Journal of Geriatric Psychiatry*, vol. 32, núm. 5, 2017.
- EUROPEAN COMMISSION / TECHNOLPOLIS GROUP / OXFORD ECONOMICS, *The Silver Economy*, 2018. Disponible en: <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/a9efa929-3ec7-11e8-b5fe-01aa75ed71a1> [Última consulta: 28 de enero de 2021].
- FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, *Retos más allá de la sostenibilidad financiera*.
- GEDDES, L., «Human age limit claim sparks debate», *Nature*, October 2016. Disponible en: <https://www.nature.com/news/human-age-limit-claim-sparks-debate-1.20750> [Última consulta: 28 de enero de 2021].
- GRATTON, L. / SCOTT, A., *La vida de 100 años: Vivir y trabajar en la era de la longevidad*, Lettera, Bilbao, 2018.
- HOLT-LUNSTAD, J. / SMITH, T. B. / BAKER, M. / HARRIS, T. / STEPHENSON, D., «Loneliness and Social Isolation as Risk Factors for Mortality: A Meta-Analytic Review», *Perspectives on Psychological Science*, vol. 10, núm. 2, 2015.
- INSTITUTO DE MAYORES Y SERVICIOS SOCIALES (IMSERSO), «Encuesta mayores 2010», 2010. Disponible en: <https://www.imserso.es/InterPresent1/groups/imserso/>

documents/binario/presentacionencuestamayores_20.pdf [Última consulta: 28 de enero de 2021].

LOCAL GOVERNMENT ASSOCIATION, «Loneliness: How do you know your council is actively tackling loneliness?», June 2018. Disponible en: https://www.local.gov.uk/sites/default/files/documents/22.28%20-%20Loneliness%20Must%20Know_02.pdf [Última consulta: 28 de enero de 2021].

MACARRÓN LARUNBE, A., *El suicidio demográfico de España*, Homo Legens, Madrid, 2011.

MINISTERIO DE SANIDAD, «Esperanzas de vida en España, 2018», 2020. Disponible en: https://www.mscbs.gob.es/estadEstudios/estadisticas/inforRecopilaciones/ESPERANZAS_DE_VIDA_2018.pdf [Última consulta: 28 de enero de 2021].

RODRÍGUEZ PARDO, J. L. / Ariza Rodríguez, F., «El modelo de rentas vitalicias de la cuarta edad», *Actuarios*, núm. 42, 2018.

RUIZ-TORRES, A. / BEIER, W., «On maximum human life span: interdisciplinary approach about its limits», *Advances in Gerontology*, 16, 2005.

VOLLSET, S. E. / GOREN, E. / YUAN, C.-W. / CAO, J. / SMITH, A. E. / HSIAO, T. et. al., «Fertility, mortality, migration, and population scenarios for 195 countries and territories from 2017 to 2100: a forecasting analysis for the Global Burden of Disease Study», *The Lancet*, vol. 396, October 2020. Disponible en: [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(20\)30677-2/fulltext#fig2](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(20)30677-2/fulltext#fig2) [Última consulta: 28 de enero de 2021].

Páginas electrónicas

AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION, «So Lonely I Could Die», August 2017. Disponible en: <https://www.apa.org/news/press/releases/2017/08/lonely-die> [Última consulta: 28 de enero de 2021].

ARENAS, G., «Vivir cien años: la revolución de la cuarta edad», *Solidaridad Intergeneracional*. Disponible en: <https://solidaridadintergeneracional.es/wp/vivir-cien-anos-la-revolucion-de-la-cuarta-edad/>

ESPALLARGAS, A., «En Japón ya se venden más pañales para adultos que para niños», *el Economista*, diciembre de 2013. Disponible en: <https://www.eleconomista.es/economia/noticias/5424357/12/13/En-Japon-ya-se-venden-mas-panales-para-adultos-que-para-ninos.html> [Última consulta: 28 de enero de 2021].

EUROSTAT, «Estadísticas sobre sociedad y economía digital-Hogares y particulares», septiembre de 2020. Disponible en: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Digital_economy_and_society_statistics_-_households_and_individuals/es [Última consulta: 28 de enero de 2021].

HERNÁNDEZ, J., «Un ejército de robots “jubilará” a uno de cada tres administrativos españoles», *Voz pópuli*, mayo de 2019. Disponible en: https://www.vozpopuli.com/economia-y-finanzas/ejercito-robots-apunta-reemplazareempleos-administrativos_0_1243676085.html [Última consulta: 28 de enero de 2021].

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, «Esperanza de vida». Disponible en: https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259926380048&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios/PYSLayout [Última consulta: 28 de enero de 2021].

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, «Proyección de la Población de España 2014-2064», octubre de 2014. Disponible en: <https://www.ine.es/prensa/np870.pdf> [Última consulta: 28 de enero de 2021].

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, «Encuesta sobre Equipamiento y Uso de Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares», *Notas de Prensa*, octubre de 2019. Disponible en: https://www.ine.es/prensa/tich_2019.pdf [Última consulta: 28 de enero de 2021].

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, «Discapacidad (tasas, esperanza de vida en salud)», junio de 2020. Disponible en: https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259926668516&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout [Última consulta: 28 de enero de 2021].

JIMÉNEZ, A., «Españoles: los más longevos de la UE pero con más discapacidades y enfermedades crónicas en la vejez», *Con Salud*, enero de 2020. Disponible en: https://www.consalud.es/pacientes/espanoles-longevos-ue-discapacidades-enfermedades-cronicas-vejez_73690_102.html [Última consulta: 28 de enero de 2021].

MARINAO, V., «¡Feliz cumpleaños Clint Eastwood!», *Velvet*, mayo de 2020. Disponible en: <https://revistavelvet.cl/2020/05/31/feliz-cumpleanos-clint-eastwood/> [Última consulta: 28 de enero de 2021].

OLCESE, A., «La digitalización no destruye empleo: los países con más robots tienen paro del 5%», *Voz pópuli*, julio de 2020. Disponible en: https://www.vozpopuli.com/economia-y-finanzas/digitalizacion-empleo-robots-economia-paro_0_1185182196.html [Última consulta: 28 de enero de 2021].

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, «United Nations meeting on antimicrobial resistance», *Bull World Health Organization*, vol. 94, 2016. Disponible en: <https://www.who.int/bulletin/volumes/94/9/16-020916/es/> [Última consulta: 28 de enero de 2021].

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, «Resistencia a los antibióticos», julio de 2020. Disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/factsheets/detail/resistencia-a-los-antibi%C3%B3ticos> [Última consulta: 28 de enero de 2021].

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (RAE), «Envejecimiento». Disponible en: <https://dle.rae.es/envejecimiento> [Última consulta: 28 de enero de 2021].

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (RAE), «Envejecer». Disponible en: <https://dle.rae.es/envejecer> [Última consulta: 28 de enero de 2021].

UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (UGT), «Urge una Estrategia Estatal de lucha contra la soledad no deseada», febrero de 2020. Disponible en: <https://www.ugt.es/urge-una-estrategia-estatal-de-lucha-contra-la-soledad-no-deseada> [Última consulta: 28 de enero de 2021].

ZARZALEJOS, A., «Jeff Bezos quiere vivir para siempre: estas son las startups de salud en la que ha invertido el CEO de Amazon», *Business Insider*, agosto de 2020. Disponible en: <https://www.businessinsider.es/5-startups-desconocidas-ha-invertido-jeff-bezos-701175> [Última consulta: 28 de enero de 2021].

ZARZALEJOS, A., «La obsesión de Silicon Valley por la inmortalidad: estos son los magnates de la tecnología que se niegan a morir», *Business Insider*, octubre de 2020. Disponible en: <https://www.businessinsider.es/millonarios-silicon-valley-quieren-vivir-siempre-732663> [Última consulta: 28 de enero de 2021].

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Carlos María Romeo Casabona

Coordinador del Tratado

*Grupo de Investigación Cátedra de Derecho
y Genoma Humano de la Universidad del País Vasco/EHU*

Ekain Payán Ellacuria y Guillermo Lazcoz Moratinos

Investigadores de la Universidad del País Vasco/EHU.

Grupo de Apoyo del Tratado

*Grupo de Investigación Cátedra de Derecho
y Genoma Humano de la Universidad del País Vasco/EHU*

Con los diversos capítulos que conforman la presente obra se ha tratado de acercar al lector hacia un colectivo humano cuya vulnerabilidad y necesidad de especial protección se viene denunciando desde hace años: las personas mayores. Esta situación ha quedado todavía más patente, si cabe, con motivo de la grave pandemia derivada de la expansión del *SARS-CoV-2*, cuyos efectos especial y gravemente perniciosos para ellas y las directrices para mejorar su situación recorren las páginas de esta obra.

Y es que no debe ignorarse que todos los seres humanos, nacidos o futuros, lo serán potencialmente en un determinado estadio de sus vidas, lo que, a juicio de los promotores de este estudio y de los propios autores, justificaba la imperiosa necesidad de articular una obra específica sobre un área del pensamiento y de la práctica que nos resulta en principio más cercana: el Derecho ante el proceso del envejecimiento y ante las personas mayores en cuanto tales, hasta la fecha inexistente en nuestro país.

Estamos persuadidos de que el lector, una vez llegado a esta parte de la obra, habrá obtenido conclusiones semejantes a las que hemos llegado nosotros, es decir, el Grupo de Apoyo y el Coordinador de este Tratado. Sin querer adelantar lo que hemos establecido como conclusiones y recomendaciones más específicas, se ha podido comprobar que sin perjuicio del marco jurídico que abarca las diversas situaciones y relaciones en las que pueden verse implicadas las personas mayores, muchas veces no son claras, sino, al contrario, complejas y confusas, lo que va en detrimento de la seguridad jurídica; o poco adaptadas a la realidad social actual tan cambiante, lo que dificulta la agilidad que aquélla requiere de forma cada vez más exigente.

En coherencia con la poliédrica perspectiva adoptada, y desde un punto de vista metodológico, esta obra aúna diferentes áreas de conocimiento del Derecho: constitucional (capítulos segundo y tercero), economía y seguros (capítulos decimotercero, decimonoveno y vigésimo), civil (familia y sucesiones, capítulos octavo, noveno, décimo y vigesimosexto), laboral (capítulos cuarto, quinto y sexto), asistencial y social (capítulos primero, undécimo, decimocuarto, decimoquinto, decimosexto, decimoséptimo, decimoctavo y decimonoveno), penal (capítulos decimocuarto, vigesimotercero y vigesimocuarto) y otras (residencias, ocio y sociedad digital, relaciones con la justicia, transhumanismo y nuevas

tecnologías, capítulos séptimo, duodécimo, vigesimoquinto, vigesimoséptimo y vigesimooctavo), además de una mirada final hacia el futuro (Posfacio) y un previo, irrenunciable e imprescindible marco sociológico (capítulo primero).

Una obra tan extensa y a la vez compleja por la pluralidad de materias y enfoques que contiene, sin perjuicio de que formen un conjunto integrado, debía aspirar a extraer, deducir o derivar un conjunto de conclusiones y recomendaciones que fueran más allá del análisis crítico individual. Por consiguiente, hemos pretendido que unas y otras abran nuevas perspectivas, de modo que los poderes públicos, las instituciones privadas, las asociaciones y fundaciones, los ciudadanos en general y las propias personas mayores puedan reflexionar sobre el aseguramiento del pleno ejercicio de los derechos de estas últimas, que, por lo demás, son los mismos que los derechos que ostenta el resto de los ciudadanos. Así lo demuestran una y otra vez las páginas anteriores.

Estas propuestas de reflexión se orientan también a la exigencia de cubrir sus necesidades específicas asistenciales, sociales y de otro tipo, en coherencia con las exigencias de la sociedad actual.

Los poderes públicos y las instituciones privadas deben ser asimismo conscientes de que uno de los caminos decisivos que deben recorrer, ciertamente que no el único, es el recurso a los instrumentos jurídicos adecuados, sea por la vía de nuevas iniciativas legales, sea por la de la reforma y actualización de las vigentes, de modo que nuestros mayores puedan continuar participando en la vida social sin trabas injustificadas en la medida en que lo deseen y, en su caso, reciban la protección y apoyo que sus situaciones particulares así lo demanden, beneficiándose de las ventajas que comporta la llamada era digital, sin tener que sufrir sus aspectos negativos.

Por consiguiente, la presente obra en su conjunto ha pretendido allanar este análisis jurídico, al tiempo que ha identificado algunos de los fallos, limitaciones e incoherencias existentes, recogidas en las conclusiones, y ofrece, a modo de esbozo, propuestas y recomendaciones en el ámbito social y jurídico que pueden contribuir a poner fin a estas situaciones anómalas y a promover el bienestar de nuestros mayores. Unas y otras basadas o inspiradas, de forma libre y no exhaustiva, en las reflexiones apuntadas por los autores de los diversos capítulos y el Posfacio, a los que nos remitimos para una lectura más detallada de las mismas. De este modo, se ofrecen al lector dos niveles de conclusiones y recomendaciones: las que libremente han ofrecido los autores en los capítulos respectivos; y las que exponemos a continuación, de las que nos declaramos responsables los firmantes de esta parte, insistiendo en que han partido de este primer nivel, en ocasiones literalmente.

Para terminar esta introducción a las Conclusiones y Recomendaciones, queremos expresar nuestra absoluta solidaridad con las personas mayores, en las que seguimos viendo, como así lo han venido haciendo nuestros ancestros desde hace tantos siglos, un rico referente de experiencia, sabiduría y prudencia.

I. CONCLUSIONES

Generales

1. Dadas las mejoras en la calidad de vida y la esperanza de esta, la población a nivel mundial está envejeciendo a un ritmo cada vez más alto, provocando que los estándares sociales, económicos y jurídicos y los estereotipos hasta ahora válidos no sean aplicables de igual forma, debiéndose revisar los conceptos de persona mayor, clase pasiva y tercera edad, como sujetos de derechos y destinatarios de regulación normativa y acciones concretas, a veces, no adaptadas a su realidad vital, sobre EA y ocio, así como la inserción de estos fenómenos en la idea del estado de bienestar, necesitado de revisión y de los ajustes pertinentes.

2. El envejecimiento saludable es ya una realidad que, lejos de identificar la «tercera edad» con los 65 años por razón del comienzo de la jubilación, permite trazar nuevas etapas vitales entre los 65 y el límite de la vida humana, identificando y satisfaciendo con mayor precisión sus necesidades.

3. La inversión de la pirámide poblacional convertirá a las personas mayores en las principales demandantes de servicios jurídicos.

4. El SARS-CoV-2 ha llegado a amparar decisiones en un *contexto de guerra*, con una afectación más intensa a los derechos fundamentales y libertades públicas de las personas y, en particular, a los de las personas mayores en cuanto a su acceso asistencial.

5. De no promoverse políticas de natalidad y/o migratorias que modulen el saldo migratorio, la incesante pérdida poblacional dará lugar a una sociedad sobreenvejecida frente a la actual, ya envejecida, y de forma más acusada en la «España vaciada».

6. La cooperación, dignidad o la solidaridad son valores superiores afines al mutualismo que pueden obrar en beneficio económico y social del estado de bienestar, cimentados bajo un marco jurídico que preserve la autonomía y proteja a las personas mayores ante situaciones de vulnerabilidad.

7. Las profesiones jurídicas, en general, y la abogacía, en particular, al poder garantizar más fielmente el ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, se erigen en firmes candidatas para liderar la transformación social y económica.

Derecho Constitucional

8. El siglo XX legó a todos los seres humanos unas oportunidades de longevidad sin precedentes. Sin embargo, los desafíos que el envejecimiento ha hecho patentes en este siglo XXI aún no han sido suficientemente reconoci-

dos por el Derecho español. El desarrollo normativo del art. 50 de la CE que en su segundo inciso encomienda a los poderes públicos la promoción del bienestar de las personas de la tercera edad mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio, hasta ahora impulsado por parte de aquéllos, se ha mostrado insuficiente, y con ello sus acciones para erradicar cualquier forma de prácticas discriminatorias por motivos de edad.

9. En el marco jurídico nacional y, ante todo, internacional, se observa un reconocimiento expreso de que los colectivos de personas mayores experimentan manifestaciones específicas de discriminación y desigualdad que se traducen en la vulneración de sus derechos fundamentales.

10. Históricamente y en todas las culturas, las personas mayores han merecido respeto y veneración por su sabiduría y ecuanimidad basadas en el conocimiento, la madurez y la experiencia. Por desgracia, también han padecido de gerontofobia —estereotipificación y discriminación—.

11. Factores como la prolongación de la esperanza de vida, las tendencias demográficas mundiales y los ingentes recursos económicos que se precisan para su existencia y mantenimiento, han acrecentado dicha discriminación en ámbitos como la política, el entorno laboral y económico, el ámbito social, educativo y cultural, o en el sector de las prestaciones sanitarias, como ha puesto de manifiesto la pandemia del *COVID-19*.

12. Del art. 15 CE no cabe inferir un derecho a la disponibilidad de la propia vida o un «derecho a la muerte», sino una libertad o facultad de disposición individual no exigible ante terceros (*agere licet*). Ahora bien (y a salvo de las excepciones establecidas por el TC en materia penitenciaria), tampoco existe el deber de vivir en contra de la propia voluntad o por medio de imposición coactiva del Estado o particulares.

13. No existe un derecho constitucionalmente fundamentado a desplazar la decisión de vivir en favor de terceros, aunque la CE no se opone a que éstos participen de ella, siempre que su titular conserve pleno control sobre el proceso y se preserven las garantías constitucionalmente exigibles.

Economía y seguros

14. La desigualdad económica, manifestada en el lugar de residencia, influye directamente en la esperanza de vida y, en último término, en la mortalidad.

15. El cambio en la naturaleza de la estructuración legal de las tontinas evidencia una superación contemporánea de su concepto original: ya no es una asociación de personas que buscan una forma de previsión para su vejez, sino

que se trata de una específica y un tanto exótica subclase del ramo de seguro de vida, legalmente conceptualizada como operación contractual, si bien carente de toda relevancia corporativa, esto es, sin personalidad jurídica desde al menos la perspectiva del legislador de intervención y del regulador de seguros.

Derecho Civil (familia y sucesiones)

16. La regulación de las relaciones de familia, con su corolario, el Derecho de sucesiones y el deber de alimentos, tienen aún como base la familia nuclear compuesta por unos padres casados con hijos habidos dentro del matrimonio y una relación con los ascendientes de los que se heredaba a una edad temprana. Se trata de un modelo de familia decimonónico que en muchos casos ha sido ampliamente sobrepasado por la realidad sociológica del siglo XXI.

17. Pese a las modificaciones a las que se ha sometido la regulación de la institución familiar en los sistemas jurídico-privados continentales, lo cierto es que sus principios rectores siguen anclados en un modelo de familia que ha evolucionado hacia estructuras muy diferentes: nuclear o biparental, monoparental, sin hijos, compuesta (formada por varias familias), adoptiva, homoparental, extensa o comunal, etc.

18. Con la creación de los Juzgados de Familia hace casi 30 años, el legislador justificó la disparidad territorial de su establecimiento, en función del número de asuntos de este tipo dentro de un partido judicial, reconociendo así el beneficio de que estos temas, tan importantes para los ciudadanos, los tramiten y enjuicien los Jueces de Familia. Esta decisión regulatoria ha provocado un acceso desigual a la jurisdicción especializada ya que en una gran parte de las localidades españolas con una población empadronada relativamente elevada no existen Juzgados de Familia.

19. En relación a las personas mayores con discapacidad, por parte de diversas fiscalías se han identificado situaciones en las que personas que ostentan la tutela o guarda de hecho han impedido el acceso de otros familiares o allegados a las viviendas en las que habitan, o han dado instrucciones a la dirección de las residencias donde se encuentran internadas para que no permitan el acceso de aquéllos. Estos comportamientos constituyen una limitación abusiva de derechos fundamentales que afecta al derecho de las personas con discapacidad a relacionarse libremente con sus parientes y allegados.

Derecho Laboral

20. Los sistemas articulados actualmente, con su exceso de requisitos y exigencias para los jubilados y las empresas, no permiten una compatibilización efectiva de la jubilación y de las actividades laborales y profesionales.

21. Los solicitantes, partícipes y beneficiarios de planes de pensiones privados ofrecidos por las entidades financieras no suelen ser informados previamente, o no lo son de manera suficiente, en el momento de su adhesión al plan, de manera *adecuada, clara, no engañosa, comprensible, sencilla y gratuita*, de modo que les permita fundamentar sus decisiones de ahorro-previsión, conforme a su edad y a sus riesgos personales, principalmente, la jubilación/longevidad con un conocimiento previo del contenido de las obligaciones y de la evolución de sus derechos en el plan de pensiones pretendido.

Asistencial y social

22. La función de la actividad médica no solo consiste en la curación, prevención o sanación, sino también en la mitigación del dolor y el sufrimiento, lo que resulta factible a través de los cuidados paliativos en los estadios más avanzados de los enfermos terminales incurables y en la atención asistencial especial de las personas dependientes.

23. El consentimiento y la información previa son mandatos legales que dan cumplimiento a la autonomía o autodeterminación que asiste a todo paciente, con independencia de las afecciones que pueda padecer por razón de su patología, y que sirven para reforzar la relación asistencial médico-paciente.

24. Aquellos supuestos en los que el individuo carece de toda capacidad intelectual hasta el punto de impedir la exteriorización de su voluntad han llevado a algunas voces a advertir sobre una Medicina excesivamente técnica y despersonalizada.

25. Los cuidados paliativos no solo son lícitos, sino que su oferta constituye, de un lado, un deber para el colectivo médico y, de otro, un derecho para el paciente, debiendo ir, más allá de su inclusión formal en la cartera de prestaciones del SNS, a su implantación efectiva en la red de los hospitales de todo el país, lo que, desgraciadamente, todavía no se ha satisfecho.

26. No hay una verdadera conciencia social sobre lo que podría ser en el primer mundo una de las «epidemias» sociales del siglo XXI: la soledad, una patología invisibilizada que ya está produciendo sufrimiento en todos los grupos de edad, pero señaladamente entre las personas mayores.

27. El SARS-CoV-2 ha puesto de manifiesto la necesidad de repensar el modelo residencial, procurando alternativas inclusivas, saludables y sostenibles.

28. Sólo cuando el paciente se encuentre ante un proceso terminal, irreversible y con desenlace de muerte inminente podrá optarse lícitamente por su no reanimación.

29. La muerte de los seres vivos pluricelulares no se produce, por lo general, en un único acto, sino que forma parte de un proceso de deterioro biológico que culmina con la destrucción orgánica. Es en este proceso donde ha de identificarse el momento de irreversibilidad, al que se asocia la muerte cerebral por ser esta la que rige sobre otras funciones esenciales del organismo, tal y como se evidencia en materia de trasplantes de órganos.

30. La muerte no solo implica el fin de la vida humana, sino del estatuto jurídico de la persona, es decir, de los derechos y obligaciones que lo componen.

31. Pese a que las mujeres presentan una esperanza de vida más elevada, los hombres declaran llegar a la edad de jubilación en mejores condiciones. Del análisis en clave de perspectiva de género de la evolución del papel de la mujer en el matrimonio, la educación y el trabajo, vemos cuán importante resulta la igualdad de derechos políticos, sociales y civiles durante todas las etapas de la vida de una persona para asegurar su dignidad.

32. Una parte reseñable de las discriminaciones que pueden tener consecuencias en la vejez se producen mucho antes de que la persona llegue a la edad de jubilación; siendo mucho más intensas en las mujeres, en términos de vulnerabilidad. Mientras que otras tienen lugar conforme se van cumpliendo los años, de acuerdo con los estereotipos que, en no pocas ocasiones, se asocian al envejecimiento con la idea de una persona improductiva y dependiente.

33. Se observa la prevalencia crónica de determinadas enfermedades durante la vejez, constatando al mismo tiempo obstáculos legislativos (ausencia de desarrollo, tanto aplicativo como reglamentario) y competencias para una APS integrada.

34. El aumento de la esperanza de vida ha dado lugar a la preponderancia de un tipo de paciente crónico, con frecuencia dependiente y envejecido, que requiere de una asistencia sanitaria y social durante muchos años. Esta situación ha conducido a que la actividad sociosanitaria haya adquirido una gran importancia en las sociedades modernas, ya que no se proyecta exclusivamente sobre los problemas de salud, sino también hacia las necesidades de cuidado psicológico y social, para favorecer en definitiva una atención integral de la persona.

35. Aquellos supuestos en los que el individuo carece de toda capacidad intelectual hasta el punto de impedir la exteriorización de su voluntad han llevado a algunas voces a advertir sobre una Medicina excesivamente técnica y despersonalizada.

36. El consentimiento y la información previa son mandatos legales que dan cumplimiento a la autonomía o autodeterminación que asiste a todo

paciente, con independencia de las afecciones que pueda padecer por razón de su patología, y que sirven para reforzar la relación asistencial médico-paciente.

37. La función de la actividad médica no solo consiste en la curación, prevención o sanación, sino en la mitigación del dolor y el sufrimiento, lo que resulta factible a través de los cuidados paliativos en los estadios más avanzados de los enfermos terminales incurables.

38. Hay un camino muy importante todavía por recorrer para aumentar los estándares de calidad de la atención sociosanitaria y la protección de las personas atendidas, como se ha puesto de manifiesto durante la grave pandemia del *COVID-19*. En relación con ella, la red sanitaria consiguió dar una respuesta a los pacientes, no sin dificultades y confusión, y con las limitaciones derivadas del desconocimiento científico del virus, mientras que la red sociosanitaria, particularmente los centros de mayores, sufrió con especial dureza los embates de la crisis en muy variados aspectos, como el abandono y la discriminación en el acceso a los tratamientos intensivos, registrando altísimos índices de mortalidad por contagios entre las personas mayores residentes en dichos centros.

39. Dependencia y discapacidad son situaciones administrativas que comparten una necesidad asistencial. Con la última reforma del CC ya no se requiere una sentencia firme que declare la incapacidad de una persona. Las personas discapacitadas solo tienen que solicitar apoyos necesarios establecidos legalmente.

40. La adopción de medidas de apoyo para personas discapacitadas constituye una respuesta de protección personal y patrimonial para las mismas. El acceso total, por medio de su publicidad registral libre, si bien controlado, de la resolución judicial adoptando estas medidas puede favorecer la formalización de negocios jurídicos y evitar incurrir en hechos delictivos.

Derecho Penal

41. Los cuidados paliativos pueden perseguir, además de una mejora de las condiciones del paciente, una finalidad curativa e, incluso, un aumento de su esperanza de vida. Se pone en valor la vigencia de los derechos a la dignidad humana y autonomía de la voluntad del paciente establecido en la LAP para rechazar, o no, la asistencia sanitaria.

42. Debe atenderse al tratamiento penal de la ancianidad, dado el aumento tanto de los delitos patrimoniales como de los internamientos penitenciarios en el segmento de más de sesenta años. Se precisa de políticas de excarcelación anticipada o suspensión definitiva para aquellas personas de edad avanzada que padezcan una enfermedad física o mental, debiendo re-

nunciarse a su ejecución cuando pueda ser innecesario o contraproducente para la salud, lo que requiere de una taxatividad mayor. A la consecución de la anterior pueden coadyuvar los mismos criterios que rigen para la concesión de indultos particulares.

43. El requisito del tercer grado en el modelo ordinario para la concesión de la libertad condicional a personas mayores de setenta años resulta inconveniente, injustificado y contradictorio, colisionando, además, con la cláusula de seguridad. Subsidiariamente, deben constituirse unidades dependientes, establecimientos geriátricos o módulos diferenciados, que permitan la conciliación familiar de este grupo de internos y la optimización de recursos en regímenes especializados.

44. La vulnerabilidad de las personas mayores, en particular, con capacidad modificada, limita su capacidad de defensa y denuncia ante tipos penales contra la integridad física y moral.

45. Se sostiene la equivalencia penal entre sustento y alimentos del ámbito civil, entendiéndose como la obligación de prestar alimentos, habitación, vestido y asistencia médica, dotando así de contenido a la remisión normativa del art. 226.1 CP.

46. La protección penal de la persona mayor se encuentra diseminada en preceptos del CP por medio de agravaciones genéricas y específicas, por lo que se requiere su sistematización, así como un endurecimiento de esta respuesta cuando suponga un ataque a la dignidad humana.

Otras (residencias, ocio, relaciones con la justicia, transhumanismo y nuevas tecnologías)

47. En materia de vivienda y residencias especializadas, se constata una fragmentación normativa en la regulación de figuras como el acogimiento familiar, las viviendas tuteladas o los hogares asistidos, no habiendo razones que justifiquen tal fragmentación, al igual que tampoco hay ninguna razón que justifique que muchas CCAA no hayan regulado dichas figuras o que en unas comunidades una vivienda tutelada tenga una capacidad inferior a 5 plazas, caso de Canarias; en otras tenga que ser inferior a 14, como en el País Vasco; o en Castilla La Mancha un mínimo de 5 y un máximo de 10.

48. El *SARS-CoV-2* ha puesto de manifiesto la necesidad de repensar el modelo residencial, procurando alternativas inclusivas, saludables y sostenibles.

49. Los programas concretos vigentes en la legislación actual de turismo y termalismo social, si bien tienen un éxito incontestable, no son suficientes para alcanzar las inquietudes de la mayor parte de las personas potencial-

mente beneficiarias de estos programas, en atención a los propios requisitos establecidos. No se encuentran publicadas las acciones concretas llevadas a cabo en consecución de las medidas públicamente propuestas frente al EA en materia de asociacionismo y voluntariado. No se encuentra la oferta concreta para los mayores y el presupuesto aplicado llega únicamente a grandes entidades para acciones de cuidados de mayores.

50. El fomento y promoción del EA a través del ocio, tiempo libre, asociacionismo y voluntariado tiene un efecto positivo indudable mediante la participación activa de las personas mayores en actividades sociales en dichos ámbitos, sin comportar un coste presupuestario añadido.

51. Pronto la economía destinada a personas de edad avanzada será la economía principal a nivel global, si el ritmo del envejecimiento poblacional crece de acuerdo con las previsiones vigentes, lo que obligará a tomar medidas concretas destinadas al ocio y tiempo libre de los mayores.

52. Las TIC incrementan las posibilidades de comunicación interpersonal (vía correo electrónico, redes sociales, chats, etc.) evitando el fenómeno del aislamiento social que tiende a acrecentarse con la edad, dan lugar a nuevas fórmulas de prestación sanitaria (telemedicina) o de asistencia social (teleasistencia) y permiten un acceso amplísimo a fuentes de información o la cultura y el entretenimiento. No obstante, resulta palmario a la luz de los estudios realizados en la esfera nacional e internacional la importante incidencia de la brecha digital con respecto a las personas de mayor de edad.

53. La robotización y la telemedicina pueden transformar la asistencia sanitaria, reduciendo la soledad no deseada.

54. El Derecho debe asegurar que la IA incorpore principios éticos compatibles con la dignidad, igualdad, no discriminación o justicia, entre otros, y que no contengan sesgos algorítmicos que puedan violarlos.

55. Ámbitos como los de la participación política, la gestión de los servicios públicos o la interrelación con la administración se vehiculan de manera creciente a través de las TIC, lo que implica la necesidad de implementar intervenciones importantes en relación con los colectivos más vulnerables frente a la brecha digital (siendo en este punto uno de los más afectados el grupo poblacional de personas de mayor edad). Cabe colegir en todo caso que el colectivo de personas de mayor edad no es, a estos efectos, un grupo totalmente homogéneo. Aspectos tales como el nivel educacional o el nivel de empleo anterior a la jubilación inciden de manera fundamental en la competencia digital de los mayores.

56. El desarrollo biotecnológico aspira no solo a mejorar la calidad de vida de las personas de edad avanzada, sino a prolongar su esperanza de vida

o a revertir el proceso de envejecimiento, cuyo fin último es la inmortalidad. Esta promesa es asumida por la corriente transhumanista, que asocia el envejecimiento a la noción de enfermedad, y cuya vinculación podría justificar su aplicación; sin embargo, esta no es pacífica y puede enmarcarse dentro del espectro de la mejora humana.

57. Los postulados del transhumanismo, que culminarían en la ulterior fase posthumanista, tendrían un impacto directo no solo en el campo bioético, sino en los derechos fundamentales a la dignidad, identidad, igualdad y no discriminación de las personas mayores. También tendría repercusiones fiscales en el sistema público de pensiones y en los recursos asistenciales del SNS.

58. En ocasiones, determinadas prácticas empresariales y de las administraciones públicas conducen a una suerte de “muerte civil” (dejan de existir socialmente) para sus antiguos empleados, al privarles de modernos medios tecnológicos de comunicación personal (como el mantenimiento de la dirección de correo electrónico de la empresa) y no facilitarles la remisión de otros correos postales a la dirección personal del empleado tras la jubilación.

II. RECOMENDACIONES

1ª Dado el carácter transversal de los derechos constitucionales reconocidos en el art. 50 CE, debe desarrollarse por los poderes públicos un derecho de la vejez que considere a la persona mayor un fin en sí, y elaborarse instrumentos jurídicos que dignifiquen a los ancianos respecto a pensiones, salud, vivienda cultura y ocio, además de otras iniciativas que promuevan la solidaridad con estas personas y prevengan la discriminación, la exclusión y la soledad de las mismas.

Es preciso hacer partícipe de este cambio al conjunto de la sociedad, capacitando, educando y formando a jueces, abogados, notarios, docentes, investigadores, entre otros.

2ª El Decálogo de los DD. HH. de las personas mayores en situaciones de pandemia (vid. Anexo) debería ser implementado por los poderes públicos con el apoyo del sector privado más cercano, dando cabida explícita, cuando ello sea necesario, a sus reivindicaciones en nuestro ordenamiento jurídico.

3ª De modo semejante, se invita a las instituciones interesadas a la elaboración de un Decálogo relativo a los derechos fundamentales y constitucionales de las personas mayores en general.

4ª Debe empoderarse y hacerse partícipe a las personas mayores en los actos económicos, legislativos y sociales, siguiendo los principios éticos de

la «nueva economía de la inclusión», «economía del bien común» o del «mutualismo».

5ª El derecho debe velar porque la conectividad sea una realidad en los núcleos rurales, paliando la soledad de quienes allí habitan y que afectan a su autoestima, calidad de vida y EA.

6ª Ante el aumento de la litigiosidad, el abogado debe asesorar y asistir a los operadores y centros asistenciales de personas mayores, así como a estas mismas personas, fomentando su especialización en este sector, con el apoyo del CGAE, de los Colegios de Abogados y de la Fundación Mutualidad Abogacía.

7ª Es necesario un tratado internacional específico de ámbito universal o europeo que proclame los DD. HH. de las personas mayores y adopte medidas contra su discriminación, dando visibilidad al problema y estableciendo los mecanismos necesarios para garantizar real y efectivamente la igualdad de trato.

8ª La legislación interna estatal y autonómica debería seguir las prescripciones y directrices normativas internacionales en favor de los derechos de los mayores y contra su discriminación y estigmatización, que abarque todos los niveles en los que se produce.

9ª Deben introducirse diversas medidas dirigidas a la prevención o eliminación de prácticas o situaciones discriminatorias en las personas mayores, principalmente en el ámbito político, sanitario, laboral, económico y educativo.

10ª El derecho a la información financiera para las personas a punto de jubilarse, debería abarcar estos aspectos:

- 1) Definir el concepto de consumidores de edad avanzada.
- 2) Formar en normas deontológicas y en comportamientos éticos a los distribuidores de productos financieros.
- 3) Incorporar un criterio adecuado sobre el tamaño mínimo de la letra minúscula en la información en papel, así como de medidas protectoras tanto en la comercialización a distancia como en la de productos PRIIPS.
- 4) Desarrollar reglamentariamente y remitir a los trabajadores a una edad razonable el llamado «sobre naranja».
- 5) Incorporar previsiones en materia de gobernanza de productos.

11ª La reducción de la vulnerabilidad del cliente de mayor edad en el ámbito de los servicios y productos financieros, reclama una reflexión sobre la capacidad de las herramientas normativas actuales para abordar de manera eficaz esta problemática.

12ª Es necesaria una modificación legislativa de conjunto de las relaciones civiles contempladas en el Derecho de Familia que dé respuesta a las nuevas necesidades a partir de un modelo distinto del actual. La familia y sus necesidades deben integrar la realidad de las personas mayores sin que este capítulo se viva como una carga o una responsabilidad excesiva, facilitando que se alcancen nuevos equilibrios en la vida de las familias.

13ª Para que los ciudadanos, con independencia de lugar donde residan y de acuerdo con el mandato igualitario de la CE, disfruten del mismo derecho a acceder a una justicia de calidad y especializada, es necesario crear formalmente la jurisdicción de familia, con juzgados, fiscales y abogados especializados en la materia en la que se incluyan todos aquellos aspectos que afecten a la familia, incluida las parejas de hecho. Asimismo, la especialización actual de los Juzgados de Familia va mucho más allá que conferir competencias exclusivas y excluyentes a un Juzgado, debiendo garantizarse la formación especializada de jueces, fiscales, letrados de la administración de justicia y abogados en materia de familia.

14ª En los testamentos notariales se suele incluir —y es recomendable que así se haga— una cláusula en la que expresamente se dice que el testamento revoca y deja sin efecto cualquier testamento anterior.

15ª En lo que se refiere a la sostenibilidad y viabilidad económica del sistema de pensiones, destacan tres recomendaciones:

1) La promoción de medidas que aproximen las bases de cotización de los trabajadores autónomos a sus ingresos reales.

2) El fomento de instrumentos de ahorro a medio y largo plazo que complementen a las pensiones públicas.

3) La inclusión de los trabajadores dentro del sistema, la revisión del tratamiento que merecen las situaciones de pluriempleo y pluriactividad y la previsión de mecanismos que palien los problemas de infracotización que pueden plantear los trabajos atípicos que se llevan a cabo a través de plataformas digitales y se caracterizan por ser esporádicos o marginales.

16ª Respecto al momento de la jubilación y su compatibilidad con la continuidad de actividades laborales, destacamos dos:

1) Buscar soluciones para garantizar una compatibilización efectiva de la jubilación y las actividades laborales y profesionales que al mismo tiempo consiga una sostenibilidad a corto y medio plazo del sistema de pensiones.

2) Tomar en consideración las preferencias de las personas que acceden a la jubilación, ya que muchas desearían continuar trabajando. En esta dirección apunta el Pacto de Toledo de 2020 en su R 12ª (necesidad de aproximar la edad

efectiva de jubilación con la edad ordinaria de jubilación, fomentando la permanencia de trabajadores en activo y profundizando en la prolongación voluntaria de la vida laboral más allá de la edad ordinaria de jubilación).

17ª Debe existir una política de buenas prácticas, buen gobierno y transparencia sobre los planes de pensiones, en los que se adopten los modelos de conducta así como las medidas organizativas de cumplimiento en la prevención y evitación de los conflictos de intereses, para un mejor análisis de los potenciales riesgos y de los potenciales perjuicios a los intereses legítimos de los partícipes y beneficiarios destinatarios de estos productos y que, en su caso, sean informados adecuadamente con tiempo suficiente en el momento de la contratación, de la comercialización y durante la vida del contrato.

18ª Deberían adoptarse las propuestas de la OMS en las que exhorta a los organismos asociados a ella:

1) *A que presten apoyo y contribuyan a la consecución de la Estrategia y plan de acción mundiales sobre el envejecimiento y la salud.*

2) *A que mejoren y respalden el bienestar de las personas de edad avanzada y a quienes cuidan de ellas, mediante una provisión adecuada y equitativa de servicios y de asistencia.*

3) *A que proporcionen apoyo a las investigaciones y la innovación y acopien datos sobre las posibilidades de promover el envejecimiento saludable en contextos diversos.*

4) *A que proporcionen apoyo al intercambio de conocimientos y experiencias innovadoras.*

5) *A que promuevan activamente el envejecimiento saludable a lo largo del ciclo de vida y combatan la discriminación por motivos de edad.*

19ª En el acceso a los cuidados paliativos, se recomienda ser especialmente sensible a las necesidades familiares, espirituales o religiosas, o socio-laborales del paciente, contemplando incluso el alta, siempre que concurren las condiciones clínicas y familiares adecuadas, a fin de que pueda terminar sus días en la intimidad familiar.

20ª Hubiera sido muy oportuno incluir los cuidados paliativos, las unidades del dolor y el tratamiento de las personas dependientes en el debate sobre la despenalización de la eutanasia y haber ofrecido éstos con más intensidad en la LORE como pasos anteriores y disuasorios de la eutanasia, por lo que deberían promoverse los mismos de forma paralela al establecimiento de las infraestructuras organizativas legales que se requieren para la prestación de la llamada ayuda a morir.

21ª Es necesario profundizar en la delimitación clara y precisa del concepto de enfermedad terminal, que tenga como sustento una alteración grave de la salud de evolución irreversible condicionante de un pronóstico de muerte en corto espacio de tiempo. Revisar la vinculación en exclusiva de la enfermedad terminal a los cuidados paliativos. Separar en el CP, por un lado, las formas punibles de participación en el suicidio de un tercero de, por otro, la regulación de la eutanasia.

21ª Deben tomarse en consideración los aspectos de género presentes en múltiples y variadas esferas de la vida, elaborando para ello políticas públicas a partir de la recogida y análisis de datos que permitan dimensionar la magnitud del problema.

22ª Es imprescindible disponer de una mayor coordinación sociosanitaria que evite disfunciones entre los servicios asistenciales autonómicos y mejore la calidad de vida de las personas atendidas.

23ª La relación sociosanitaria entre los profesionales sociosanitarios y las personas atendidas evidencia similitudes con la relación clínico-asistencial que se desarrolla entre los profesionales sanitarios y los pacientes, pero también particularidades que la hacen diferente. En consecuencia, es deseable mejorar la coordinación de los dos ámbitos de actuación.

24ª El estatuto de los derechos y deberes de las personas atendidas en el ámbito sociosanitario, construido por medio de leyes sectoriales aprobadas a instancia de las CCAA debe consolidarse, armonizarse y completarse en todo el Estado.

25ª Debería introducirse una circunstancia agravante en el art. 22 CP que sea aplicable a cualquier delito cuando el sujeto pasivo se halle bajo desvalimiento o especial vulnerabilidad por razón de edad, enfermedad, situación o discapacidad del art. 25 CP, descartándose que deba promulgarse una ley específica integral a estos efectos.

26ª Es imprescindible destinar un mayor número de recursos humanos y materiales con el fin de agilizar las ayudas a las personas discapacitadas, así como la necesidad de que los operadores jurídicos intervinientes tengan especialización en la materia.

27ª Es inaplazable acometer una reforma legislativa del sistema de ejecución de penas que grave sobre los principios informadores de igualdad, diversidad y normalización.

28ª Debería reflexionarse sobre la conveniencia de extender la responsabilidad penal por desatención o falta de asistencia necesaria para el sustento de personas mayores vulnerables en el art. 226.1 CP, además de al cónyuge, descendientes o ascendientes, a terceros que estén obligados a ello por me-

dio de contrato, testamento u otro negocio jurídico. Asimismo, incluir en el art. 229 CP, junto al abandono de una persona con discapacidad necesitada de especial protección, el abandono de una persona de edad avanzada especialmente vulnerable.

29ª Debe promoverse un fácil acceso a la justicia por parte de las personas mayores, especialmente de quienes residen en la llamada «España vaciada», adaptándose dicho acceso a las circunstancias y necesidades de estas personas, en particular todas aquellas medidas que tiendan a un trato más personalizado.

30ª Se exhorta la adopción de medidas personales, organizativas y tecnológicas que faciliten el acceso, comunicación y cumplimiento de las obligaciones de las personas mayores con las diversas AAPP, en especial de aquellas que residen en áreas geográficas más despobladas y carentes de este tipo de servicios, prestándoles el apoyo que necesiten para garantizar una comunicación ágil y eficiente.

31ª En materia de vivienda y residencias especializadas, la fragmentación normativa constatada solo encontraría justificación en caso de que las diferencias redundasen en un aumento del bienestar y de la calidad de vida de nuestros mayores, por ende, lo que debería realizarse es una armonización legislativa a la luz de las competencias de las CCAA, homogeneizando todas las regulaciones en favor de la más favorable.

32ª Los poderes públicos deberían promover la figura de los hogares asistidos, como figura que aportará más calidad de vida al sector poblacional que viene y/o que sería deseable que viniese: mayores con energía, activos con actividades. Es previsible que estos hogares fueran considerados los propios, a la vez que contarían con los medios para que, sin ser dependientes, pudiesen disfrutar de esta etapa vital.

33ª Debe mejorarse la publicidad institucional y formal, en particular la página web del IMSERSO, facilitando su acceso sobre las medidas aprobadas frente al EA, y deben crearse acciones y programas concretos dirigidos a los mayores para el fomento del asociacionismo y del voluntariado.

34ª Deben revisarse y, en su caso, adaptarse de leyes y normativa transversal ya en vigor (deportes, voluntariado, asociaciones, subvenciones, etc...) para la incorporación expresa de las personas mayores como destinatarios y sujetos activos de las medidas previstas en dichas normas.

35ª Deben revisarse los programas y bases de convocatorias de subvenciones públicas destinadas a entidades sin ánimo de lucro que prevean incorporar o incluir acciones concretas en materia de ocio, deporte, tiempo libre, cultura, etc...para personas mayores como participantes o colaboradores.

36ª Deben promoverse **acciones de fomento, educación y enseñanza de los valores intrínsecos y no sólo funcionales de las personas mayores**, la sensibilización social de la fractura de los estereotipos sobre los mayores, fomentar conocimientos, capacidades y habilidades y procurar la participación directa e intergeneracional en asociaciones, clubes, fundaciones, acciones de voluntariado y otras semejantes.

37ª **Debe evitarse la sobredigitalización en las relaciones con las personas mayores, sin perjuicio de fomentar el aprendizaje y familiarización con su uso, incluso para fines privados, a través de diversas iniciativas, que incluyan la colaboración de las asociaciones y fundaciones que las representan y/o velan por ellas.**

38ª **Debe promoverse la divulgación y educación sobre la importancia y el peso específico de los mayores en la economía, desmitificación de los conceptos de clases pasivas en el tejido económico.**

39ª **Arbitrar una deliberación interdisciplinar y participativa a escala transnacional y nacional que involucre no solo a la Ciencia y la Bioética, sino también al Derecho, a la sociedad civil y, en particular, a sus colectivos más vulnerables, de los que forman parte inescindible las personas mayores, y cuya opinión es relevante en la toma de decisiones, pues afectará tanto a aquellas como a las generaciones futuras.**

40ª **Es urgente garantizar que la población de mayor edad disponga, no solo de las herramientas técnicas de acceso a las TIC (posibilidad de conexión a la red, disponibilidad de terminales adecuados para ello), sino igualmente de ciertas capacidades que les permitan un disfrute adecuado y seguro de las mismas. Las iniciativas públicas que se desarrollen con la finalidad de fomentar la competencia digital tendrán que ser necesariamente estratificadas tomando en consideración los conocimientos previos y el segmento de población concreta de personas mayores a las que se dirigen.**

ANEXO

DECÁLOGO DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MAYORES EN SITUACIONES DE PANDEMIA

Escuela de Pensamiento⁽¹⁾
Fundación Mutualidad Abogacía

(1) Redactado por Carlos María Romeo Casabona (Vocal) y José Miguel Rodríguez-Pardo del Castillo (Presidente).

Las personas mayores son *personas* especialmente vulnerables, debido al progresivo deterioro físico o mental que pueden desarrollar algunas de ellas, pero también frente a la marginación y abandono que suelen padecer y al sentimiento de soledad que pueden experimentar, siendo por ello más proclives a sufrir abusos y a la privación fáctica de sus derechos por motivo o excusa de su avanzada edad.

Esta especial vulnerabilidad aumenta en situaciones de pandemia, como la provocada por el virus *SARS-CoV-2*, particularmente agresiva con los mayores, habiendo dado lugar a situaciones de abandono y aislamiento forzado y a la privación de asistencia sanitaria intensiva cuando es necesaria frente a manifestaciones muy graves de la enfermedad.

Las personas mayores gozan de todos los derechos que en cuanto tales les corresponden y debe reivindicarse el respeto efectivo de todos ellos, en particular de aquéllos que en el contexto de una pandemia pueden ser más relevantes y exigibles.

En consecuencia, se reivindican los siguientes derechos:

1. Al respeto de la dignidad que poseen todos los seres humanos, incluidos los que, como las personas mayores, experimentan situaciones de mayor vulnerabilidad vinculadas con las pandemias.

2. A la estricta observancia del principio de igualdad de las personas mayores en cualquier situación en la que se hallen, como encontrarse inmersos en una pandemia.

3. Al acceso a los cuidados de salud, como máxima expresión de los derechos a la salud y a la protección de la salud, lo que incluye una atención centrada en la persona, y se concreta en la realización de las pruebas diagnósticas disponibles e indicadas para los mayores, en la dispensación de tratamiento adecuado de forma individualizada, en la inclusión, en un plano de igualdad, en los programas de prevención del contagio para ellas y sus cuidadores, como el acceso a vacunas eficientes y seguras.

4. A la no discriminación respecto al acceso a las UCI, por razón de la edad o de otra circunstancia distinta a criterios clínicos comúnmente aceptados.

5. Al respeto de su autonomía respecto a las decisiones relativas a su tratamiento médico, aportándoles previamente la información necesaria para la formación de su voluntad.

6. A acceder a recursos alimentarios apropiados para las personas mayores conforme a su estado individual, así como a otros productos o servicios básicos de tipo personal, sin que sean abandonados a su suerte.

7. A que las personas mayores que viven en residencias puedan comunicarse personalmente con sus familiares y allegados, sin perjuicio de adoptar las medidas pertinentes preventivas de contagios de aquéllos, del personal que les atiende y de ellos mismos.

8. A la intimidad personal y familiar y a la protección de sus datos personales, incluidos los que figuran en los registros sanitarios, como la historia clínica.

9. A garantizar el libre ejercicio de sus derechos sociales, incluso en situaciones de restricciones motivadas por la pandemia, que se ejercerán en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos, como son, entre otros, la movilidad, el desarrollo de actividades de formación, ocio, esparcimiento y deporte, prácticas religiosas, contactos con familiares y personas próximas, cumplimiento de obligaciones públicas y privadas de diverso tipo, participación en instituciones, sociedades y otros colectivos públicos o privados que tomen decisiones que puedan afectar a los intereses de las personas mayores, tanto de forma individual como colectiva.

10. A la estricta observancia de los anteriores derechos que también corresponden a las personas mayores dependientes, y los demás que les son atribuibles específicamente por su situación de dependencia, tanto sanitarios como sociales, y, de modo semejante, a las personas mayores que viven en residencias.

En Madrid, a 10 de diciembre de 2020, LXXVIII Aniversario de la Proclamación de la Declaración Universal sobre los Derechos del Hombre.

LOS AUTORES DE LA OBRA Y SU CONTRIBUCIÓN

Fernando Abellán-García Sánchez

Director de la firma Derecho Sanitario Asesores

Abogado especialista en Derecho Sanitario

Doctor en Medicina Legal (UCM) y Máster en Derecho Sanitario (UCM)

Capítulo 18 (en coautoría con Javier Sánchez Caro)

Maialen Aizpurua Esnaola

Abogada, Fundación Hurkoa

Graduada en Derecho y Máster de Acceso a la Abogacía por la UPV/EHU

Capítulo 8 (en coautoría con Itziar Alkorta Idiákez)

Concepción Aldama Baquedano

Magistrada Especialista en la Jurisdicción de Menores en Zaragoza

ExMagistrada de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

Capítulo 25

Itziar Alkorta Idiákez

Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad del País Vasco/EHU

Doctora en Derecho, Especialista en Bioética

Directora de la obra «Soluciones tecnológicas para los problemas ligados al envejecimiento: cuestiones éticas y jurídicas»

Capítulo 8 (en coautoría con Maialen Aizpurua Esnaola)

Fernando Ariza Rodríguez

Director General Adjunto de la Mutualidad de la Abogacía

Posfácio

Luis Azúa Romeo

Abogado, Asociado Senior Grupo Alae Abogados

Capítulo 20 (en coautoría con M.^a Concepción Nicolás García)

Félix Benito Osma

Profesor Asociado de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid
Secretario General de SEAIDA (Sección Española de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros)

Doctor en Derecho

Capítulo 6

Miguel Ángel Boldova Pasamar

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Zaragoza

Doctor en Derecho

Capítulo 3

Pilar Llop Cuenca

Ministra de Justicia del Gobierno de España

María Isolina Dabove

Abogada

Catedrática de Derecho de la Vejez, Universidad de Buenos Aires

Directora del Centro de Investigaciones en Derecho de la Vejez, Universidad Nacional de Rosario

Doctora en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid

Capítulo 2

Laura Pilar Duque Santamaría

Subdirectora General de Cumplimiento y Legal

Mutualidad General de la Abogacía

Inspectora de seguros del Estado en excedencia

Capítulo 21

M.^a Eugènia Gay Rosell

Decana del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona (ICAB)

Vicepresidenta del Consejo General de la Abogacía Española (CGAE)

Capítulo 11

Alberto Godino de Frutos

Abogado especializado en Derecho Laboral y de Seguridad Social, Sagardoy Abogados

Capítulo 5

Ana Goerlich León

Abogada especializada en Derecho Laboral y de Seguridad Social, Sagardoy
Abogados
Capítulo 4

Rafael Illescas Ortiz

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid
Presidente de la Sección Española de la Asociación Internacional de Derecho
de Seguros (SEAIDA)
Capítulo 13

Luis Manuel Jara Rolle

Abogado, Director ALAE ABOGADOS
Capítulo 7

Guillermo Lazcoz Moratín

Investigador FPU de la Universidad del País Vasco/EHU
Grupo de Investigación Cátedra de Derecho y Genoma Humano
Grupo de Apoyo, Tratado de Derecho y Envejecimiento
*Conclusiones y recomendaciones (en coautoría con Carlos María Romeo Casa-
bona y Ekain Payán Ellacuria)*

Arantza Líbano Beristain

Profesora Agregada de Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Barcelona
Doctora en Derecho Procesal
Capítulo 27

Borja Mapelli Caffarena

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla
Doctor en Derecho
Capítulo 23

Luis Carlos Medina Modroño

Abogado del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona
Vicesíndico 1º y Consejero de Administración Públicas. Conselh Generau
d'Aran (2011-2018)
Capítulo 12

Javier Muñoz Cuesta

Fiscal del Tribunal Supremo
Profesor Asociado de Derecho Penal de la Universidad de Navarra
Capítulo 24

M.^a Concepción Nicolás García

Fiscal adscrita a la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada

Licenciada en Derecho

Capítulo 9

Capítulo 20 (en coautoría con Luis Azúa Romeo)

Victoria Ortega Benito

Presidenta del Consejo General de la Abogacía Española

Miembro de la Escuela de Pensamiento, Fundación Mutualidad Abogacía

Presentación (en coautoría con Enrique Sanz Fernández-Lomana)

Ekain Payán Ellacuria

Investigador FPI de la Universidad del País Vasco/EHU

Grupo de Investigación Cátedra de Derecho y Genoma Humano

Grupo de Apoyo, Tratado de Derecho y Envejecimiento

Capítulo 28

Conclusiones y recomendaciones (en coautoría con Carlos María Romeo Casabona y Guillermo Lazcoz Moratinos)

Carlos Pérez Ramos

Notario, Notaría Carlos Pérez Ramos

Capítulo 26

José Miguel Rodríguez-Pardo del Castillo

Director de la Escuela de Pensamiento, Fundación Mutualidad Abogacía

Introducción (en coautoría con Carlos María Romeo Casabona)

Carlos María Romeo Casabona

Coordinador de la obra

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco/EHU

Director del Grupo de Investigación Cátedra de Derecho y Genoma Humano

Miembro de la Escuela de Pensamiento, Fundación Mutualidad Abogacía

Introducción (en coautoría con José Miguel Rodríguez-Pardo del Castillo)

Capítulos 16 y 17

Capítulo 28 (en coautoría con Ekain Payán Ellacuria)

Conclusiones y recomendaciones (en coautoría con Ekain Payán Ellacuria y Guillermo Lazcoz Moratinos)

M.^a Ángeles Rueda Martín

Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Zaragoza

Miembro de la Comisión Asesora de Mujer y Ciencia del Departamento de

Ciencia, Universidad y Sociedad del Conocimiento del Gobierno de Aragón.

Doctora en Derecho Penal

Capítulo 19

Javier Sánchez Caro

Director Científico y Abogado especialista en Derecho Sanitario en Derecho Sanitario Asesores

Profesor de Derecho Sanitario y Bioética

Profesor honorario de la Escuela Nacional de Sanidad

Académico correspondiente honorario de la Real Academia Nacional de Medicina
Capítulo 18 (en coautoría con Fernando Abellán-García Sánchez)

M.ª Rosario H. Sánchez Morales

Catedrática de Sociología de la Universidad Nacional de Educación a Distancia
Directora de publicaciones y fomento de la investigación del Centro de Investigaciones Sociológicas

Doctora en Ciencias Políticas y Sociología

Capítulo 1

Enrique Sanz Fernández-Lomana

Presidente de la Fundación Mutualidad Abogacía

Presentación (en coautoría con Victoria Ortega Benito)

Francisco Sola Fernández

Inspector Jefe, Área de Normativa Comunitaria en la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones

Profesor Asociado de Derecho Mercantil en la Universidad de Alcalá

Licenciado en Derecho y en Ciencias Económicas y Empresariales

Capítulo 22

Esteban Sola Reche

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de La Laguna

Abogado

Capítulo 15

Asier Urruela Mora

Profesor Titular (Catedrático acreditado) de Derecho Penal de la Universidad de Zaragoza

Doctor en Derecho

Doctor en Medicina

Capítulo 14

Elena Zarraluqui Navarro

Abogada, Elena Zarraluqui Abogados

Especialista en Derecho de Familia

Capítulo 10

SUMARIO

Índice general

Prólogo

Pilar Llop Cuenca
Ministra de Justicia

Presentación

Ciudadanos sin limitaciones

Enrique Sanz Fernández-Lomana
Presidente, Fundación Mutualidad Abogacía
Presidente, Mutualidad de la Abogacía

Victoria Ortega Benito
Presidenta del Consejo General de la Abogacía Española
Escuela de Pensamiento, Fundación Mutualidad Abogacía

Abreviaturas

Introducción

La adaptación del Derecho a la nueva longevidad

José Miguel Rodríguez-Pardo del Castillo
Presidente
Escuela de Pensamiento, Fundación Mutualidad Abogacía

Carlos María Romeo Casabona
Coordinador del Tratado
Catedrático de Derecho Penal, Universidad del País Vasco/EHU
Escuela de Pensamiento, Fundación Mutualidad Abogacía

Capítulo 1

Tendencias de envejecimiento en España y sus impactos sociales

M.^a del Rosario Hildegart Sánchez Morales
Catedrática de Sociología, Universidad Nacional de Educación a Distancia

Capítulo 2

El derecho de la vejez y la Constitución Española

María Isolina Dabove

Investigadora Principal del CONICET, Universidad de Buenos Aires

Capítulo 3

Discriminación y estigmatización

Miguel Ángel Boldova Pasamar

Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Zaragoza

Capítulo 4

La jubilación

Ana Goerlich León

Abogada Especializada en Derecho Laboral y de Seguridad Social, Sagardoy Abogados

Capítulo 5

Prolongación de las actividades profesionales o laborales

Alberto Godino de Frutos

Abogado Especializado en Derecho Laboral y de Seguridad Social, Sagardoy Abogados

Capítulo 6

Supervisión y transparencia de los fondos de pensiones en tiempos de pandemia

Félix Benito Osma

*Profesor Asociado de Derecho Mercantil, Universidad Carlos III de Madrid.
Abogado*

Capítulo 7

Vivienda y residencias especializadas. Otras fórmulas de cohabitación en desarrollo

Luis Manuel Jara Rolle

Abogado, Director, ALAE ABOGADOS

Capítulo 8

Relaciones familiares. Las nuevas relaciones de las personas mayores en el ámbito familiar

Itziar Alkorta Idiakez

Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad del País Vasco/EHU

Maialen Aizpurua Esnaola

Abogada, Ilustre Colegio de Abogados de Guipúzcoa

Capítulo 9

Conflictos en las relaciones familiares

M^a Concepción Nicolás García

Fiscal, Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada

Capítulo 10

Matrimonio y otras relaciones de convivencia semejantes. Separación y divorcio

Elena Zarraluqui Navarro

Abogada, Elena Zarraluqui Abogados

Capítulo 11

Aspectos de género

M^a Eugènia Gay Rosell

Decana, Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona

Vicepresidenta, Consejo General de la Abogacía Española

Capítulo 12

Actividades de ocio. Tiempo libre y asociacionismo

Luis Carlos Medina Modroño

Abogado, Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona

Capítulo 13

Las sociedades tontinas de seguros y la cobertura de los riesgos de la vejez: una larga historia un tanto tempestuosa y... ¿un futuro prometedor?

Rafael Illescas Ortiz

Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad Carlos III de Madrid

Presidente de la Sección Española de la

Asociación Internacional de Derecho de Seguros (SEAIDA)

Capítulo 14

Asistencia sanitaria. El enfermo crónico. Enfermedades de la vejez

Asier Urruela Mora

Profesor Titular (Catedrático acred.) de Derecho Penal, Universidad de Zaragoza

Capítulo 15

Tratamiento del anciano con enfermedad terminal. Los cuidados paliativos

Esteban Sola Reche

Catedrático de Derecho Penal, Universidad de La Laguna

Capítulo 16

Decisiones al final de la vida

Carlos María Romeo Casabona

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco/EHU

Escuela de Pensamiento, Fundación Mutualidad Abogacía

Capítulo 17

Suicidio y eutanasia

Carlos María Romeo Casabona

*Catedrático de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco/EHU
Escuela de Pensamiento, Fundación Mutualidad Abogacía*

Capítulo 18

Asistencia socio-sanitaria

Javier Sánchez-Caro

Director Científico y abogado, Derecho Sanitario Asesores

Fernando Abellán-García Sánchez

Director y abogado, Derecho Sanitario Asesores

Capítulo 19

Dependencias. Discapacidades y capacidades especiales

M^a Ángeles Rueda Martín

Catedrática de Derecho Penal, Universidad de Zaragoza

Capítulo 20

Restricciones legales a la capacidad jurídica. Incapacidad legal

M^a Concepción Nicolás García

Fiscal, Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada

Luis Azúa Romeo

Abogado, ALAE ABOGADOS

Capítulo 21

El derecho a la información financiera a las puertas de la jubilación

Laura Pilar Duque Santamaría

*Subdirectora General del Área de Cumplimiento y Legal, Mutualidad de la
Abogacía*

Escuela de Pensamiento, Fundación Mutualidad Abogacía

Capítulo 22

El envejecimiento como factor de evaluación en la transparencia financiera

Francisco Sola Fernández

*Inspector Jefe, Área de Normativa Comunitaria en la Dirección General de Se-
guros y Fondos de Pensiones*

Profesor Asociado de Derecho Mercantil, Universidad de Alcalá

Capítulo 23

Ancianidad y sistema penitenciario

Borja Mapelli Caffarena

Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Sevilla

Capítulo 24

Maltratos a las personas mayores y víctimas vulnerables: delitos contra la integridad moral. Abandono

Javier Muñoz Cuesta

Fiscal, Tribunal Supremo

Capítulo 25

La atención a las necesidades de los mayores en sus relaciones con la justicia

Concepción Aldama Baquedano

Magistrada Especialista en la Jurisdicción de Menores, Zaragoza

Capítulo 26

Defunción, derechos sucesorios y decisiones *postmortem*

Carlos Pérez Ramos

Notario de Madrid

Capítulo 27

La era digital

Arantza Líbano Beristain

Profesora Agregada de Derecho Procesal, Universidad Autónoma de Barcelona

Capítulo 28

Inmortalidad y transhumanismo

Ekain Payán Ellacuria

Investigador FPI, Universidad del País Vasco/EHU

Grupo de Investigación Cátedra de Derecho y Genoma Humano

Carlos María Romeo Casabona

Catedrático de Derecho Penal, Universidad del País Vasco/EHU

Director, Grupo de Investigación Cátedra de Derecho y Genoma Humano

Escuela de Pensamiento, Fundación Mutualidad Abogacía

Posfacio

Pensando en el futuro

Fernando Ariza Rodríguez

Director General Adjunto, Mutualidad de la Abogacía

Director, Escuela de Pensamiento, Fundación Mutualidad Abogacía

Conclusiones y recomendaciones

Carlos María Romeo Casabona

Coordinador del Tratado

Ekain Payán Ellacuria, Guillermo Lazcoz Moratinos

Investigadores, Grupo de Investigación Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Universidad del País Vasco/EHU

Grupo de Apoyo, Tratado de Derecho y Envejecimiento

Anexo

Decálogo de los Derechos Humanos de las personas mayores en situación de pandemia

Escuela de Pensamiento, Fundación Mutualidad Abogacía

Los autores de la obra y su contribución



ISBN: 978-84-123699-1-5



9 788412 369915



ER-0280/2005

GA-3305/0100



fundación
MUTUALIDAD
ABOGACÍA

*escuela
de pensamiento*



Wolters Kluwer