

LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS PERSONAS MAYORES: UN RETO PARA EL SIGLO XXI

THE LEGAL PROTECTION OF ELDER PEOPLE: A CHALLENGE
FOR THE 21ST CENTURY

*Premio de Artículos Jurídicos «García Goyena»
XVII Edición
Segundo premio*

MARÍA DEL CARMEN GARCÍA GARNICA

Catedrática de Derecho Civil. Universidad de Granada

«El progreso tiende a pasar por alto a las mujeres y a aquellos que se encuentran en los escalones económicos más bajos, o que están en desventaja debido a su edad, discapacidad o etnia».

Ban Ki-moon. Secretario General de las Naciones Unidas
(*Objetivos de Desarrollo del Milenio*, Informe de 2015)

Resumen: El siglo XXI se enfrenta a un fenómeno de envejecimiento de la población sin precedentes en la historia de la Humanidad. Se trata de un fenómeno en principio positivo. Sin embargo, desde diversos organismos internacionales se nos advierte de la creciente vulnerabilidad de las personas mayores, en tanto colectivo particularmente expuesto a situaciones de discriminación, exclusión social, pobreza y abusos tanto en lo personal como en lo patrimonial. Ante esta realidad, constituye un reto para los ordenamientos jurídicos dar una adecuada respuesta jurídica a las necesidades de

* *In memoriam* de M.^a José García Alguacil, dejando constancia de su compromiso por la mejora del tratamiento jurídico de las personas mayores.

las personas de edad, desde la óptica de la salvaguarda de su autonomía, su dignidad y sus derechos fundamentales. En atención a ello, el presente trabajo tiene por objeto reflexionar sobre esta realidad, reclamando una necesaria intervención legislativa en la materia.

Palabras clave: Envejecimiento. Derechos fundamentales. Instrumentos jurídicos para la protección y promoción de la autonomía de las personas mayores.

Abstract: The 21st century is facing a phenomenon of population aging unprecedented in the history of humanity. This is a positive phenomenon in a first approach. However, various international organizations warn us of the growing vulnerability of elder people, as a collective particularly exposed to situations of discrimination, social exclusion, poverty and abuse both personally and economically. Therefore, it is a challenge for legal systems to provide an adequate legal response to the needs of the elderly, from the perspective of safeguarding their autonomy, their dignity and their fundamental rights. In view of this, the present work aims to reflect on this reality, claiming a necessary legislative intervention in the matter.

Keywords: Aging. Fundamental rights. Legal instruments for the protection and promotion of the autonomy of the elderly.

Sumario: I. Un apunte demográfico.—II. Luces y sombras del envejecimiento de la población.—III. El debate sobre la necesidad de una Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas Mayores.—IV. Avances hacia un instrumento internacional de tutela de las personas mayores.—V. ¿Qué aporta a los mayores la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad?: A. Su aplicabilidad directa a los mayores con discapacidad. B. La necesidad de adecuar nuestro ordenamiento jurídico a la Convención. C. En particular, la necesidad de atender a la situación jurídica de las personas mayores en la futura reforma de los procesos sobre capacidad de las personas y el sistema de protección de las personas con la capacidad modificada.—VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

I. UN APUNTE DEMOGRÁFICO

Para poner de manifiesto el interés cuantitativo y cualitativo de la necesaria atención a las personas de edad avanzada, basta advertir que el creciente envejecimiento de la población es un fenómeno demográfico global y sin precedentes en la historia de la humanidad.

Según los datos de población ofrecidos por Naciones Unidas, en la actualidad viven en el mundo 800 millones de personas mayores de sesenta años; advirtiéndose que, debido a la disminución de la natalidad y al aumento de la longevidad, éste es el colectivo de población que seguirá creciendo más rápidamente en los próximos años. Se estima que para el año 2050 esta cifra aumentará hasta los 2.000 millones, es decir, a más del 20 por ciento de la población mundial. Y, previsiblemente, este aumento será más significativo en los países en vías de desarrollo, donde se espera que el número de personas de edad se triplique en los próximos cuarenta años. De suerte que para el año 2050, más del 80 por ciento de estas personas vivirán en países en vías de desarrollo¹.

Paralelamente se está produciendo lo que se conoce como un fenómeno de «envejecimiento del envejecimiento», en el sentido de que dentro de la población mayor de sesenta años, los mayores de ochenta cada vez representan un porcentaje más elevado.

En la Unión Europea, España es el tercer país con más número de mayores de ochenta años, detrás de Italia y Grecia².

II. LUCES Y SOMBRAS DEL ENVEJECIMIENTO DE LA POBLACIÓN

El incremento de la esperanza de vida de todo ser humano en principio, como es obvio, merece una valoración positiva. De un lado, porque es uno de los grandes triunfos de la humanidad, básicamente como resultado de los avances en la sanidad y la ciencia, a través del cual se cumple con una aspiración innata a todo ser humano como es la supervivencia. De otro, porque estamos ante un colectivo que tiene mucho que aportar a la sociedad. La mayoría de hombres y mujeres de edad avanzada pueden seguir contribuyendo activamente al funcionamiento de la sociedad si se cuenta con las garantías adecuadas para ello.

A título meramente ejemplificativo, baste poner de relieve el creciente número de personas mayores de sesenta años que desarrollan labores de voluntariado, en la medida en que ello les permite seguir manteniendo un papel activo en la sociedad e, incluso, llenar el va-

¹ División de Población del Departamento de Desarrollo Económico y Asuntos Sociales de la Secretaría de las Naciones Unidas, *Perspectivas de la Población Mundial, 2008* (<http://esa.un.org/unpp>).

² Fuente: Instituto de Estudios Económicos, «Population: Structure Indicators», Eurostat.

cío de la jubilación o su mayor disponibilidad de tiempo, eludir la soledad a la que en ocasiones se enfrentan, entre otras motivaciones³. Asimismo, son muchas las personas mayores que asumen hoy en día crecientes responsabilidades de cuidado de sus nietos y nietas, o el papel de cuidadores informales de personas dependientes. Sin olvidar el significativo apoyo humano y material que muchos de ellos prestan a sus familiares, y que se ha hecho particularmente manifiesto a raíz de la crisis económica y financiera de los últimos años⁴.

Ahora bien, la creciente longevidad de la población plantea también toda una serie de retos y riesgos. De entrada, no siempre una vida más larga es sinónimo de calidad de vida. Como lo subraya la propia Organización Mundial de la Salud, una mayor longevidad conlleva también un mayor riesgo de adolecer de discapacidad.

Por otro lado, el incremento de personas de edad avanzada conlleva crecientes demandas económicas y sociales en todos los países, lo que implica una trascendental presión y un significativo reto para todos los países. El creciente desequilibrio o inversión de la pirámide de población supone un manifiesto riesgo a nivel mundial para la salvaguarda y sostenibilidad de los derechos sociales, en particular las pensiones públicas, de los mayores; por una simple cuestión aritmética, ya que cada vez son menos las personas que cotizan y más las que demandan prestaciones sociales, aumentando la presión en el erario público. Además, las políticas de austeridad adoptadas por los Gobiernos en respuesta a la actual realidad demográfica y, en particular, a raíz de la profunda crisis financiera experimentada por los países desarrollados en los últimos años, ha supuesto un riesgo añadido a los derechos sociales de los mayores, convirtiéndoles en un colectivo con significativo riesgo de pobreza⁵.

También hay datos que revelan que un porcentaje significativo de la población mundial de edad avanzada está siendo o ha sido ob-

³ Al respecto, vid. los datos recogidos en el «Diagnóstico de la situación del voluntariado de acción social en España» publicado por el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, en 2011, y HATTON-YEO, A., *Ageing and social policy. A Report for Volunteering in the Third Age*. Oxford: Beth Johnson Foundat, 2007.

⁴ Los datos del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), organismo administrativo autónomo adscrito al Ministerio de la Presidencia, evidencian la relevancia de ese apoyo económico y humano de los mayores en España (cfr. el Barómetro publicado en su Estudio n.º 3109, de septiembre de 2015).

⁵ Son muchas las voces que advierten la vulnerabilidad y elevado riesgo de pobreza de los mayores. A título ilustrativo, vid. el VII Informe sobre exclusión y desarrollo social en España 2014, de la Fundación FOESSA, en colaboración con CÁRITAS (<http://www.foessa2014.es/informe/>), así como los de entidades tales como HelpAge International.

jeto de abandono, abusos o maltrato, tanto en centros asistenciales como en su entorno familiar o por terceros⁶, y no sólo en lo físico o psicológico, sino también destacadamente de abusos y fraudes financieros⁷. Con el propósito de visualizar esta preocupante realidad y promover la atención a la misma, el 17 de noviembre de 2002 se promulgó la Declaración de Toronto para la Prevención Mundial del maltrato de personas de edad y se fijó por Naciones Unidas el 15 de junio como día mundial de toma de conciencia del maltrato y abuso en la vejez.

Finalmente, y en relación con los datos anteriores, se advierte que las personas de edad no son un grupo homogéneo. De suerte que existe un riesgo de discriminación por edad, que resulta agravado cuando con ella concurren otros factores, como el género, la discapacidad, el origen étnico, el lugar de residencia, un menor nivel de instrucción, etc. Particularmente destacables son los riesgos a los que se enfrentan las mujeres de edad avanzada⁸, no sólo por su mayor número, sino sobre todo porque se observa que con la edad persiste la discriminación de género y se ve incluso agravada por el hecho de que en las mujeres se incrementan significativamente las tasas de discapacidad asociadas a la edad, de abusos y del riesgo de sufrir pobreza en la vejez, ya que a nivel mundial el porcentaje de mujeres económicamente activas es sensiblemente inferior al de hombres, por lo que su oportunidad de ahorrar para la vejez se ve limitada y aumenta el riesgo de pobreza en esta etapa de la vida⁹.

⁶ Aunque la OMS advierte que previsiblemente las cifras de maltrato en la población de edad avanzada están subestimadas, dado que muchos supuestos no son denunciados y hay poca información sobre el alcance de esta problemática, especialmente en los países en desarrollo, se calcula que 1 de cada 10 personas mayores ha sufrido malos tratos en el último mes; subrayando que «este tipo de violencia constituye una violación de los derechos humanos e incluye el maltrato físico, sexual, psicológico o emocional; la violencia por razones económicas o materiales; el abandono; la negligencia; y el menoscabo grave de dignidad y la falta de respeto» (OMS, «Maltrato de las personas mayores», nota descriptiva n.º 357, octubre de 2015).

⁷ En estos últimos, se engloban supuestos diversos que van desde el abuso por quien tiene acceso directo a sus bienes y derechos y dispone de ellos en su propio interés; como estafas (a cambio de la promesa de productos inexistentes o irrealistas); comercialización de productos financieros o de consumo fraudulentos o abusivos; robo de identidad (tarjetas bancarias, identificación de la seguridad social...).

⁸ «Edad, género y dependencia» son factores de riesgo de sufrir maltrato, como lo subrayaron la relatora especial de las Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer, Rashida Manjoo, y la experta en derechos humanos, Emna Aouji, el día 15 de junio de 2015.

⁹ Así lo advierte HelpAge International, en el Lanzamiento del Índice Global de Envejecimiento de 2015 (<http://www.helpage.es/noticias/lanzamiento-del-ndice-global-sobre-envejecimiento-2015/>).

En definitiva, los considerables riesgos ligados al creciente envejecimiento de la población deben urgir a los Estados a adoptar medidas para garantizar el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas mayores¹⁰. Una transformación demográfica del calado de la que hemos subrayado requiere ineludiblemente una adaptación de la sociedad y los ordenamientos jurídicos para atender a las particulares necesidades de este colectivo, evitar su discriminación y poner coto a los riesgos personales y económicos a los que se enfrenta, reconociendo la contribución social que las personas mayores pueden hacer a sus familias, a la comunidad y a la sociedad en su conjunto.

III. EL DEBATE SOBRE LA NECESIDAD DE UNA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MAYORES

Los datos demográficos y los problemas sucintamente expuestos han abierto el debate relativo a si los derechos de las personas de edad avanzada se encuentran debidamente salvaguardados a nivel jurídico.

A este respecto, es bien sabido que la tutela de los derechos ligados a la dignidad de todo ser humano fue objeto de consenso internacional en virtud de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

Sin embargo, pronto se advirtió que esa declaración genérica no era suficiente para tutelar adecuadamente los derechos de ciertos colectivos de la población particularmente vulnerables. Así ocurrió tempranamente con la mujer, que fue objeto de atención específica a través de la Convención de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer de 18 de diciembre de 1979¹¹. También con los menores de edad, cuyos derechos fueron singularmente atendidos por medio de la Convención sobre Derechos del niño adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas

¹⁰ Con ocasión de la celebración del día internacional de las personas de edad el pasado 1 de octubre de 2015, así lo manifestó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

¹¹ En su preámbulo la Convención reconoce explícitamente que «las mujeres siguen siendo objeto de importantes discriminaciones», lo cual viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana. Situación que esta Convención pretende atajar mediante la enunciación de una serie de principios y medidas específicamente destinados a suprimir esa discriminación en todas sus formas y manifestaciones.

el 20 de noviembre de 1989¹². Y más recientemente con las personas con discapacidad, a través de la Convención de Naciones Unidas de 13 de diciembre de 2006¹³.

Muchos han visto en este último texto internacional no sólo un significativo avance en la consideración jurídica de las personas con discapacidad de cualquier edad, sino también, y en particular, de las personas de edad avanzada. Básicamente, en atención al hecho de que a menudo el paso de la edad lleva aparejada deficiencias o limitaciones funcionales, físicas, sensoriales o psíquicas, que determinan que un porcentaje considerable de las personas de edad avanzada adolezcan de discapacidad¹⁴.

En todo caso, aunque el binomio de edad avanzada y discapacidad es una realidad en un porcentaje significativo, también lo es que no es una ecuación perfecta. No toda persona de edad avanzada presenta una discapacidad jurídicamente relevante. A pesar de lo cual, y por las razones sucintamente expuestas, no deja de ser especialmente vulnerable.

Esta realidad ha dado lugar a una creciente demanda a favor de la oportunidad y necesidad de una convención internacional que contemple de forma específica los derechos fundamentales de las personas mayores, de igual forma que se ha hecho con anterioridad

¹² Entre otros extremos, destaca su preámbulo que «el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento». Necesidad de protección especial que ya había sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (especialmente, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan por el bienestar de los menores.

¹³ Como en los supuestos anteriores, la Convención cifra su razón de ser en el reconocimiento de que «la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano» y en la consiguiente necesidad de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso, y eliminar las barreras que siguen encontrando en la actualidad para participar en igualdad de condiciones con las demás en la vida social y que siguen vulnerando sus derechos humanos en todas las partes del mundo.

¹⁴ Sobre el concepto de discapacidad, vid. GARCÍA GARNICA, «Discapacidad y dependencia (I): concepto y evolución jurídica», en AAVV, *Tratado de Derecho de la Persona Física*, dir. GETE-ALONSO Y CALERA, Ed. Civitas, T. II, Pamplona, 2013, págs. 173 y ss.

con otros colectivos vulnerables, como las mujeres, los menores y las personas con discapacidad¹⁵.

Las razones que se arguyen a favor de una convención de los derechos de las personas de edad son, básicamente, las siguientes:

- a) Porque a medida que crece el envejecimiento de la población mundial, es probable que se intensifiquen las presiones que dan lugar a la discriminación por edad, por lo que se hace preciso hacer frente a esa discriminación por edad.
- b) Porque la protección de los derechos de las personas de edad les permitirá desarrollar su vida de forma digna y segura, como miembros de la sociedad, y ejercer realmente sus derechos en condiciones de igualdad con las demás personas.
- c) Porque se advierte que las leyes internacionales y regionales existentes sobre derechos humanos no protegen suficientemente los derechos de las personas de edad. De hecho, aunque se aplican a todas las personas independientemente de su edad, es llamativo que la edad no se mencione explícitamente como una razón por la que alguien no debería ser discriminado. Hay algunas normas regionales que protegen a las personas de edad, pero no de forma sistemática o integral.
- d) Porque los derechos humanos y el desarrollo van de la mano. Respetar los derechos de las personas repercute en mejores condiciones para el desarrollo, donde el respeto y la dignidad sean reconocidos, junto con la seguridad material, como importantes para el bienestar de las personas.
- e) Porque el respeto y la protección de los derechos de todas las personas, atendiendo específicamente a los colectivos que presentan mayor vulnerabilidad, favorece que las sociedades sean

¹⁵ De esta demanda se han hecho eco entidades tales como Cáritas, CONGDE, Cruz Roja, ONCE y HelpAge Internacional, que forman parte de la Mesa Estatal por la Convención de Naciones Unidas dirigida a proteger específicamente los Derechos de las personas mayores. Expresamente, así lo pusieron de manifiesto el pasado 1 de octubre de 2015 con ocasión de la celebración del Día Internacional de las personas mayores (cfr. <http://fiapam.org/?p=20618>). Más recientemente, se ha hecho eco de esta demanda el propio Grupo de Trabajo de la Organización de Naciones Unidas sobre el Envejecimiento, en el Informe correspondiente a su séptimo periodo de sesiones de trabajo, celebrado del 12 al 15 de diciembre de 2016 (A/AC.278/2016/2). En él se recoge la propuesta de «establecer paralelismos entre la elaboración de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la posible creación de un instrumento jurídico multilateral sobre los derechos humanos de las personas de edad».

más inclusivas, equitativas y sostenibles. Crea las condiciones para que todos sus miembros puedan participar en la sociedad y contribuir a su desarrollo personal y al de las personas que les rodean.

- f) Porque el sector privado y el voluntariado son cada vez más conscientes del impacto que tienen sobre la capacidad de las personas, para la salvaguarda de sus derechos humanos: se les daría un marco jurídico para la prestación de servicios, garantizando que se respeten los derechos de las personas de edad.

En cuanto a los beneficios que reportaría un instrumento que considerara específicamente los derechos humanos de las personas de edad, sus partidarios destacan que contribuiría a realizar los siguientes objetivos básicos¹⁶:

- a) A dar visibilidad a sus necesidades y poner sobre la agenda política de los gobiernos sus derechos y la pertinencia de adoptar políticas que tengan en cuenta el envejecimiento de la población, ya que se observa que los derechos de las personas de edad son en su mayoría invisibles en derecho internacional. En consecuencia, se hace preciso hacerlos visibles, puesto que la experiencia ha demostrado con otros colectivos vulnerables que mientras no se les ha hecho visibles, no han sido objeto de una atención adecuada por parte de los distintos ordenamientos jurídicos.
- b) A luchar contra la discriminación por edad y lograr la igualdad real de las personas de edad avanzada. La Declaración Universal de los Derechos Humanos proclama que «todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos», y esto no cambia, no debe cambiar, a medida que envejecemos. Sin embargo, en un mundo con un creciente número de personas de edad avanzada, también cada vez es mayor la cifra de personas afectadas directamente por la discriminación por edad, lo que debe traducirse en una creciente responsabilidad de los gobiernos y la sociedad en su conjunto para dar una respuesta que, necesariamente, debe pasar por el fortalecimiento de los

¹⁶ Por todos, vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, «Los desafíos de la protección internacional de los derechos humanos de las personas de edad», CEPAL-Colección Documentos de proyectos, 2010, págs. 29 y ss.; y el Informe de la Experta Independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad relativo a su misión a Costa Rica, presentado al Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas en septiembre de 2016 (A/HRC/33/44).

derechos humanos de las personas de edad¹⁷. Asimismo, se advierte que algunos derechos pueden tener más relevancia en la vejez que en otros momentos de la vida¹⁸ y que un derecho puede haber sido respetado cuando se es joven y dejar de ser respetado adecuadamente en la vejez¹⁹.

En contraste con esta pujante realidad, en la actualidad apenas existe atención por los legisladores a la discriminación de edad. A nivel internacional, los derechos de las personas de edad se contemplan de forma inespecífica. Sólo encontramos alguna mención expresa a la discriminación por edad en la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familiares²⁰ y, más

¹⁷ A este respecto, la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores, adoptada en 2015 por la Organización de Estados Americanos —en adelante, OEA— (hasta el día de la fecha firmada por Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica y Uruguay), contempla la existencia de toda una serie de supuestos de discriminación de las personas mayores en atención a su edad; así como la existencia de «discriminaciones múltiples», en atención a varios factores simultáneos de discriminación, como son la edad, el género y la discapacidad, entre otros.

En atención a ello, esta convención hace particular énfasis en poner coto a esas discriminaciones. Cfr. los arts. 5, específicamente titulado «Igualdad y no discriminación por razones de edad»; 6, 11 y 19, en relación a la atención a su salud; 15, en relación al derecho a la nacionalidad y libre circulación; 18, en relación al derecho al trabajo; 20, en relación al derecho a la educación; 23, respecto al ejercicio de su derecho a la propiedad; 24, en relación al derecho a la vivienda y, en particular, al crédito y la financiación para tal fin; 27, en cuanto a la participación en la vida política y pública sin discriminación por motivos de edad.

¹⁸ *V. gr.*, éste sería el caso del derecho a un sistema integral de cuidados, con particular atención a los cuidados paliativos que puedan necesitar, contemplado en sus arts. 6 y 12; el derecho a la seguridad social a través de una pensión, reconocido en el art. 17 de la citada Convención de la OEA; el de tener una vivienda digna adecuada a su necesidades, reconocido en el art. 24 de la citada Convención.

¹⁹ *V. gr.*, el derecho a la vivienda digna, a la educación, a la libre circulación, al acceso a servicios adecuados de salud y atención social.

²⁰ Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, en su Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, su art. 1.1 dispone que «La presente Convención será aplicable, salvo cuando en ella se disponga otra cosa, a todos los trabajadores migratorios y a sus familiares sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, *edad*, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición». Y su art. 7 dispone que «los Estados Partes se comprometerán, de conformidad con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción los derechos previstos en la presente Convención, *sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición*».

recientemente, en el artículo 8 de la Convención de Naciones Unidas de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad²¹.

De modo que una convención podría obligar a los Estados ratificantes a adoptar leyes contra la discriminación por edad; sentar las bases para la promoción, sensibilización pública y educación sobre los derechos de las personas de edad; y fortalecer las respuestas de las sociedades a los desafíos que plantea el cambio demográfico, aumentando la solidaridad intergeneracional.

- c) A cambiar el modelo de atención a las personas de edad. De forma análoga a lo sucedido en virtud de la Convención de Naciones Unidas de los Derechos de las personas con discapacidad²², una convención *ad hoc* permitiría evolucionar de un modelo paternalista de atención a las personas mayores, que las contempla como «clases pasivas» de la sociedad, hacia un modelo centrado en la salvaguarda de su dignidad y sus derechos, así como en la puesta en valor de las personas de edad, como personas con un papel activo en la sociedad, reconociendo sus conocimientos y experiencia. El aumento del respeto a las personas de edad mejoraría las relaciones entre las generaciones y contribuiría a sociedades mejor cohesionadas.
- d) A dotar a las personas mayores de una norma jurídicamente vinculante, con eficacia material directa. En la actualidad hay ciertos compromisos con los derechos de las personas de edad, pero no son jurídicamente vinculantes, sino meras declaraciones de intenciones o normas de *soft law*, que tienen el valor de indicar la senda a seguir por los Gobiernos, pero sin imponerles una obligación jurídica. Es el caso del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento —*Madrid International Plan of Action on Ageing, MIPAA*— (2002)²³ o los

²¹ En él se contempla la edad como factor de discriminación, señalando que los Estados parte se comprometen a tomar medidas para «luchar contra los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas respecto a las personas con discapacidad, incluidos los que se basan en género o edad, en todos los ámbitos de la vida».

²² Al respecto, vid. GARCÍA GARNICA, «La evolución hacia el modelo social del tratamiento jurídico de las personas con discapacidad», en *Las medidas fiscales como instrumento de protección de las personas con necesidades especiales*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 655 y ss.

²³ Declaración política adoptada en la Segunda Asamblea Mundial sobre Envejecimiento de Naciones Unidas, que tuvo lugar en Madrid los días 8 a 12 de abril de 2002. Su texto está disponible en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/CONF.197/9>.

Principios de Naciones Unidas para las personas de edad (1991)²⁴. Sin embargo, los informes presentados por los Estados Miembros de Naciones Unidas sobre el MIPAA en 2007 revelaron un compromiso inconsistente de los Gobiernos con respecto a su aplicación y revisión²⁵. Frente a ello, una declaración internacional de derechos humanos para los mayores permitiría contar con un instrumento jurídicamente vinculante para los Estados parte, imponiéndoles revisar si sus propias leyes están en consonancia con la misma y desarrollar políticas y programas para su implementación. Los tratados llevan aparejado un sistema de vigilancia de su cumplimiento, que permitiría examinar e investigar denuncias individuales de violaciones de los derechos contemplados en ellos.

En suma, el objetivo sería dar a los gobiernos un marco legal explícito y la orientación y apoyo que les permita garantizar que los derechos de las personas de edad se respeten en unas sociedades cada vez más envejecidas; que les permita establecer sistemas de control y de reparación ante la violación de los derechos de las personas de edad; que oriente la toma de decisiones políticas que afecten a este colectivo y la formación del personal de los distintos sectores involucrados en cuestiones concernientes a las personas mayores (desde el personal sanitario, al poder judicial o el sector privado) en orden a proteger sus derechos. El tratar a las personas de edad con respeto y en igualdad de condiciones con relación a las personas más jóvenes resulta imprescindible para permitirles participar en la sociedad en igualdad con el resto de ciudadanos y contribuir a su propio desarrollo personal y a la salvaguarda de sus derechos fundamentales y su dignidad.

En su prólogo, destacaba el entonces Secretario General de Naciones Unidas, Kofi Annan, que era «la primera vez que los gobiernos han aceptado vincular las cuestiones del envejecimiento a otros marcos del desarrollo social y económico y de los derechos humanos, en particular los convenidos en las conferencias y cumbres celebradas por las Naciones Unidas durante el pasado decenio». Al tiempo que apelaba a la responsabilidad de los Estados para el que serán sin duda uno de los temas más destacados de este siglo: «combatir la discriminación de las personas de edad y construir para las personas de todas las edades un futuro de seguridad, oportunidad y dignidad».

²⁴ Adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1991 (Resolución 46/91). Texto disponible en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/46/91>.

²⁵ Vid. HelpAge Internacional, «Fuera de las sombras», 2008.

IV. AVANCES HACIA UN INSTRUMENTO INTERNACIONAL DE TUTELA DE LAS PERSONAS MAYORES

Conforme a lo expuesto, aunque la Declaración Universal de los Derechos Humanos es aplicable a las personas de todas las edades, y también el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales de 1966, esta protección no parece suficiente para tutelar adecuadamente las personas mayores.

Existe toda una serie de lagunas normativas sobre cuestiones básicas para las personas de edad y, en todo caso, una dispersión de las normas relativas a este colectivo en materia de derechos humanos. A título ilustrativo, se echa en falta la existencia de estándares internacionales sobre cuestiones tales como los derechos del cuidador y de la persona objeto de atención en servicios de cuidados de larga duración, el internamiento obligatorio de mayores, las voluntades anticipadas, la muerte digna, la protección frente a toda clase de abusos, incluidos los financieros, y un largo etcétera.

De modo que, en la práctica, los derechos de los hombres y las mujeres de edad no están siendo tratados adecuadamente o protegidos suficientemente a través del sistema existente de derechos humanos, en lo que se considera una «brecha de implementación». Las personas mayores siguen siendo, a pesar de su número, invisibles en el nuevo sistema de examen periódico universal de las Naciones Unidas²⁶. Por lo tanto, reunir las disposiciones que protegen los derechos de las personas de edad en un solo texto, como se ha hecho con los derechos de la mujer, la infancia y las personas con discapacidad aportaría claridad tanto a la naturaleza de sus derechos, como a las responsabilidades necesarias para protegerlos.

La toma de conciencia de esta realidad ha dado paso a una creciente sensibilización a nivel regional. Es el caso de América Latina que, a través de la Organización de Estados Americanos (OEA) ha

²⁶ En este sentido, se manifiesta el documento elaborado por un colectivo de asociaciones internacionales, «Fortaleciendo los Derechos Humanos de las Personas de Edad Hacia una Convención de las Naciones Unidas», traducida al español por el Instituto del Envejecimiento de la Universitat Autònoma de Barcelona (Institute on Aging-UAB) y disponible en http://www.inpea.net/images/Strengthening_Rights_Spanish_fullsize.pdf. En él se subraya que los Gobiernos «han fracasado en la incorporación adecuada de las personas mayores en materia de derechos en sus leyes, presupuestos, programas y formación para el personal de los servicios», advirtiendo que los órganos de supervisión de los compromisos de los derechos humanos rara vez hacen preguntas acerca de los derechos de las personas de edad, o incluyen mención a ellas en sus informes a los órganos.

aprobado un marco global de derechos de los adultos mayores, a través de la Convención regional sobre los derechos de las personas de edad, adoptada en Washington el 15 de junio de 2015²⁷.

Los objetivos de esa convención son promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad. Se establece, asimismo, que toda persona, grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos, pueda presentar denuncias a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sobre presuntas violaciones de los derechos humanos de las personas mayores reconocidas en este instrumento.

En su texto se contemplan algunas cuestiones específicas de las personas mayores (con o sin discapacidad), que no quedan cubiertas ni por la Declaración universal de derechos humanos, ni por la Convención de derechos de las personas con discapacidad. Especialmente significativo es el art. 11 de la Convención de la OEA, que consagra el derecho de la persona mayor a emitir el consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud, procurando promover y salvaguardar su autonomía personal²⁸.

²⁷ Su texto está disponible en <http://www.oas.org/es/>. De ella se ha destacado por el asesor de Política de Derechos de HelpAge Internacional que «la aprobación de esta Convención regional fortalece el camino hacia una nueva convención internacional de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas mayores para que todos, sin importar dónde vivamos, disfrutemos de la misma protección de nuestros derechos humanos en la edad avanzada» (vid. <http://www.helpage.es/noticias/se-aprueba-la-convencion-interamericana-sobre-proteccion-de-los-derechos-humanos-de-las-personas-mayores/>).

²⁸ El tenor literal del precepto dispone lo siguiente: «Artículo 11. Derecho a brindar consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud.- La persona mayor tiene el derecho irrenunciable a manifestar su consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud. La negación de este derecho constituye una forma de vulneración de los derechos humanos de la persona mayor.

Con la finalidad de garantizar el derecho de la persona mayor a manifestar su consentimiento informado de manera previa, voluntaria, libre y expresa, así como a ejercer su derecho de modificarlo o revocarlo, en relación con cualquier decisión, tratamiento, intervención o investigación, en el ámbito de la salud, los Estados Parte se comprometen a elaborar y aplicar mecanismos adecuados y eficaces para impedir abusos y fortalecer la capacidad de la persona mayor de comprender plenamente las opciones de tratamiento existentes, sus riesgos y beneficios.

Dichos mecanismos deberán asegurar que la información que se brinde sea adecuada, clara y oportuna, disponible sobre bases no discriminatorias, de forma accesible y presentada de manera comprensible de acuerdo con la identidad cultural, nivel educativo y necesidades de comunicación de la persona mayor.

En la misma línea, el Grupo de trabajo sobre los derechos de las personas mayores y las personas con discapacidad de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, constituido en 2007, está ultimando la elaboración de un proyecto de protocolo sobre los derechos de las personas mayores, para incluirlo en la Carta Africana de Derechos humanos y derechos de los pueblos²⁹. Y en el marco de la Asociación de Naciones del Asia Sudoriental (ASEAN) se creó un nuevo órgano de derechos humanos en 2009, que se espera pueda proporcionar la oportunidad de considerar los derechos de las personas de edad en el sudeste de Asia³⁰.

Junto a los anteriores avances, existe un creciente debate y preocupación en torno a los derechos de mujeres y hombres de edad dentro del propio sistema de Naciones Unidas. Así, dentro del Comité que supervisa la aplicación de la Convención sobre eliminación

Las instituciones públicas o privadas y los profesionales de la salud no podrán administrar ningún tratamiento, intervención o investigación de carácter médico o quirúrgico sin el consentimiento informado de la persona mayor.

En los casos de emergencia médica que pongan en riesgo la vida y cuando no resulte posible obtener el consentimiento informado, se podrán aplicar las excepciones establecidas de conformidad con la legislación nacional.

La persona mayor tiene derecho a aceptar, negarse a recibir o interrumpir voluntariamente tratamientos médicos o quirúrgicos, incluidos los de la medicina tradicional, alternativa y complementaria, investigación, experimentos médicos o científicos, ya sean de carácter físico o psíquico, y a recibir información clara y oportuna sobre las posibles consecuencias y los riesgos de dicha decisión.

Los Estados Parte establecerán también un proceso a través del cual la persona mayor pueda manifestar de manera expresa su voluntad anticipada e instrucciones respecto de las intervenciones en materia de atención de la salud, incluidos los cuidados paliativos. En estos casos, esta voluntad anticipada podrá ser expresada, modificada o ampliada en cualquier momento solo por la persona mayor, a través de instrumentos jurídicamente vinculantes, de conformidad con la legislación nacional».

²⁹ Con él se espera reforzar los derechos de las personas mayores, con especial atención a los grupos de mayor riesgo tales como las mujeres de edad, las personas mayores con discapacidad, las personas mayores que son refugiadas o desplazadas internas y las que se encuentran en zonas de conflicto o victimizadas por desastres naturales. Entretanto, recientemente, ha sido adoptado el «Draft protocol to the African Charter on Human and Peoples' rights on the rights of persons with disabilities in Africa», en la sesión extraordinaria de la Comisión Africana de Derechos Humanos celebrada el día 16 al 25 de febrero de 2016, cuyo art. 25 se refiere a las personas mayores con discapacidad (http://www.achpr.org/files/news/2016/04/d216/disability_protocol.pdf).

³⁰ Durante la 42.^a Reunión Ministerial de la Asociación de Estados del Sudeste Asiático, celebrada el 20 de julio de 2009, se adoptó el estatuto de la Comisión Intergubernamental de Derechos Humanos de la ASEAN (al respecto, vid. BJÖRN ARP, «La nueva Comisión Intergubernamental de Derechos humanos de la ASEAN: ¿un avance global de derechos humanos o un tigre sin dientes?», en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 20, 2010, www.reei.org); habiéndose adoptado una Declaración de Derechos Humanos de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático, con fecha de 18 de noviembre de 2012.

de todas las formas de discriminación contra la mujer³¹, se ha constituido un grupo de trabajo para elaborar una nueva recomendación general sobre los derechos de las mujeres de edad y fomentar la presentación de informes al respecto más sistemáticamente³². También el Comité Asesor del Consejo de Derechos humanos ha asumido los derechos de las personas de edad como una cuestión prioritaria y se ha constituido en Naciones Unidas un Grupo de Trabajo sobre Envejecimiento³³. Asimismo, el 4 de febrero de 2011 la Asamblea General adoptó la Resolución 65/182, relativa al «Seguimiento de la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento»³⁴ y el 20 de diciembre de 2012 se aprobó por la Asamblea General la Resolución 67/139, «Hacia un instrumento jurídico internacional amplio e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas de edad», en la que se solicita expresamente al Grupo de Trabajo sobre envejecimiento «que presente 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».

Finalmente, cabe destacar que Naciones Unidas aprobó en 2015 una nueva agenda para cumplir los objetivos de desarrollo sostenible, con la mirada puesta en 2030, que ofrece una oportunidad única para construir un futuro mejor para las personas de todas las edades y, por tanto, también para los mayores³⁵.

Por lo que se refiere a España, ya en el año 2000, el Defensor del Pueblo recomendaba al Ministerio de Justicia, expresamente, «valorar la oportunidad y conveniencia de elaborar los correspondientes pro-

³¹ Vid. <http://www.derechoshumanos.net/ONU/ComiteEliminacionDiscriminacionContraMujer-CEDAW.htm>.

³² Cfr. la Recomendación general N.º 27 sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, adoptada en 2010.

³³ La creación del grupo se aprobó en la Resolución 65/182, de 21 de diciembre de 2010 de la Asamblea General de Naciones Unidas (<http://social.un.org/ageing-working-group/>).

³⁴ No obstante, tanto en este informe como en el anterior se sigue echando en falta que los datos estén desglosados por edad y género y monitoreados para todos los países, para que las personas mayores no sean marginadas (vid. en este sentido el «Seguimiento de la segunda asamblea sobre el envejecimiento: informe del secretario general», 64 Reunión de la asamblea general de NU, A/64/127, 6 de julio de 2009; y el publicado el 22 de julio de 2011).

³⁵ El texto de la Agenda está disponible en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/69/L.85>

yectos legislativos para regular de manera armónica, en el marco de la legislación civil, *todos los aspectos que atañen a las personas mayores*, como son los internamientos involuntarios en centros geriátricos, los derechos de las personas internadas en los mismos, y su limitación cuando ésta sea precisa para proteger su vida, salud o integridad física o las de terceras personas (...)), así como «la posible modificación de la legislación penal al objeto de dar una mayor protección a las personas mayores dependientes cuando son víctimas de hechos delictivos, en especial a través de la consideración que debe darse a la vejez en el marco de la agravación de la responsabilidad penal»³⁶.

V. ¿QUÉ APORTA A LOS MAYORES LA CONVENCION DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD?

A. Su aplicabilidad directa a los mayores con discapacidad

En tanto se disponga de una Convención específicamente atinente a los derechos de las personas mayores, es evidente que la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad es aplicable, aunque no a todo mayor, al menos a aquellos que padecen una discapacidad. En este sentido, la Convención ha supuesto un significativo avance directo, aunque parcial, en el tratamiento jurídico de las personas de edad a nivel internacional. Además, de forma indirecta también ha supuesto un avance en la tutela de este colectivo, al revelar la existencia de ciertos paralelismos entre las necesidades y medidas adoptadas por esta Convención para asegurar el respeto de la autonomía y la dignidad de las personas con discapacidad, su no discriminación y el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales, con las necesidades que en la actualidad plantea la tutela jurídica de las personas de edad avanzada, estableciendo la senda a seguir *mutis mutandi*³⁷.

³⁶ Vid. Defensor del Pueblo, *Informes, Estudios y Documentos: la atención sociosanitaria en España: perspectiva gerontológica y otros aspectos conexos. Recomendaciones del defensor del pueblo e informes de la sociedad española de geriatría y gerontología y de la asociación multidisciplinaria de gerontología*, Madrid, 2000, pág. 14 (disponible en <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2000-01-La-atenci%C3%B3n-sociosanitaria-en-Espa%C3%B1a-perspectiva-gerontol%C3%B3gica-y-otros-aspectos-conexos.pdf>).

³⁷ Así se pone expresamente de manifiesto en el propio resumen de la Presidencia del Grupo de Trabajo de Composición Abierta sobre el Envejecimiento de Naciones Unidas, en el Informe correspondiente a su séptimo período de sesiones de trabajo, celebrado del 12 al 15 de diciembre de 2016 (A/AC.278/2016/2).

Esta Convención y su Protocolo facultativo fueron aprobados en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006³⁸, y ratificados por España en el año 2008, entrando en vigor el 3 de mayo de ese mismo año³⁹. De modo que a partir de ese momento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 96.1.º CE y en el artículo 1.5 CC, la Convención pasó a formar parte de nuestro Derecho positivo y sus normas a ser directamente aplicables e invocables ante los Tribunales.

La integración en nuestro ordenamiento jurídico de esta Convención supone, de un lado, la asunción por el Estado español de la obligación de promover, proteger y asegurar los derechos inherentes a la dignidad de las personas con discapacidad y, de otro, en virtud del mandato contenido en el art. 10.2 CE⁴⁰ y en el art. 4.1 de la Convención⁴¹, la obligación de reinterpretar a la luz de la misma las normas relativas a los derechos fundamentales y las libertades que reconoce nuestra Constitución; tomando las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad.

De forma vinculante para el colectivo de mayores con discapacidad y, a mi juicio, por analogía para los mayores que no padecen una discapacidad, lo más significativo que aporta la Convención de 2006 es el hecho de marcar la senda que se ha de seguir en el tratamiento de los derechos de los colectivos particularmente vulnerables o, si se prefiere, los principios generales que deben inspirar su tratamiento jurídico. Entre ellos, cabe destacar los siguientes:

a) La necesidad de prestar una atención específica a aquellos colectivos cuyos derechos humanos tengan un plus de vul-

³⁸ Se respondía así a una de las aspiraciones incluidas en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 26 de marzo de 2003 sobre la Comunicación relativa a un instrumento jurídicamente vinculante de las Naciones Unidas para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad.

³⁹ Vid. BOE 21 de abril de 2008.

⁴⁰ Art. 10.2 CE: «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».

⁴¹ El art. 4.1 de la Convención dispone que los Estados parte se comprometen, en particular a «adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención; y a «tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad (...)».

nerabilidad. Como señalara la Abogada del Estado-Jefe del Ministerio de Sanidad, «este nuevo instrumento supone importantes consecuencias para las personas con discapacidad, y entre las principales se destaca la *visibilidad* de este grupo ciudadano dentro del sistema de protección de derechos humanos de Naciones Unidas, la asunción irreversible del fenómeno de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos, y el contar con una herramienta jurídica vinculante a la hora de hacer valer los derechos de estas personas»⁴².

- b) **Igualdad material y no discriminación, a partir del reconocimiento y aceptación de la diversidad.** La Convención supone la toma de conciencia de la necesidad de garantizar no la igualdad formal, sino la igualdad material y el pleno ejercicio de los derechos, a partir de la atención específica a los colectivos particularmente vulnerables en atención a sus circunstancias personales. El objetivo principal de la convención es garantizar el «goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad» así como promover también el respeto de su dignidad (art. 1 de la Convención).

En este sentido, Naciones Unidas se ha decantado por llevar a un texto jurídico internacional la demanda y exigibilidad a los poderes públicos de políticas normativas y administrativas que faciliten el acceso y el ejercicio de los distintos derechos de las personas con discapacidad y su inclusión efectiva en la sociedad en igualdad de oportunidades.

Se ha puesto de relieve, además, que ello no es redundante, sino que se pasa de lo genérico a lo específico en el ámbito de los derechos humanos, conforme al llamado modelo de la «diversidad», que supone una suerte de examen de conciencia internacional acerca de un problema concreto, cual es la desatención o despreocupación hacia las personas discapacitadas y su anhelada inclusión social. La convención viene así, a asumir principios que venían siendo reivindicados por sectores sociales, médicos, educativos o incluso jurídicos. Consideraciones que son perfectamente extrapolables al colectivo de personas mayores, con o sin discapacidad, atendida su vulnerabilidad.

⁴² BUEYO-JALÓN, «Los derechos de las personas con discapacidad. El impacto de la Convención Internacional de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 2006», <http://www.discapnet.es>

A este respecto, la propia CE contempla dentro de los Principios rectores de la política social y económica, la posibilidad de adoptar políticas activas de integración social no sólo de las personas con discapacidad (art. 49), sino también de los mayores (art. 50 CE): «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*».

- c) **La superación de la concepción paternalista de la protección de las personas mayores con discapacidad, y sustitución por un sistema social que busca la salvaguarda de su autonomía y su integración real en la sociedad, a partir del respeto a la dignidad y la autonomía personal.** Se ha tomado conciencia de la necesidad de atender a las necesidades de los colectivos vulnerables no en clave paternalista, sino en clave de derechos humanos y salvaguarda de su dignidad, asegurando su plena y efectiva participación social. Todo ello en orden a asegurar su integración real.

De la mano de la Convención, se consolida la consideración de que las personas con discapacidad —y considero que así ha de ocurrir también con las personas mayores con o sin discapacidad— no son meros sujetos pasivos receptores de medidas asistenciales, sino auténticos sujetos de derecho, con plena capacidad para el ejercicio de los derechos humanos personalísimos y acreedores de medidas de apoyo para promover su autonomía en todo lo posible y facilitarles el ejercicio de los derechos cuya titularidad es inherente a su dignidad.

- d) **La sustitución del sistema de incapacitación y protección, por un sistema de apoyos y la promoción de la autonomía personal en tanto sea posible.** Al hilo de lo anterior, hay que destacar que uno de los aspectos más destacados de la Convención es el reconocimiento de la capacidad jurídica y de obrar con carácter universal a las personas con discapacidad. Ello impone revisar nuestro sistema civil sustantivo en tanto que aún utiliza términos e instituciones que no se ajustan a ese modelo, tales como la privación de la capacidad de obrar o la incapacitación, y los sistemas sustitutivos o de representación de la persona declarada por sentencia judicial firme como «incapacitado». Exigencia que es fundamental también para las personas mayores sin discapacidad, para lograr una salvaguarda efectiva

de su autonomía y su capacidad de obrar, así como evitar que sean víctimas de abusos en el ámbito personal o patrimonial.

- e) **Especial cuidado a las cuestiones de género, en tanto que pueden suponer un plus de vulnerabilidad.** Uno de los principios generales de la Convención es el de la igualdad entre el hombre y la mujer. De modo que junto a lo anterior, bajo el título «Toma de conciencia», el artículo 8 de la Convención encomienda a los Estados partes la adopción de medidas inmediatas y efectivas para:

«a) *Sensibilizar a la sociedad, incluso a nivel familiar, para que tome mayor conciencia respecto de las personas con discapacidad y fomentar el respeto de los derechos y la dignidad de estas personas.*

b) *Luchar contra los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas respecto de las personas con discapacidad, incluidos los que se basan en el género o la edad, en todos los ámbitos de la vida.»*

Principios, todos ellos, que considero extrapolables al tratamiento jurídico de todos los mayores, con o sin discapacidad.

B. La necesidad de adecuar nuestro ordenamiento jurídico a la Convención

Para la consecución de los principios inspiradores de la Convención y la abolición de cualquier género de discriminación por motivos de discapacidad, ésta introduce en su artículo 2 el concepto de «*ajustes razonables*» a realizar por los Estados suscriptores. Se entienden como tales, las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas, que no impongan una carga desproporcionada o indebida, que se requieran en un caso particular para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los derechos humanos y libertades públicas.

Una primera manifestación de esta obligación asumida por el Estado español a raíz de la ratificación de la Convención, fue la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, por la que se modifican hasta diecinueve leyes anteriores⁴³. Esta Ley

⁴³ Este es el caso de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapaci-

fue el fruto del Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de marzo de 2010 por el que se aprobó el Informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la legislación española a la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad; con informe favorable del Consejo Nacional de la Discapacidad, en el que participan varias organizaciones representativas de las personas con discapacidad y de sus familias.

No obstante, transcurrida ya casi una década desde la ratificación por España de la Convención de 2006, se hace imperiosa la modificación de la normativa sustantiva y procesal relativa a los procesos de modificación de la capacidad civil de las personas y el establecimiento de un sistema de apoyos para la toma de decisiones de las personas con discapacidad, que adecuen nuestro ordenamiento a lo dispuesto en el art. 12 de la Convención. Esta exigencia se introdujo expresamente en la Disposición Adicional 7.^a de la Ley 26/2011 durante su tramitación, fruto de las aspiraciones de CERMI, pero confiándose esta reforma a una norma posterior que aún no ha llegado, con manifiesto incumplimiento del plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la Ley que se daba al Gobierno para la presentación del correspondiente proyecto de ley.

El propio Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, encargado de supervisar la aplicación de la Convención, en varias de sus observaciones ha recomendado al Estado español revisar las leyes que regulan la guarda y la tutela y tomar medidas para

dad; la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas; la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social aprobado por el Real Decreto-Legislativo 5/2000, de 4 de agosto; la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos; la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica; la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida; la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud; la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias; la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público; la Ley 2/1985, de 21 de enero, sobre protección civil; la Ley 23/1998, de 7 de julio, de cooperación internacional para el desarrollo; la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro; la Ley 49/1960, de 21 de julio, de propiedad horizontal; la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico; la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar; la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público; la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos.

adoptar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones, por la asistencia en la toma de decisiones con respeto a la autonomía, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad.

También en el Informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la legislación española a la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de marzo de 2010, con carácter previo a la Ley 26/2001, ya se subrayaba que «es necesario adaptar al espíritu y también a la terminología de este texto internacional, la legislación sustantiva y procesal interpretada por la Jurisprudencia, a fin de *garantizar que la modificación de la capacidad de obrar de las personas que no están en condiciones de gestionar por sí solas sus intereses sea la estrictamente necesaria para su adecuada protección y cumpla los requisitos de proporcionalidad y adecuación al fin perseguido*. Igualmente, ha de insistirse en garantizar el respeto a los derechos de la personalidad de las personas con discapacidad y, en particular, *que las medidas de apoyo en la toma de decisiones y protección establecidas en su beneficio se articulen tomando en consideración sus deseos y preferencias*». Y ello, porque las mayores discrepancias entre la Convención y nuestro sistema jurídico se producen en el ámbito de la regulación de los derechos de la personalidad y capacidad jurídica y de obrar de las personas con discapacidad.

El citado artículo 12 de la Convención dispone que «los Estados partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. *Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial*. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas». Además, encomienda a los Estados partes adoptar «todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades

de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria»⁴⁴.

Por tanto, este precepto obliga a revisar los sistemas legales vigentes en cuanto se opongan a lo dispuesto en la Convención. En particular, ésta es contraria a cualquier forma de intervención restrictiva o limitación de la capacidad, e impone a los Estados partes el establecimiento de un sistema de apoyos para el ejercicio normalizado de la personalidad y la capacidad jurídica, como único admisible en lo sucesivo, basado siempre en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad y sujeto al control de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Esto impone una profunda revisión de las instituciones tutelares y de los procesos de la hasta ahora llamada incapacitación judicial y otras figuras jurídicas, como el régimen de representación, el mandato, la capacidad de transmitir, de administrar, de testar, de donar, de ejercer el comercio, la capacidad para ejercer derechos y deberes de familia (matrimonio, paternidad, adopción), etc.; evitando situaciones de abuso y permitiendo el acceso de las personas con discapacidad a derechos patrimoniales básicos en igualdad de condiciones con el resto de la población.

A falta de una modificación legislativa para adecuar nuestro ordenamiento jurídico a dicho precepto, tras la ratificación de la Convención por España se suscitó una gran expectación en cuanto a cuál iba a ser la interpretación judicial de la compatibilidad entre la normativa civil sobre capacidad e incapacitación y los postulados de aquella. Esa compatibilidad fue analizada por la conocida Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009⁴⁵. Tras el estudio del Derecho comparado sobre los sistemas protectores de las personas con discapacidad, la Sentencia establece en su Fundamento Jurídico 7.º una serie de reglas interpretativas de la le-

⁴⁴ El artículo 12 de la Convención no sólo es uno de los más importantes de la Convención. También fue uno de los más polémicos en las negociaciones del Tratado, hasta el punto de poner en peligro la aprobación del texto en las últimas sesiones, pues implica un cambio fundamental en la regulación de la capacidad de las personas con discapacidad, especialmente en aquellas situaciones en las cuales puede resultar necesario algún tipo de intervención de terceros, cuando la persona tiene limitaciones o restricciones para tomar decisiones propias. PALACIOS, A., describe con detalle el proceso de negociación de este artículo en *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Ed. Cinca, Madrid, 2008, págs. 418 y ss.

⁴⁵ RJ 2009, 2901. Al respecto, vid. MORENO TRUJILLO, «Protección de las personas con discapacidad: guarda de hecho y tutela», *Estudios sobre discapacidad y dependencia*, dir. García Garnica, Ed. Aranzadi, 2011, págs. 252 y ss.

gislación civil vigente en materia de incapacitación para conciliarla con los principios y predicamentos del artículo 12 de la Convención Internacional, trayendo a colación la doctrina del Tribunal Constitucional —con cita, en particular, de la STC 174/2002, de 9 de octubre⁴⁶— conforme a la cual «toda restricción o limitación de la capacidad de obrar afecta a la dignidad de las personas y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE). En consecuencia, la declaración de incapacitación de una persona sólo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley (artículo 199 Cc), mediante un procedimiento en el que se respeten escrupulosamente los trámites o diligencias que exigía el artículo 208 CC (y que en la actualidad se imponen en el vigente artículo 759 LEC que, en la medida en que van dirigidas a asegurar el pleno conocimiento por el órgano judicial de la existencia y gravedad de las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que concurren en el presunto incapaz y que le inhabilitan para gobernarse por sí mismo, que son la causa y fundamento de la incapacitación (artículos 199 y 200 Cc), se erigen en las garantías esenciales del proceso de incapacitación. La incapacitación total solo deberá adoptarse cuando sea necesario para asegurar la adecuada protección de la persona del enfermo mental permanente, pero deberá determinar la extensión y límites de la medida y deberá ser siempre revisable».

Con esas premisas, el Tribunal Supremo basa la compatibilidad de nuestro ordenamiento jurídico con la Convención de 2006 en la graduabilidad y revisabilidad de la incapacitación, así como en las garantías jurisdiccionales a las que nuestro derecho sujeta la limitación de la capacidad de obrar de las personas. De un lado, subraya que la incapacitación es ante todo una forma de protección de quien tiene limitadas sus facultades intelectivas y volitivas, con afectación de su capacidad de autogobierno y, de otro, que la misma no afecta a la titularidad de los derechos fundamentales, sino tan sólo a su forma de ejercicio. El Tribunal Supremo concluye que ésta es, en la actualidad, la única posible interpretación del artículo 200 Cc y del artículo 760.1 LEC⁴⁷.

⁴⁶ RTC 2002\174.

⁴⁷ Con rotundidad, en el Fundamento Jurídico 7.º concluye que «De este modo, sólo esta interpretación hace adecuada la regulación actual con la Convención, por lo que el sistema de protección establecido en el Código civil sigue vigente, aunque con la lectura que se propone:

1.º Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de pro-

No obstante, a pesar de esta interpretación conciliadora de la regulación vigente de la incapacitación y de las medidas de protección de las personas incapacitadas con la Convención de Naciones Unidas de 2006, el propio CERMI y las Observaciones del Comité continúan urgiendo una necesaria reforma sustantiva y procesal. Un cambio sustancial en la regulación regido por dos principios básicos: de un lado, el de intervención mínima, en la medida en que la existencia de discapacidad no es, no tiene que ser, sinónimo de merma de la capacidad de autogobierno; y, de otro, el de favorecer el autogobierno en la medida posible, lo que pasa por sustituir el modelo de incapacitación por el de modificación de la capacidad de obrar, y el tradicional sistema legal de sustitución de la voluntad de la persona con la capacidad de obrar modificada por a un sistema de apoyos en la toma de decisiones, que promueva su autonomía.

A todo ello cabría añadir, desde la óptica de las personas de edad y la constatación de los abusos a los que en la práctica están expuestas en el plano personal y patrimonial, la pertinencia y oportunidad de aprovechar esa futura reforma para introducir las medidas de apoyo y protección que sean precisas para preservar su autonomía, su no discriminación y su plena participación en la sociedad, en tanto colectivo igualmente vulnerable y, por ello, merecedor de tutela jurídica específica.

C. En particular, la necesidad de atender a la situación jurídica de las personas mayores en la futura reforma de los procesos sobre capacidad de las personas y el sistema de protección de las personas con la capacidad modificada

Al abordar la situación actual de los todavía denominados «procesos de incapacitación» se constata la realidad objetiva, según datos ofrecidos por el propio CGPJ⁴⁸, de que en torno al 95 % de las

tección. Esta es la única posible interpretación del artículo 200 CC y del artículo 760.1 LEC.

- 2.º La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada».

⁴⁸ El día 1 de diciembre de 2011 el CGPJ firmó un convenio para colaborar en la puesta en marcha de un Observatorio sobre procesos de incapacitación destinado al análisis de las sentencias y del diagnóstico de los enfermos con discapacidad cognitiva. El objeto de este convenio es la elaboración de un proyecto de campo sobre el

demandas de incapacitación terminan con una sentencia de incapacitación plena, para todos los actos y probablemente para siempre, porque son muy pocos los procesos iniciados para la rehabilitación de la capacidad de obrar; y afectando en su mayoría a personas mayores⁴⁹. Tal declaración judicial lleva aparejado el nombramiento de un representante legal, que suplirá la supresión judicial del autogobierno de la persona, pasando a actuar en nombre y por cuenta del incapacitado y siempre en beneficio de éste, con carácter general para todos los ámbitos jurídicos, personales o patrimoniales, con la sola excepción de los de carácter personalísimo⁵⁰.

Este dato impone hacernos dos preguntas: de un lado, si realmente el 95% de las personas declaradas plenamente incapacitadas por sentencia judicial firme tienen una falta de capacidad de obrar plena y absoluta; y, de otro, si es compatible la tutela, en tanto implica una sustitución de la voluntad de la persona declarada incapaz por la del tutor, con el artículo 12 de la Convención Internacional.

En una primera aproximación a estas cuestiones, es evidente que el predominio de la incapacitación total de las personas con discapacidad y, por consiguiente, de la tutela, encuentra difícil encaje con los imperativos del artículo 12 de la Convención. Con el agravante de que tras ese dato se oculta otro no menos preocupante, advertido mucho antes de la ratificación por España de la Convención de Naciones Unidas: la estimación de que en España no están incapacitadas ni siquiera el 15% de las personas con discapacidad que, según los baremos de la OMS, tienen limitaciones de su capacidad de obrar⁵¹. De hecho, autorizados pareceres, y sobre todo juristas prácticos, y por tanto conocedores de primera mano de la realidad, llevan años advirtiendo de la crisis social y legal de la incapacitación y la tutela.

proceso de incapacitación, centrado en conocer el grado de satisfacción y los beneficios obtenidos con las sentencias. Se busca así dar a conocer a las autoridades los puntos fuertes y débiles de los actuales procesos de incapacitación y de la documentación especializada aportada en las causas judiciales.

⁴⁹ Vid. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/Convenio-para-el-estudio-de-los-procesos-de-incapacidad>.

⁵⁰ A título ilustrativo, también el Consejo Económico y Social, en su Informe 4/2003, sobre la situación de las personas con discapacidad en España (disponible en <http://www.ces.es/documents/10180/18510/inf0403>), ya advertía que la tutela es la más común de las formas establecidas de protección para las personas incapacitadas.

⁵¹ Así se advirtió por el Consejo Económico y Social, a partir de los datos de la Encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Minusvalías, realizada por el INE en 1986.

La primera es una crisis de aceptación social, derivada fundamentalmente de la tradicional configuración que ha hecho nuestro ordenamiento jurídico de los procesos de incapacitación como procesos contenciosos, en los que los parientes llamados a promover la incapacitación han de interponer una demanda contra su familiar, que asume en el procedimiento la posición de demandado, lo que lleva a los unos y al otro a ver este proceso como vejatorio, siendo difícil lograr que lo vean de otro modo⁵². Ello ha dado lugar a que en la práctica sólo se recurra a la incapacitación cuando resulta imprescindible para realizar alguno de los actos que el Código civil somete a autorización judicial. De modo que mientras no surge esa necesidad, la atención y el cuidado del incapaz se siguen realizando *de facto* por los padres y, faltando éstos, por hermanos o allegados⁵³, o sencillamente, sobre todo en el caso de las personas de edad avanzada sin familiares próximos, quedan al margen de todo amparo jurídico, pese a su vulnerabilidad.

Junto a ello, se habla de crisis legal, destacándose, en primer lugar, que la regulación de la tutela de 1983 pensó en las personas con discapacidad, pero no en un colectivo hasta ahora no organizado como el de las personas mayores que, habiendo sido capaces toda su vida, con el paso de los años, ven mermada su capacidad de autogobierno, ya sea por diversos motivos y enfermedades, o por el progresivo deterioro cognitivo que —en mayor o menor medida, según toda una serie de factores endógenos y exógenos al individuo— conlleva el envejecimiento normal. Por otro lado, como tempranamente afirmara PUIG BRUTAU, el sometimiento «a una misma institución de incapacidades tan distintas como las de los menores, dementes, sordomudos, pródigos o interdictados» (esta última hoy abolida), da lugar a una confusa variedad de instituciones pupilares de difícil sistematización⁵⁴. Finalmente, pero sobre todo, hay que destacar que esa crisis legal *ab origine* se ha acentuado tras la entrada en vigor en

⁵² En atención a ello, MARTÍNEZ DIE, «Los discapaces no incapacitados. Situaciones especiales de protección», *Revista La Notaría*, febrero de 2000, pág. 19, afirmaba que ejemplo paradigmático de la «desacomodación entre la realidad fáctica y la normativa lo constituye el de la tutela jurídica de quienes carecen de aptitud para su autogobierno».

⁵³ Vid. PRAGA GUAITA, «Organización de la tutela de hijos incapaces mediante documento público notarial», *Anales de la Academia Sevillana del Notariado*, 1995, págs. 196 y 197.

⁵⁴ Vid. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, T. IV, vol. II, Ed. Bosch, Barcelona, 1970, pág. 367; y a mayor abundamiento SEGURA ZURBANO, «Las diferentes incapacidades: necesidad de una diferente regulación legal», en *Tutela de las personas incapacitadas: legislación, experiencias y perspectivas de futuro*, Guipúzcoa, 2006, págs. 90 y ss.

nuestro ordenamiento jurídico de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, dado que resultan frontalmente contrarias a sus imperativos la actual primacía tanto de la privación total de capacidad de obrar, como de la correlativa designación de tutor llamado a actuar en representación o sustitución del tutelado. Medidas que deberían ser excepcionales, y no la regla general, en el sistema jurídico actualmente vigente, que debe girar en torno al respeto y promoción de la autonomía personal, dotándola de los apoyos que sean necesarios para su realización y salvaguarda.

Frente a ello, en la práctica y centrándose nuestra atención en el caso de las personas mayores, cuando una persona no carece por completo de capacidad, pero tiene su capacidad de autogobierno mermada, y pretende concluir un negocio jurídico para el que necesitaría de apoyo, la única salida de la que dispone legalmente para disponer de esa asistencia es que la de someterse a una previa incapacitación. No hay arbitrado un sistema para que esa persona mayor reciba asistencia y apoyo para el ejercicio de su capacidad, sin tener previamente que someterse a un procedimiento judicial en el que se recorte esa misma capacidad que se pretende asistir y apoyar.

Ante esta situación, y mientras no se proceda a la reforma de los procesos de modificación de la capacidad de obrar y las instituciones tuitivas de protección a las personas con discapacidad, de *lege ferendae* debemos abogar por la reserva de la tutela para aquellas tomas de decisión en que no sea posible conocer la voluntad de la persona con discapacidad en relación con los actos que le afecten, limitándola además a actos concretos, a situaciones concretas, y no a una incapacitación generalizada y universal como ocurre actualmente en cerca del 95 % de las sentencias dictadas en materia de capacidad de las personas.

Junto a lo anterior, y hasta que se produzca la citada reforma, se debe promover un mayor protagonismo de la curatela. A diferencia de la tutela o la patria potestad rehabilitada o prorrogada, la curatela es un mecanismo de protección de la persona que tiene su capacidad de autogobierno mermada mediante la «asistencia» para aquellos actos puntuales expresamente indicados en la sentencia que la haya establecido (art. 289 CC), y por ende, más acorde con el espíritu y la letra del artículo 12 de la Convención Internacional. Por ello, ha de pasar a ser el mecanismo básico para articular las medidas de apoyo a fin de que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad de obrar, potenciando su intervención en lo

posible, en función a las circunstancias concretas de cada caso, de forma graduable y flexible⁵⁵.

Se trata, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Naciones Unidas, de huir de la generalidad y la perpetuidad y, en definitiva, de buscar las medidas de apoyo o asistencia necesarias para cada persona con discapacidad, en atención a sus particulares circunstancias. Esto es, no sólo «un traje a medida», sino incluso la confección de «tantos trajes a medida» como fueran necesarios para cada caso puntual en el tiempo. Todo ello bajo la salvaguarda de la autoridad judicial y la superior vigilancia del Ministerio Fiscal, cuya actuación deberá enmarcarse en un nuevo cauce procesal que configure el procedimiento como tendente no única o prioritariamente a privar a la persona con discapacidad de la capacidad que la convención le reconoce expresamente, sino a su asistencia y apoyo y sólo allí donde sea preciso.

Además, se hace preciso articular y potenciar cauces adecuados para que la autonomía de la voluntad de las personas con discapacidad, en la medida de sus posibilidades, tengan su reflejo en la constitución y funcionamiento de las medidas de apoyo o asistencia, de forma análoga a lo que ocurre en el caso de los poderes preventivos y la autotutela; resultando oportuno contemplar la posibilidad de establecer mecanismos de apoyo voluntario, por la propia persona afectada, sin necesidad de intervención judicial.

Por otro lado, se observa, sobre todo en el caso de las personas mayores, que muchas de las discapacidades no son incapacitantes, aunque sí llevan aparejado un riesgo significativo de exclusión so-

⁵⁵ En este sentido se pronuncia la Instrucción núm. 3/2010 de la Fiscalía General del Estado sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los Procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas. En ella, no sólo se destaca que las medidas de apoyo se deben acordar siempre en atención a las circunstancias y necesidades concretas del afectado, dando prevalencia a la autonomía de su voluntad; sino que, además, se afirma que la curatela constituye un instrumento adecuado para dar respuesta a las exigencias de la Convención, toda vez que el curador no suplente la voluntad de la persona con discapacidad, sino que complementa sus limitaciones en aquellos actos que haya de realizar la persona cuya capacidad queda modificada y estén especificados en la sentencia. Asimismo, recomienda la Fiscalía que en los procedimientos de modificación de la capacidad se haga expresa mención de que lo que se pretende no es limitar genéricamente la capacidad jurídica ni de obrar de una persona, debiéndose determinar su alcance y extensión con base a las habilidades conservadas, e incluso se contempla la facultad de los fiscales de revisar la adecuación de las medidas adoptadas en procedimientos de incapacitación anteriores a esta Instrucción para comprobar su adecuación a las pautas contenidas en la misma, en relación con la especificación de las habilidades de las personas afectadas.

cial y desamparo, por lo que se debería promover un mayor protagonismo y articulación legal de medidas tales como la guarda de hecho y otras dirigidas al apoyo personal y patrimonial de las personas con discapacidad, al margen de la modificación de su capacidad.

Asimismo, algunos pareceres abogan porque, medie o no resolución judicial declarativa de la medida de apoyo para un determinado acto o negocio jurídico, y con el fin de dotar de la máxima seguridad jurídica a los negocios celebrados por personas con discapacidad o de edad avanzada, se encomiende a una autoridad pública la función de llevar a cabo en el tráfico extrajudicial, una valoración adecuada de su discapacidad, de la inexistencia de vicios en la formación de la voluntad, de la adecuación a la legalidad y, en suma, de la protección de los derechos de las personas más vulnerables. Se trataría de constituir una suerte de «ombudsman-social», que velara por la defensa de las personas con discapacidad y, en particular, de las personas mayores⁵⁶.

En suma, se hace preciso una reforma en profundidad de las instituciones tutelares de las personas con discapacidad, en la que se tengan presentes las necesidades de los mayores. Una reforma en la que se sustituya el actual sistema español, predominantemente tutelar, por un sistema de apoyos y no de sustitución de la voluntad de la persona con discapacidad⁵⁷.

⁵⁶ En este sentido, aboga porque esta función sea asumida por el Notariado, dada la proximidad de la misma con las tareas que les encomienda su normativa reguladora, la Notaria CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, A. «La Convención de los derechos de las personas con discapacidad y la actuación notarial: el Notario *ombudsman social*» (disponible en <http://aequitas.notariado.org>). Con esta propuesta, guardan cierta relación, la figura existente en Reino Unido del *Adult Social Care Ombusman*, encargado de velar porque los servicios sociales y asistenciales cumplan los estándares de calidad; o el Defensor del Mayor de la Comunidad Autónoma Valenciana o el Letrado Defensor del Anciano del Principado de Asturias.

⁵⁷ Ya en 1990 hubo una importante reforma en Alemania, orientada a implantar un sistema de «asistencia» regido por un «principio de necesidad». En Suiza, en 2008 se llevó a cabo una reforma de los arts. 360 a 455 del Código civil en orden a la protección de las personas mayores, tendente a facilitar la autodeterminación, reforzar la solidaridad y la adopción de medidas adecuadas a cada caso concreto. En Italia, en la reforma del Código civil llevada a cabo en 2004 se introdujo una nueva figura, la «*amministrazione di sostegno*», cuyas facultades de intervención o apoyo, temporal o permanente, serán definidas en cada caso por el juez con la finalidad de limitar lo menos posible la capacidad de obrar de la persona. Y en todas estas reformas se contempla la posibilidad del interesado de anticipar la organización de su propia protección (al respecto, vid. MARTOS CALABRÚS y BASTANTE GRANELL, «La protección de personas mayores en Europa. Especial referencia a los derechos alemán e inglés», en *Estudios sobre dependencia y discapacidad*, dir. García Garnica, Ed. Aranzadi, 2011, págs. 557 y ss.).

La reforma de 1983 obedeció en gran medida a la demanda de ruptura del principio de unidad de guarda legal (ya que con anterioridad había una sola medida tuitiva, para las distintas situaciones en las que la persona demanda protección). Pero, curiosamente, hoy las críticas doctrinales parten en cierto modo de la misma premisa, puesto que aunque en la actualidad hay dos instituciones protectoras básicas, tutela y curatela, a las que se suma el defensor judicial y una guarda de hecho poco articulada, en la práctica no resultan suficientes, ya que la normativa que regula las mismas se muestra excesivamente rígida y poco flexible para responder a los distintos supuestos que plantea la realidad y, en particular, la necesidad de brindar una protección específica a las personas de edad avanzada. Esta flexibilidad sí se contempla, sin embargo, en otros ordenamientos jurídicos donde la protección de los mayores no pasa necesariamente por su incapacitación y se asienta expresamente sobre el respeto de las libertades fundamentales y la dignidad de la persona, al tener como objetivo la salvaguarda de la persona protegida y favorecer, en lo posible, su autonomía⁵⁸.

VI. CONCLUSIONES

Es bien sabido que la Convención de Naciones Unidas sobre derechos de las personas con discapacidad de 2006, y en particular su

⁵⁸ Un ejemplo próximo lo tenemos en el Derecho francés (cfr. la redacción vigente del art. 415 del Código civil, dada por la Loi n.º 2007-308), donde protección e incapacitación no son sinónimos, de modo que es posible proteger a una persona sin privarla de su capacidad y se han diversificado las instituciones de protección. En particular, la curatela se abre a aquellos supuestos en que un mayor no se encuentra en una situación que le impida obrar por sí mismo, pero sí tenga la necesidad de ser aconsejado o controlado en los actos de la vida civil. Asimismo, cabe destacar la posibilidad de colocar a un mayor bajo «salvaguarda judicial», medida que sin limitar su capacidad, le confiere protección consistente básicamente en la acción de nulidad si se demuestra que en el momento de la realización del acto estaba bajo la influencia de un trastorno mental, acción de rescisión por lesión y acción de reducción en caso de exceso; durante la pendencia de un proceso de tutela o curatela. La Ley de reforma ha añadido además, junto a la tutela y la curatela, o la salvaguarda judicial, otros sistemas de protección de carácter voluntario o judicial en torno al mandato, tales como el mandato de protección futura.

Al respecto, vid. PALOMINO DÍEZ, «La flexibilidad de la protección de la protección de los *majéurs protégés* en Derecho francés. Comparativa con el Derecho español», en *La Protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, dir. Martínez Díe, Ed. Civitas, Madrid, 2000, pág. 352; FULCHIRON, «La protección civil de las personas mayores vulnerables: el derecho francés bajo el prisma de las normas internacionales», en AAVV, *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, coord. por De Hoyos Sancho, 2013, págs. 353-368.

artículo 12, supone un desafío para nuestro sistema jurídico privado, pues no sólo afecta a los conceptos tradicionales de capacidad jurídica y capacidad de obrar, sino que incide de lleno en la actual regulación del proceso especial de capacidad de las personas y en las instituciones de protección de las personas con capacidad de obrar modificada.

La ratificación por el Estado español de la Convención de Naciones Unidas sobre derechos de las personas con discapacidad, llevada a cabo en el año 2008, debió llevar aparejada una reforma en profundidad del CC y la LEC, para adecuar nuestro ordenamiento jurídico al modelo social de atención a las personas con discapacidad que aquella establece; apartándose del tradicional modelo médico o rehabilitador, a través de la instauración de un sistema de apoyos adecuado a las circunstancias concretas de la persona, así como del acto o negocio a realizar. Sin embargo, tras casi una década de su entrada en vigor aún no se ha acometido esa necesaria reforma de nuestro ordenamiento jurídico.

En esa reforma nuestro legislador deberá, al abrigo del art. 12 de la Convención, revisar la normativa sustantiva y procesal relativa a los procesos de incapacitación, adoptar las medidas normativas oportunas para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, así como cambiar el actual modelo de sustitución en la toma de decisiones por el nuevo modelo de apoyo o asistencia en la toma de decisiones.

La modificación de la capacidad de obrar de una persona deberá ser una medida proporcionada, excepcional y revisable. También se hace preciso tener en cuenta que la discapacidad, según establece la Convención, es un concepto dinámico, que evoluciona y que resulta no sólo de las condiciones personales, sino también y muy significativamente de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones. Lo que ha de tenerse presente a la hora de interpretar las disposiciones relativas a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y a la determinación de los apoyos que requieran para ejercer en plenitud su capacidad de obrar.

Además, en esa esperada reforma, de *lege ferendae* y por las razones expuestas en los apartados precedentes, se propone la conveniencia de tener presente la vulnerabilidad de las personas de edad avanzada y adoptar medidas de protección específicas para este colectivo, que sin requerir necesariamente su incapacitación, pongan

coto al riesgo de abuso personal y patrimonial al que en la práctica se encuentran expuestas.

En este contexto, una de las figuras vigentes en el Derecho español más acordes con el sistema de apoyos al que alude la Convención de Naciones Unidas sería la curatela, en cuanto que se presenta como una medida graduable y abierta en función de las necesidades de apoyo en la toma de decisiones existentes en el caso concreto, en función a las circunstancias subjetivas y objetivas concurrentes, y sobre todo en la medida en que requiere que la actuación del curador cuente con el concurso de la voluntad del tutelado. De modo que, en tanto no se produzca la esperada reforma, al menos se deberá adoptar preferentemente esta forma de asistencia de la persona con capacidad de obrar modificada.

También la guarda de hecho se ha mostrado en la práctica como una ágil y eficaz alternativa a la actual regulación de los procedimientos de incapacitación y de las instituciones tutelares, cuyas virtualidades no deben pasar desapercibidas, sin desconocer los riesgos que entraña la generalización y consolidación de medidas de protección al margen de todo control, cuando tratamos de personas especialmente vulnerables. De modo que en la futura reforma sería deseable que el legislador conciliara la agilidad y ductibilidad de esta medida, con un adecuado régimen de información y control público que permita garantizar una adecuada salvaguarda de la persona con discapacidad.

La tutela, por el contrario, deberá reservarse para aquellos supuestos en los que no sea posible conocer la voluntad de la persona con discapacidad (como sería el caso de una discapacidad intelectual grave o una enfermedad neurodegenerativa grave) y en las cuales sea necesario tomar una decisión en nombre de ésta.

A las reformas sustantivas relativas a las instituciones de protección de la persona con discapacidad, se habrán de sumar las que han de quedar reflejadas en el Título I del Libro IV de la LEC, en orden a reemplazar los procesos de incapacitación, por procesos de modificación de la capacidad de las personas, cuya regulación deberá asentarse sobre los siguientes principios, al amparo del artículo 10 CE y de la Convención Internacional:

- a) El respeto a la dignidad inherente de la personas, por lo que toda restricción de la capacidad de obrar ha de ser interpretada de forma restrictiva.

- b) La discapacidad sólo puede ser causa de modificación de la capacidad de obrar si impide a la persona autogobernarse.
- c) La ineptitud para el autogobierno es circunstancial en el sentido de que para su determinación habría que ponderar lo que hace ordinariamente la persona con discapacidad, lo que necesita hacer y lo que no puede hacer por sí misma.
- d) Deben arbitrarse medidas de asistencia y apoyo que tengan carácter puntual, solo con respecto a aquellas áreas o actos para los que la persona no pueda autogobernarse por sí sola. Las medidas de asistencia y apoyo han de ser flexibles e incluso de carácter mixto, esto es, que junto a las actuaciones o negocios con trascendencia jurídica en los que podría ser necesaria y estar justificada la representación de la persona protegida, pudieran darse otros en los que la protección se arbitrara mediante una medida de apoyo o incluso, sin necesidad de asistencia.
- e) En el diseño de las medidas de apoyo se ha de procurar siempre que sea posible la intervención de la persona afectada para potenciar su autonomía de la voluntad.
- f) La decisión judicial de una medida de apoyo ha de diseñarse con un criterio finalista o funcional, partiendo no sólo de la intensidad de la discapacidad de la persona, sino considerando también para qué actos de trascendencia jurídica se solicita el apoyo.
- g) Se debe garantizar la accesibilidad de las personas discapacitadas a las actuaciones jurisdiccionales.

En cualquier caso, es una lamentable realidad la de que las personas de edad avanzada a menudo son víctimas propicias de abusos de todo tipo, incluidos los financieros, y dentro de ellos, supuestos diversos que van desde el abuso por quien tiene acceso directo a sus bienes y derechos y dispone de ellos en su propio interés; como estafas (a cambio de la promesa de productos ficticios o inexistentes); comercialización de productos financieros o de consumo fraudulentos o abusivos; robo de identidad (tarjetas bancarias, identificación de la seguridad social...), entre otros. No podemos pasar por alto la innegable realidad de que con la edad, un alto porcentaje de personas se hace más vulnerable y frágil, e inevitablemente se torna dependiente del cuidado de otras personas que se convierten —a menudo por la vía de hecho— en una suerte de cuasitutores o curadores, que asumen el cuidado de la persona y la administración de su

patrimonio (en algunas ocasiones cuantioso, pero en otros concurren indicadores de riesgo de exclusión social y pobreza del mayor), sin la menor supervisión de órgano judicial o administrativo alguno y, por ende, sin garantías para la adecuada salvaguarda de los intereses personales y patrimoniales en juego.

Por tanto, resulta preciso y perentorio establecer medidas de protección para las personas mayores que *de facto* se ven en situación de dependencia o desprotección a causa de sus limitaciones físicas, sensoriales y/o cognitivas, que atiendan adecuada y específicamente a su situación de vulnerabilidad, que no siempre presupone una merma de sus capacidades intelectivas y, por tanto, no siempre encuentra una respuesta adecuada en las medidas orientadas a la modificación de su capacidad de obrar. En particular, resulta precisa la adopción de medidas de prevención y protección frente al riesgo al que estas personas se ven expuestas de ser víctimas del abuso de terceros (familiares o no), que aprovechan su relación de confianza o superioridad para lucrarse o disponer de los bienes o derechos de la persona dependiente en su propio beneficio. Algunas de esas medidas pasan por la planificación anticipada por el propio afectado de su futuro patrimonial y la autotutela; otras por el desarrollo de medidas de intervención social, que incentiven la participación activa en la sociedad de las personas mayores y con discapacidad, para evitar su asilamiento social, en tanto mecanismo que se muestra eficaz *per se* para la prevención de abusos en lo personal y en lo económico. Asimismo, medie o no resolución judicial declarativa de la medida de apoyo para un determinado acto o negocio jurídico, y con el fin de dotar de la máxima seguridad jurídica a los negocios celebrados por personas con discapacidad o de edad avanzada, cabe proponer que se encomiende a una autoridad pública la función de llevar a cabo en el tráfico extrajudicial, una valoración adecuada de su capacidad de autogobierno, de la inexistencia de vicios en la formación de la voluntad, de la adecuación a la legalidad y, en suma, de la protección de los derechos de las personas más vulnerables. Se trataría de constituir una suerte de «ombudsman-social», que velara por la defensa de las personas mayores. Función que en nuestro ordenamiento jurídico bien podría ser encomendada y desempeñada por el Notariado. Finalmente, el derecho comparado nos ofrece otras fórmulas flexibles de protección de las personas mayores, que no presuponen necesariamente su incapacitación, cuya implementación en nuestro ordenamiento cabría considerar.

En definitiva, ante una sociedad cada vez más envejecida, se impone y urge profundizar y articular una adecuada protección ju-

rídica de las personas mayores en tanto colectivo vulnerable, de forma análoga, *mutis mutandi*, a la marcada por la Convención de Naciones Unidas en relación a las personas con discapacidad. De forma destacada, se hace preciso articular un sistema eficaz de protección de las personas mayores que trascienda de los parámetros tradicionales y estrechos de la modificación de la capacidad de obrar, y que aborde la problemática ligada a su mayor vulnerabilidad desde el prisma de la salvaguarda y promoción de su autonomía, su dignidad y sus derechos humanos. En suma, se abre ante nosotros el reto de construir una verdadera sociedad para todos y para todas las edades.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BJÖRN ARP, «La nueva Comisión Intergubernamental de Derechos humanos de la ASEAN: ¿un avance global de derechos humanos o un tigre sin dientes?», en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 20, 2010, www.reei.org
- BUEYO-JALÓN, «Los derechos de las personas con discapacidad. El impacto de la Convención Internacional de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 2006», <http://www.discapnet.es>
- CALVO ANTÓN, «El contrato de alimentos como figura contractual independiente», *RGLJ*, 1989.
- CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, A. «La Convención de los derechos de las personas con discapacidad y la actuación notarial: el Notario *ombudsman social*», disponible en <http://aequitas.notariado.org>
- DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informes, Estudios y Documentos: la atención sociosanitaria en España: perspectiva gerontológica y otros aspectos conexos. Recomendaciones del defensor del pueblo e informes de la sociedad española de geriatría y gerontología y de la asociación multidisciplinaria de gerontología*, Madrid, 2000.
- FULCHIRON, «La protección civil de las personas mayores vulnerables: el derecho francés bajo el prisma de las normas internacionales», en AAVV, *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, coord. por De Hoyos Sancho, 2013, págs. 353-368.
- GALLEGO DOMÍNGUEZ, «Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado», en AAVV, *La protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, coord. Por Pérez de Vargas, Ed. La Ley-Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2007.

- GARCÍA GARNICA, «Discapacidad y dependencia (I): concepto y evolución jurídica», en AAVV, *Tratado de Derecho de la Persona Física*, dir. GETE-ALONSO Y CALERA, Ed. Civitas, T. II, Pamplona, 2013.
- GARCÍA GARNICA, «La evolución hacia el modelo social del tratamiento jurídico de las personas con discapacidad», en *Las medidas fiscales como instrumento de protección de las personas con necesidades especiales*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.
- HATTON-YEO, A., *Ageing and social policy. A Report for Volunteering in the Third Age*. Oxford: Beth Johnson Foundat, 2007.
- HELPAGE INTERNACIONAL, «Fuera de las sombras», 2008.
- LINACERO DE LA FUENTE, «Protección jurídica de las personas mayores», *Act. Civil*, n.º 19, 2004.
- MARTÍNEZ DIE, «Los discapaces no incapacitados. Situaciones especiales de protección», *Revista La Notaría*, febrero de 2000.
- MARTOS CALABRÚS y BASTANTE GRANELL, «La protección de personas mayores en Europa. Especial referencia a los derechos alemán e inglés», en *Estudios sobre dependencia y discapacidad*, dir. García Garnica, Ed. Aranzadi, 2011.
- MORENO TRUJILLO, «Protección de las personas con discapacidad: guarda de hecho y tutela», en AAVV, *Estudios sobre discapacidad y dependencia*, dir. García Garnica, Ed. Aranzadi, 2011.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, «Maltrato de las personas mayores», nota descriptiva n.º 357, octubre de 2015.
- PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Ed. Cinca, Madrid, 2008.
- PALOMINO DÍEZ, «La flexibilidad de la protección de la protección de los *majéurs protégés* en Derecho francés. Comparativa con el Derecho español», en *La Protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, dir. Martínez Díe, Ed. Civitas, Madrid, 2000.
- PARRA LUCÁN, «La guarda de hecho de las personas con discapacidad», en *Los mecanismos de guarda legal con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, Madrid, 2013.
- PRAGA GUAITA, «Organización de la tutela de hijos incapaces mediante documento público notarial», *Anales de la Academia Sevillana del Notariado*, 1995.

- PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, T. IV, vol. II, Ed. Bosch, Barcelona, 1970.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, «Los desafíos de la protección internacional de los derechos humanos de las personas de edad», CEPAL-Colección Documentos de proyectos, 2010.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, «Acogimiento familiar para personas mayores y otras alternativas al internamiento de Centros geriátricos», en *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 46, 2003.
- SEGURA ZURBANO, «Las diferentes incapacidades: necesidad de una diferente regulación legal», en *Tutela de las personas incapacitadas: legislación, experiencias y perspectivas de futuro*, Guipúzcoa, 2006.
- TEJEDOR MUÑOZ, «Acogimiento de personas mayores y guarda de hecho», en AAVV, *La protección de las personas mayores*, dir. C. Lasperte Álvarez, Ed. Tecnos, 2007.

