

Diez temas jurídicos de Portal Mayores

www.imsersomayores.csic.es

Antonio Martínez Maroto (Coordinador)



10
1



MINISTERIO
DE TRABAJO Y
ASUNTOS SOCIALES

SECRETARÍA DE ESTADO
DE SERVICIOS SOCIALES,
FAMILIAS Y DISCAPACIDAD

 **IMSERSO**

Diez temas jurídicos de Portal Mayores
www.imsersomayores.csic.es

Antonio Martínez Maroto (Coordinador)

Colección Manuales y Guías
Serie Personas Mayores

Código: 31002

El Instituto de Mayores y Servicios Sociales
no comparte necesariamente las opiniones y juicios
expuestos, y en ningún caso asume responsabilidades
derivadas de la autoría de los trabajos que publica.

DISEÑO INVESTIGACIÓN:

IMSERSO

COORDINADOR:

Antonio Martínez Maroto

APOYO TÉCNICO:

Carlos Mirete Valmala (CSIC)

AUTORES

Francisco Alonso Pla
Josep de Martí Vallés
Carlos Ganzenmüller Roig
José García Férrez
Rubén Herranz González
Antonio Martínez Maroto
Rafael Mélich Salazar
Patricio Monzón Moreno
Carmen Pérez de Ontiveros Baquero
Carmen Sánchez Carazo

DISEÑO DE LA COLECCIÓN Y MAQUETACIÓN:

Onoff Imagen y Comunicación

Catálogo General de Publicaciones Oficiales

<http://publicaciones.administracion.es>

Primera edición, 2006

© Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO)

EDITA:

Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales
Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad
Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO)
Avda. de la Ilustración, s/n. c/v. Ginzo de Limia, 58 - 28029 Madrid
Tel. 91 363 89 35 - Fax 91 363 88 80; 91 363 89 73
E-mail: publicaciones.imserso@mtas.es
<http://www.seg-social.es/imserso/documentacion/pubcat.html>

NIPO: 216-06-084-1

D.L.: BI-3084-06

IMPRIME: Grafo, S.A.

ÍNDICE

1. El fiscal en la sociedad democrática española	7
Carlos Ganzenmüller Roig <i>Tribunal Supremo</i>	
2. La incapacitación	23
Antonio Martínez Maroto <i>Jefe de Área del Plan Gerontológico, IMSERSO</i>	
3. El ingreso de personas con deterioro cognitivo en residencias	35
Josep de Martí Vallés <i>Licenciado en Derecho. Director de www.inforesidencias.com</i>	
4. La intimidad: un derecho fundamental de todos	55
Carmen Sánchez Carazo <i>Ayuntamiento de Madrid, Concejala</i>	
5. Protección patrimonial de las personas mayores	81
Carmen Pérez de Ontiveros Baquero <i>Universidad Las Palmas de Gran Canaria</i>	
6. Las personas mayores y la conversión de inmuebles en renta: la hipoteca inversa y otras fórmulas contractuales	99
Rubén Herranz González <i>Observatorio de Personas Mayores IMSERSO</i>	
7. El testamento y la sucesión intestada	117
Rafael Mélich Salazar <i>Abogados y Asesores Vertex, S.L.</i>	
8. ¿Qué puedo hacer en un testamento?	167
Patricio Monzón Moreno <i>Notario. Director Ejecutivo de la Fundación AEquitas</i>	

9. Bioética, derecho y personas mayores	181
José García Férez	
<i>Doctor en Teología Moral (especialidad en Bioética).</i>	
<i>Máster en Bioética y Máster en Gerontología.</i>	
<i>Profesor de Bioética en la Universidad de Mayores de la Universidad de Comillas</i>	
10. Seguridad vial y personas mayores. Un análisis desde la perspectiva de la norma y las infracciones	215
Francisco Alonso Pla	
<i>Doctor en Psicología.</i>	
<i>Profesor Titular de la Universidad de Valencia. Especialidad en Tráfico y Seguridad Vial</i>	

1

EL FISCAL EN LA SOCIEDAD
DEMOCRÁTICA ESPAÑOLA

Carlos Ganzenmüller Roig
Tribunal Supremo

1. INTRODUCCIÓN

Para la mayor parte de los ciudadanos, el Fiscal, llamado también Ministerio Fiscal, o Ministerio Público, es una de las instituciones jurídicas más desconocidas de nuestro derecho.

Todo el mundo sabe lo que es, hace y significa en nuestra sociedad la figura del juez, el abogado, el secretario judicial, el notario... pero cuando llegamos a analizar al Fiscal, ineludiblemente lo asociamos al señor de corbata y traje negro, mal encarado y siempre de un humor de perros, que en las películas norteamericanas de juicios se dedica a acusar con mucha contundencia al principio, nula eficacia y siempre con escasa fortuna, a la guapa o guapo protagonista, que al fin y al cabo, sólo pasaba por allí.

Culmina esta la visión con el pobre Fiscal que salía en la serie televisiva del célebre «Perry Mason», que además de no ganar jamás un solo juicio se comportaba como un incorregible mete patas.

Por ello, solemos asociar al Fiscal con el único acusador en el proceso penal, lo que es cierto en el derecho angloamericano, donde la acción penal la ejerce el Fiscal en nombre del Estado, pero es inexacto respecto del Fiscal español, porque en nuestro país, el Fiscal, que siempre interviene en el proceso penal, lo hace como garante de la legalidad, por lo que puede acusar o pedir la absolución según considere que los hechos no son constitutivos de delito o no hayan quedado probados, ya que junto a él, los perjudicados por el delito pueden ejercer la acusación.

El Fiscal español en los juicios penales, además, debe pedir la indemnización correspondiente en favor de la víctima del delito y velar por la ejecución de las sentencias.

En definitiva, es importante subrayar que en nuestro país, cualquier ciudadano víctima o perjudicado de un delito puede convertirse en acusador penal y darse incluso la posibilidad de que en el transcurso del proceso el Fiscal pida la absolución, dado su carácter de parte imparcial que debe velar por el cumplimiento de la ley.

Pero hay que recordar que el Fiscal español, no sólo interviene en el proceso penal, sino que como señala el art. 124 de la Constitución Española, se le encomienda como misión «promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley», por lo que su intervención no se circunscribe a la esfera penal, sino que se expande a todos los procesos en los que se deban defender los derechos e intereses expuestos.

2. ÁMBITO DE ACTUACIÓN Y PRINCIPIOS RECTORES

El Ministerio Fiscal es un órgano integrado dentro del Poder Judicial que actúa con autonomía en el desempeño de sus funciones y que ejerce su misión por medio de órganos propios, actuando de forma coordinada y unitaria en todo el territorio del Estado.

Está organizado de forma jerárquica, debiendo actuar en todo caso conforme a la Ley y de forma objetiva e imparcial.

2.1. Los principios de legalidad e imparcialidad

Independientemente de su organización jerárquica, el Fiscal debe actuar siempre de conformidad al principio de legalidad, esto es, con sujeción a la Constitución, a las leyes y demás normas que integran el ordenamiento jurídico vigente, dictaminando, informando y ejercitando, en su caso, las acciones procedentes u oponiéndose a las indebidamente actuadas en la medida y forma en que las leyes lo establezcan.

De modo que si el Fiscal estimare improcedente el ejercicio de las acciones o la actuación que se le haya confiado, podrá negarse a intervenir, en la forma que pasamos a examinar a continuación:

«El Fiscal que recibiere una orden o instrucción que considere contraria a las leyes o que, por cualquier otro motivo estime improcedente, se lo hará saber así, mediante informe razonado, a su Fiscal Jefe. De proceder la orden o instrucción de éste, si no considera satisfactorias las razones alegadas, planteará la cuestión a la Junta de Fiscalía y, una vez que ésta se manifieste, resolverá definitivamente reconsiderándola o ratificándola.

De proceder de un superior, elevará informe a éste, el cual, de no admitir las razones alegadas, resolverá de igual manera oyendo previamente a la Junta de Fiscalía.

Si la orden fuere dada por el Fiscal General del Estado, éste resolverá oyendo a la Junta de Fiscales de Sala».

En el supuesto que el superior se ratificase en sus instrucciones, lo hará por escrito razonado con la expresa relevación de las responsabilidades que pudieran derivarse de su cumplimiento o bien encomendará a otro Fiscal el despacho del asunto a que se refiera.

Finalmente, por el principio de imparcialidad el Ministerio Fiscal actuará con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le estén encomendados. Por ello, los miembros del Ministerio Fiscal no podrán ser recusados.

Se abstendrán de intervenir en los pleitos, cuando les afecten algunas de las causas de abstención establecidas para los Jueces y Magistrados en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuanto les sean de aplicación. Las partes intervinientes en los referidos pleitos, podrán acudir al superior jerárquico del Fiscal de que se trate interesando que se ordene su abstención en el proceso. Si se refiriese al Fiscal General del Estado resolverá el Ministro de Justicia. Contra las decisiones anteriores no cabrá recurso alguno.

2.2. Principio de colaboración institucional

El Ministerio Fiscal colaborará con las Cortes Generales a requerimiento de éstas y siempre que no exista obstáculo legal, sin perjuicio de comparecer ante las mismas para informar de aquellos asuntos para los que especialmente fuera requerido. Las Cortes Generales se comunicarán con el Ministerio Fiscal a través de los Presidentes de las Cámaras. Colaboración que también tendrá lugar cuando los órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas interesen la actuación del Ministerio Fiscal en defensa del interés público se dirigirán, a través del Ministro de Justicia, al

Fiscal General del Estado, quien, oída la Junta de Fiscales de Sala, resolverá lo procedente, ajustándose en todo caso al principio de legalidad. Cualquiera que sea el acuerdo adoptado, se dará cuenta del mismo a quien haya formulado la solicitud.

Debemos concluir por tanto, que aunque la organización de la Fiscalía responde, como no podía ser de otro modo, a un modelo jerarquizado, los Fiscales en su trabajo diario, sólo están sujetos a los principios de legalidad, objetividad e imparcialidad, por lo que tienen plena libertad en la toma de las decisiones pertinentes.

3. FUNCIONES

Se le encomienda al Ministerio Fiscal la misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales, y procurar ante éstos la satisfacción del interés social. (Art. 124 CE.), siendo múltiples y variadas las materias jurídicas en las interviene.

En concreto, le corresponde:

A) Actuaciones relativas a la defensa jurisdiccional.

- Velar por que la función jurisdiccional se ejerza eficazmente conforme a las leyes y en los plazos y términos en ellas señalados, ejercitando, en su caso, las acciones, recursos y actuaciones pertinentes.
- Mantener la integridad de la jurisdicción y competencia de los Jueces y Tribunales, promoviendo los conflictos de jurisdicción y, en su caso, las cuestiones de competencia que resulten procedentes e intervenir en las promovidas por otros.
- Ejercer cuantas funciones le atribuya la ley en defensa de la independencia de los jueces y tribunales.
- Velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa.

B) Actuaciones relativas al proceso penal.

- Ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas u oponerse a las ejercitadas por otros, cuando proceda.
- Velar por la protección procesal de las víctimas, promoviendo los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas.
- Intervenir en el proceso penal, instando de la autoridad judicial la adopción de las medidas cautelares que procedan y la práctica de las diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos.
- En los delitos perpetrados por menores, y conforme a la Ley de Menores, el Fiscal es el instructor del procedimiento, debiendo orientar su actuación a la satisfacción del interés superior del menor.

- En la ejecución de las penas, velará por el cumplimiento de las mismas y el respeto a los derechos de los penados.

C) Actividades relativas al proceso civil.

- Tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley.
- Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación.

La actividad del Fiscal en este campo es muy amplia e importante, pues conforme al art. 749 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los procesos sobre incapacitación, en los de nulidad matrimonial y en los de determinación e impugnación de la filiación será siempre parte el Ministerio Fiscal, aunque no haya sido promotor de los mismos ni deba, conforme a la Ley, asumir la defensa de alguna de las partes.

En los demás procesos, será preceptiva su intervención siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal.

El proceso relativo a la capacidad de las personas es uno de los ámbitos en que la intervención del Ministerio Fiscal resulta obligada, por su peculiar posición de garante de los derechos de los incapaces y de institución encargada de integrar su capacidad cuando no le corresponda hacerlo a otra persona, lo que le lleva en tales casos a asumir legalmente su representación y defensa.

El Ministerio Fiscal está siempre legitimado para presentar la demanda de incapacidad o de declaración de prodigalidad, cuando no lo haga ninguna de las personas legalmente facultadas, con la única excepción de la incapacitación de menores de edad, que sólo podrá ser promovida por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela.

La puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal de hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación, no obliga al Fiscal a interponer automáticamente la demanda de incapacitación, sino que deberá analizar las circunstancias del caso y en función de las mismas determinar si procede o no la interposición de la demanda. Para que el M. Fiscal pueda interponer una demanda en declaración de incapacidad, debe tener previo conocimiento de la existencia de una persona que padezca alguna enfermedad física o psíquica que la incapacite.

Cualquier persona puede comunicar al Fiscal la existencia de aquella circunstancia, transformándose esta facultad en obligación legal para las autoridades y funcionarios públicos que por razón de su cargo tuvieran conocimiento de ello, y para el Juez que haya adoptado de oficio alguna medida cautelar de protección del presunto incapaz.

Normalmente este «conocimiento», llega al Fiscal por las comunicaciones realizadas por los centros en donde se hallan internadas (que suelen ser obligatorias conforme a las legislaciones autonómicas), organismos públicos como la Seguridad Social, por los informes emitidos por los profesionales de las redes de asistencia social dependientes de Ayuntamientos o Diputaciones Provinciales, así como por los familiares, vecinos o conocidos del presunto incapaz.

Recibida la noticia por parte del Fiscal, se inicia una fase que se podría llamar de «instrucción» y que en la práctica diaria se suele denominar «diligencias informativas previas a la interposición de la demanda» o *diligencias preprocesales*, por cuanto consisten en recabar toda la información necesaria para poder determinar si procede o no interponer demanda de incapacitación, y en su caso, poder promoverla adecuadamente.

Se hallan expresamente autorizadas en el EOMF art. 5, último párrafo que señala, «*También podrá el fiscal incoar diligencias preprocesales encaminadas a facilitar el ejercicio de las demás funciones que el ordenamiento jurídico le atribuye*».

Mediante estas, se recopilará información actual sobre la enfermedad padecida por el presunto incapaz y sobre los familiares próximos a este, a fin de poder proponer a quién pueda asumir la defensa judicial y, en su caso, la tutela o cualquier otro régimen de guarda, sobre su situación económica y personal, o por si procediere, solicitar con carácter previo o junto con la demanda medida de protección cautelar.

Recabada toda la información, se debe de resolver sobre si procede o no interponer la demanda. Al respecto cabe indicar que el Ministerio Fiscal no puede optar entre promover o no promover la incapacitación, cuando realmente existe una causa de incapacitación, y a ello se refiere el artículo 757.2 de la LEC., cuando se emplea la expresión «deberá», pero si considera que no concurren los requisitos legales, la causa y el motivo bastante que impide a una persona para gobernarse a sí misma, no interpondrá la demanda.

Del mismo modo interviene el Ministerio Fiscal en el proceso de reintegración de la capacidad o modificación del alcance de la incapacitación, y en el de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico.

Finalmente, su ámbito de actuación se extiende también a la adopción de otras medidas cautelares, distinguiéndose entre las medidas cautelares preprocesales y las medidas cautelares procesales.

Las primeras únicamente podrán ser adoptadas de oficio por el tribunal competente o bien podrán ser solicitadas por el Ministerio Fiscal en cuanto tenga conocimiento de la existencia de una persona con una posible causa de incapacitación.

En todo caso, si el juez estima que debe adoptar alguna medida de protección preprocesal comunicará al Ministerio Fiscal la información que posea a fin de que éste estime si procede o no interponer demanda de incapacitación.

Las segundas pueden ser adoptadas de oficio, o a instancia de cualquiera parte durante la tramitación del procedimiento de incapacitación.

Tanto unas como otras podrán tener por objeto la protección de la persona del presunto incapaz, o su patrimonio, o ambas esferas a la vez, siendo frecuente que como medida cautelar se nombre un administrador provisional, se adopten medidas de control de los bienes, como bloqueo de cuentas, anotación de la demanda en el Registro de Propiedad o en el Registro de Mercantil, dentro de la esfera patrimonial; o por ejemplo la sumisión a tratamiento ambulatorio o internamiento, dentro de la esfera personal.

Merece también especial atención el tratamiento ambulatorio como medida cautelar, por cuanto al respecto cabe decir que si bien podrá adoptarse como tal cuando exista un procedimiento de incapacitación en trámite o vaya a promoverse en un futuro inmediato, no hay instrumento legal alguno que permita someter a tratamiento a una persona que no se halla presuntamente incapacitada, suponiendo ello una importante laguna legal que, a la postre, implica que exista un mayor número de internamientos por incumplimiento de un tratamiento ambulatorio seguido voluntariamente por una persona que, si bien padece una enfermedad que le hace tributario de internamiento, no es presuntamente incapaz.

Finalmente, el Fiscal, asistido por la autoridad de las Comunidades Autónomas competentes, efectuará visitas periódicas a los centros geriátricos, para conocer las condiciones físicas y psíquicas en que se encuentran los residentes.

– Intervención del Fiscal en la ley 41/2003, de 18 de noviembre, «de protección patrimonial de las personas con discapacidad»

El objeto inmediato de esta ley es la regulación de una masa patrimonial, el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad, la cual queda inmediata y directamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona con discapacidad, favoreciendo la constitución de este patrimonio y la aportación a título gratuito de bienes y derechos a la misma.

Aspecto fundamental del contenido de la ley es el de la supervisión de la administración del patrimonio protegido de las personas con discapacidad. El primer aspecto que destaca de esta supervisión es que el constituyente puede establecer las reglas de supervisión y fiscalización de la administración del patrimonio que considere oportunas.

En segundo lugar, la supervisión institucional del patrimonio protegido corresponde al Ministerio Fiscal, respecto del cual se prevén dos tipos de actuaciones, a saber: Una supervisión permanente y general de la administración del patrimonio protegido, a través de la información que, periódicamente, el administrador debe remitirle.

Una supervisión esporádica y concreta, ya que cuando las circunstancias concurrentes en un momento determinado lo hicieran preciso, el Ministerio Fiscal puede solicitar del juez la adopción de cualquier medida que se estime pertinente en beneficio de la persona con discapacidad. A estos efectos, el Ministerio Fiscal puede actuar tanto de oficio como a solicitud de cualquier persona, y será oído en todas las actuaciones judiciales que afecten al patrimonio protegido, aunque no sean instadas por él. Por otro lado, la ley crea la Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, cuya función básica es ser un órgano externo de apoyo, auxilio y asesoramiento del Ministerio Fiscal en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las demás que reglamentariamente pudieran atribuírsele. Dada la importancia de esta Comisión, y la especialización que sus funciones pueden requerir, se prevé que en ella participen, en todo caso, representantes de la asociación de utilidad pública, más representativa en el ámbito estatal, de los diferentes tipos de discapacidad.

– Intervención en la autotutela.

El contenido de la ley de protección, no acaba en la regulación del patrimonio protegido de las personas con discapacidad, sino que además se incorporan distintas modificaciones de la legislación vigente que tratan de mejorar la protección patrimonial de estas personas, aumentando las posibilidades jurídicas de afectar medios económicos a la satisfacción de las necesidades de estas personas o que, en general, mejoran el tratamiento jurídico de las personas con discapacidad.

Destaca en primer lugar la regulación de la autotutela, es decir, la posibilidad que tiene una persona capaz de obrar de adoptar las disposiciones que estime convenientes en previsión de su propia futura incapacitación, lo cual puede ser especialmente importante en el caso de enfermedades degenerativas.

Efectivamente, si ya los padres pueden adoptar las medidas que consideren oportunas respecto de la persona y bienes de sus hijos menores o incapacitados, no se ven obstáculos para que esta misma posibilidad corresponda a una persona con capacidad de obrar suficiente respecto de sí mismo, para el caso de ser incapacitado.

Esta autotutela se regula introduciendo unos cambios mínimos en el Código Civil, consistentes en habilitar a las personas capaces para adoptar las disposiciones que considere oportunas en previsión de su propia incapacitación, y ello en el mismo precepto que regula las facultades parentales respecto de la tutela, y en alterar el orden de delación de la tutela, prefiriendo como tutor en primer lugar al designado por el propio tutelado, si bien sin modificar la facultad genérica que corresponde al juez de alterar el orden de delación cuando así convenga al interés del incapacitado pero siempre que hayan sobrevenido circunstancias que no fueron tenidas en cuenta al efectuar la designación. Además, se garantiza, mediante los mecanismos oportunos que el juez que estuviera conociendo de la constitución de la tutela pueda conocer la eventual existencia de disposiciones relativas a la misma, sean de los padres, sean del propio incapaz.

D) Otras intervenciones del Ministerio Fiscal.

- Velar por el cumplimiento de las resoluciones judiciales que afecten al interés público y social.
- Intervenir en los procesos judiciales de amparo.
- Interponer el recurso de amparo constitucional, así como intervenir en los procesos de que conoce el Tribunal Constitucional en defensa de la legalidad, en la forma en que las leyes establezcan.
- Intervenir en los supuestos y en la forma prevista en las leyes en los procedimientos ante el Tribunal de Cuentas. Defender, igualmente, la legalidad en los procesos contencioso-administrativos y laborales que prevén su intervención.
- Promover o, en su caso, prestar el auxilio judicial internacional previsto en las leyes, tratados y convenios internacionales.

4. ORGANIZACIÓN

El Ministerio Fiscal es único para todo el Estado y se organiza jerárquicamente por todo el territorio nacional, en forma piramidal, siendo el Fiscal General del Estado quién ostenta la jefatura superior del Ministerio Fiscal y su representación en todo el territorio español, correspondiéndole impartir las órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al orden interno de la institución y, en general, la dirección e inspección del Ministerio Fiscal.

Al frente de cada Fiscalía, el Fiscal Jefe respectivo ejercerá la dirección y actuará siempre en representación del Ministerio Fiscal, bajo la dependencia de sus superiores jerárquicos y del Fiscal General del Estado.

En aquellas Fiscalías en las que el número de asuntos de que conociera así lo aconsejara y siempre que resultara conveniente para la organización del servicio, previo informe del Consejo Fiscal, podrán designarse delegados de la jefatura con el fin de asumir las funciones de dirección y coordinación que le fueran específicamente encomendadas.

La plantilla orgánica determinará el número máximo de delegados de la jefatura que se puedan designar en cada Fiscalía.

Son órganos del Ministerio Fiscal los siguientes:

4.1. La Fiscalía General del Estado

El Fiscal General del Estado, será elegido entre juristas españoles de reconocido prestigio con más de quince años de ejercicio efectivo de su profesión, a propuesta del Gobierno, oído previamente el Consejo General del Poder Judicial.

Nombrado y cesado por el Rey, prestará juramento o promesa que previene la Ley y tomará posesión del cargo ante el Pleno del Tribunal Supremo.

El Fiscal General del Estado tendrá carácter de autoridad en todo el territorio español y se le guardará y hará guardar el respeto y las consideraciones debidos a su alto cargo.

4.2. Corresponden al Fiscal General del Estado, entre otras, las siguientes funciones:

- 16 Proponer al Gobierno los nombramientos para los distintos cargos, previo informe del Consejo Fiscal.
- Proponer al Gobierno los ascensos conforme a los informes de dicho Consejo.
- Conceder las licencias que sean de su competencia.

4.3. De la actuación del Fiscal General y sus límites

El Fiscal General del Estado podrá impartir a sus subordinados las órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al ejercicio de las funciones, tanto de carácter general como referidas a asuntos específicos.

Los miembros del Ministerio Fiscal pondrán en conocimiento del Fiscal General del Estado los hechos relativos a su misión que por su importancia o trascendencia deba conocer.

Las órdenes, instrucciones y comunicaciones referidas se realizarán a través del superior jerárquico, a no ser que la urgencia del caso aconseje hacerlo directamente, en cuyo supuesto se dará ulterior conocimiento al mismo.

Análogas facultades y deberes tendrán los Fiscales Jefes de cada órgano respecto a los miembros del Ministerio Fiscal que le estén subordinados y éstos respecto al Jefe.

El Fiscal que reciba una orden o instrucción concerniente al servicio y al ejercicio de sus funciones, referida a asuntos específicos, deberá atenerse a las mismas en sus dictámenes, pero podrá desenvolver libremente sus intervenciones orales en lo que crea conveniente al bien de la justicia.

El Fiscal General del Estado podrá llamar a su presencia a cualquier miembro del Ministerio Fiscal para recibir directamente sus informes y darle las instrucciones que estime oportunas, trasladando, en este caso, dichas instrucciones al Fiscal Jefe respectivo, pudiendo designar a cualquiera de los miembros del Ministerio Fiscal para que actúe en un asunto determinado, ante cualquiera de los órganos jurisdiccionales en que el Ministerio Fiscal está legitimado para intervenir, oído el Consejo Fiscal. Las mismas facultades tendrán los Fiscales Jefes respecto de los funcionarios que les están subordinados, oída la Junta de Fiscalía.

4.4. Órganos de asistencia

El Fiscal General del Estado está asistido por los siguientes órganos:

1. El Consejo Fiscal, que desempeña funciones de coordinación para asegurar la unidad de actuación del Ministerio Fiscal, así como funciones en materia de nombramientos, ascensos, expedientes disciplinarios y de mérito, y en materia de formación y selección de los fiscales.
2. La Junta de Fiscales de Sala asiste al Fiscal General del Estado en materia doctrinal y técnica, en orden a la formación de los criterios unitarios de interpretación y actuación legal, la resolución de consultas, elaboración de las memorias y circulares, preparación de proyectos e informes que deban ser elevados al Gobierno.
3. La Secretaría Técnica, a la que corresponde realizar trabajos preparatorios que se le encomienden en aquellas materias en las que corresponda a la Junta de Fiscales de Sala asistir al Fiscal General del Estado, así como funciones en materia de cooperación judicial internacional.
4. La Inspección Fiscal, que realiza funciones de inspección del Ministerio Fiscal.

4.5. Organización de las Fiscalías

A) Fiscalías directamente adscriptas a órganos jurisdiccionales

Existen Fiscalías en cada uno de los Tribunales siguientes:

- Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional, bajo la jefatura directa del Fiscal General del Estado.
- Tribunal de Cuentas, Audiencia Nacional, Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales, bajo la jefatura directa del Fiscal respectivo.

En las Fiscalías de la Audiencia Nacional, de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Provinciales existe una Sección de Menores a la que se encomiendan las funciones y facultades que se atribuyen al Ministerio Fiscal en materia de responsabilidad penal de los menores.

Fiscalías de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Provinciales.

El Fiscal Jefe de cada órgano ejercerá la dirección de éste y actuará siempre en representación del Ministerio Fiscal bajo la dependencia de sus superiores jerárquicos y del Fiscal General del Estado.

Corresponde a los Fiscales Jefes de cada órgano:

- a) Organizar los servicios y la distribución del trabajo entre los Fiscales de la plantilla y la adscripción de los componentes de la Sección de Menores, oída la Junta de Fiscalía.
- b) Conceder los permisos y licencias de su competencia.
- c) Ejercer la facultad disciplinaria en los términos que establezcan el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y su Reglamento.
- d) Hacer las propuestas de recompensas, de méritos y las menciones honoríficas que procedan.
- e) Las demás facultades que el Estatuto u otras disposiciones le confieran.

Cada Fiscalía celebrará periódicamente juntas de todos sus componentes, con la finalidad de conseguir la unidad de criterios para todos los Fiscales, estudiar los asuntos de especial trascendencia o complejidad y fijar posiciones respecto a temas relativos a su función.

Los acuerdos de la mayoría tendrán carácter de informe, prevaleciendo después del libre debate el criterio del Fiscal Jefe. Sin embargo, si esta opinión fuese contraria a la manifestada por la mayoría de los asistentes, deberá someter ambas a su superior jerárquico. Hasta que se produzca el acuerdo del superior jerárquico, de requerirlo el tema debatido, el criterio del Fiscal Jefe gozará de ejecutividad en los extremos estrictamente necesarios.

Las Juntas de Fiscales podrán ser ordinarias o extraordinarias.

Las ordinarias se celebrarán al menos semestralmente. Su orden del día será fijado por el Fiscal Jefe, si bien deberán incluirse en el mismo aquellos otros asuntos o temas que propongan por escrito y antes del comienzo de la Junta, un quinto, al menos, de los fiscales destinados en las Fiscalías. También podrá deliberarse, fuera del orden del día, sobre aquellos asuntos que proponga cualquiera de los asistentes a la Junta y el Fiscal Jefe acuerde someter a debate.

Las Juntas extraordinarias tienen como finalidad el debate de cuestiones urgentes o de especial complejidad. La convocatoria, que expresará el orden del día deberá hacerla el Fiscal Jefe, por propia iniciativa, o por moción suscrita por mayoría de los fiscales destinados en la Fiscalía.

Los Fiscales Jefes podrán convocar juntas de delegados de la jefatura, con el fin de tratar cuestiones relativas a la dirección y coordinación de los distintos servicios, sin que en ningún caso puedan sustituir en sus funciones a la Junta General.

Asimismo, para mantener la unidad de criterios, o fijar posiciones respecto a temas relativos a su función, los Fiscales Jefes de los Tribunales Superiores de Justicia podrán convocar, como superiores jerárquicos, Junta de Fiscales que integre a quienes desempeñen la jefatura de las Fiscalías de las Audiencias Provinciales en los respectivos ámbitos territoriales.

El número de las Fiscalías y la plantilla de éstas se fijarán por Real Decreto, a propuesta del Ministro de Justicia, previo informe del Fiscal General del Estado, oído el Consejo Fiscal.

B) De las Fiscalías Especializadas

La gran diversidad de asuntos que competen al Ministerio Fiscal, hizo necesario la creación de Fiscalías especializadas, en razón a las materias de especial trascendencia social.

Estas Fiscalías son:

- Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas.

Es un órgano asistente al Fiscal General del Estado en materias doctrinales y técnicas relativas al tráfico de sustancias estupefacientes, cuya actividad se concreta en:

- Intervenir en los procesos penales por estos delitos cuando produzcan efectos en lugares pertenecientes a distintas Audiencias Provinciales y cualesquiera otros que sean competencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y de los Juzgados Centrales de Instrucción.
 - Investigar toda clase de personas respecto de las que existan indicios de que realizan o participan en actos de tráfico ilegal de drogas o de que pertenecen o auxilian a organizaciones que se dedican a dicho tráfico.
 - Controlar el tratamiento de los drogodependientes a quienes se haya aplicado la remisión condicional.
 - Promover o, en su caso, prestar el auxilio judicial internacional en orden a la prevención del tráfico ilegal de drogas.
 - Ejercer las demás funciones que el ordenamiento jurídico estatal le atribuya.
- Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción.

Esta Fiscalía interviene directamente en procesos penales de especial trascendencia, en concreto:

- Delitos cometidos por los funcionarios públicos (prevaricación, abuso o uso indebido de información privilegiada, malversación de caudales públicos, tráfico de influencias, cohecho, negociación prohibida, etc.) cuando sean atribuidos a quienes ostenten la condición de

altos cargos en el Gobierno nacional y sus equivalentes en la Administración Autonómica, Provincial y Local.

- Delitos de malversación de caudales públicos relacionados con fondos reservados.
- Delitos de contrabando que se produzcan por medio o en beneficio de personas, entidades u organizaciones con facilidad especial para la comisión del delito.
- Delitos monetarios entre 60.000 y 300.000 euros.
- Delitos contra la Hacienda Pública, cuando los cometan determinadas entidades y la infracción tributaria hubiera generado consecuencias de gran trascendencia para la eficacia de la gestión tributaria.
- Los fraudes a los intereses financieros de la Unión Europea.
- Defraudaciones y maquinaciones para alterar el precio de las cosas, en los casos siguientes:
 - Defraudaciones:
En los casos en que exista insolvencia punible (cuando se declara la insolvencia de una persona o entidad).
En los casos de defraudación cuando se den todas las circunstancias siguientes:
 - Que la defraudación sea de especial gravedad.
 - Que afecte a una multiplicidad de perjudicados, directa o indirectamente.
 - Que la defraudación afecte a bienes de primera necesidad u otros de reconocida utilidad social.
 - Maquinaciones para alterar el precio de las cosas:
 - Cuando se produzcan a través de estructuras societarias u organizativas de cierta complejidad y recaigan sobre bienes o valores de evidente y reconocida utilidad social.

Las Fiscalías del Tribunal Supremo, ante el Tribunal Constitucional, Audiencia Nacional, Tribunal de Cuentas, para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas y para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción tienen su sede en Madrid y extienden sus funciones a todo el territorio del Estado.

Las demás Fiscalías tendrán su sede donde residan los respectivos Tribunales y Audiencias y ejercerán sus funciones en el ámbito territorial de los mismos.

En la actualidad está en estudio la creación de nuevas Fiscalías especializadas desde donde se pueda dar cumplida respuesta a las nuevas formas de criminalidad, como la encargada de coordinar la lucha contra la «violencia doméstica», delitos contra el medio ambiente, delitos relacionados con la siniestrabilidad laboral y criminalidad organizada internacional.

NORMATIVA ESPECÍFICA APLICABLE

Código Civil

Aceptación de herencia, 993.

Adopción, 179.

Ausencia, 181, 182, 184 y 185.

Compraventa, 1.459.

Herencia, 778.

Incapacidad, 215.

Matrimonio, 49, 98 y 102.

Reconocimiento de filiación, 121, 124 y 129.

Testamento militar, 718.

Testamento ológrafo, 692.

Tutela, 203, 206, 207, 211, 213, 228, 230, 231, 232, 248, 273 y 299 bis.

Vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de menores, 174.

Ley de Condiciones Generales de la Contratación 7/1998 de 13 de abril

Legitimación. 16, 6.

LEY CONCURSAL.

Ley Orgánica 22/2003 de 9 de Julio, concursal.

Intervención Art. 4 del Ministerio Fiscal.

Dictamen Art. 169.

Tramitación Art. 170.

Código Penal

Abandono de familia, 228.

Abandono de menores, 233.

Agresiones, acoso o abusos sexuales, 191.

Amenazas, 171.

Carácter de autoridad, 24.1.

Daños por imprudencia, 267.

Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, 305, 307, 308.

Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores, 287.

Delitos societarios, 296.

Descubrimiento y revelación de secretos, 201.

Esterilización de persona incapaz, 156.

Expulsión de extranjeros, 89.

Faltas perseguibles a instancia de persona agraviada, 639.

Incapaces o menores, Disp. Ad. 2.^a

Obstrucción a la Justicia, 463.

Perdón menores o incapacitados, 130.4.º

Presentación de testigos falsos, peritos o intérpretes mendaces o documentos falsos, 461.
Prostitución, 189.
Querrela, denuncia: delitos libertad sexual, 191.1.
Recurso de casación afectado por nuevo Código, Disp. trans. 9.^a
Régimen de cumplimiento en limitación de penas, 78.
Reproducción asistida, 162.
Revelación de actuaciones declaradas secretas, 466.
Revisión de sentencias, Disp. trans 4.^a
Suspensión ejecución penas privativas de libertad, 81.

Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores

2/2002 de 12 de enero.
Reglamento de 30 de julio de 2004.

Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal

Ley 14/2003, de 26 de mayo, de modificación de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.
Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
Instrucción 1/1996, de 15 de enero, sobre competencias y organización de la Fiscalía Especial para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción.
REAL DECRETO 1545/2004, de 25 de junio, por el que se fija la plantilla orgánica del Ministerio Fiscal.

DIRECCIONES DE INTERÉS :

Fiscalía del Tribunal Supremo: C/ Fortuny, 4. 28071. Madrid. Tfno. 91 335 21 42.
Fiscalía del Tribunal Constitucional: C/ Domenico Scarlatti, 6. 28003. Madrid. Tfno. 91 550 80 00.
Fiscalía de la Audiencia Nacional: C/ García Gutiérrez, 1. 28071. Madrid. Tfno. 91 397 33 54.
Fiscalía del Tribunal de Cuentas: C/ Fuencarral, 81. 28004. Madrid. Tfno. 91 447 87 01.
Fiscalía para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas: C/ García Gutiérrez, 1. 28071. Madrid. Tfno. 91 397 33 76.
Fiscalía para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción: Paseo de la Castellana, 147. 28071. Madrid. Tfno. 91 572 18 51 / 91 571 28 44.

2

LA INCAPACITACIÓN

Antonio Martínez Maroto
Jefe de Área del Plan Gerontológico, IMSERSO

1. INTRODUCCIÓN

La incapacidad, institución jurídica, de la que vamos a hablar aquí, así como la tutela, tienen un constructo jurídico relativamente desfasado, si tenemos en cuenta las situaciones a las que se está aplicando, que crea no pocos problemas a la hora de su aplicación concreta y actual. Y ello a pesar de los esfuerzos hechos con las revisiones efectuadas al respecto. Cuando se formalizaron estas instituciones dentro del Código civil, se hicieron pensando en enfermedades mentales de personas jóvenes principalmente, y no en determinados síndromes invalidantes muy frecuentes actualmente, ni en determinado tipo de demencias, tan reiterativas en estos días y que son producto, sobre todo, de la edad avanzada de las personas. A finales del siglo XIX las personas vivían muchos menos años y muy pocos se demenciaban por patologías que tuvieran relación con la edad avanzada. Asimismo se estaba pensando en aquellos que dilapidaban su fortuna, los pródigos.

El Código civil no ha cambiado sustancialmente su filosofía. De ahí la importancia de la precisión que acabo de hacer, por otra parte bastante común. No obstante han existido cambios significativos que han ido adaptando la institución y su filosofía primitiva a las situaciones concretas de los cambios sociales operados.

Vamos a profundizar en la utilidad o conveniencia de usar la incapacidad como apoyo protector de las personas con determinados problemas invalidantes, más allá de la obligación jurídica de su aplicación y teniendo en cuenta determinados factores éticos.

El carácter tuitivo de la incapacidad no puede ponerse en duda. Estamos ante una institución de protección a la persona, de ahí que todo el proceso de incapacidad y la posterior designación de tutor se debe hacer sin perder de vista este carácter protector a la persona. Incapacitar a una persona significa dotarla de unos medios de protección, de los que aparentemente carece y ello en razón de propiciar el cumplimiento de los derechos que le son inherentes. El respeto a la dignidad humana y el cumplimiento de los derechos fundamentales otorgados por la Constitución está en el sentido finalista de una buena aplicación de la norma del Código civil.

2. LA PERSONA. LA CAPACIDAD JURÍDICA Y LA CAPACIDAD DE OBRAR. LOS ESTADOS DE SEMICAPACIDAD.

El concepto persona tiene diferentes perspectivas y diferentes modos de entenderse. Con suficiente reiteración los especialistas en la materia han hablado de un concepto vulgar, otro filosófico y otro jurídico. A nosotros nos interesa fundamentalmente este último. La persona no deja de ser una realidad natural, dice Ramos Chaparro, de fuerte connotación ética, constatada históricamente, previa al concepto jurídico, con existencia propia y determinante de la posterior conceptualización jurídica.

A lo largo de la historia se han ido forjando una serie de conceptualizaciones de la persona que han tenido lógicamente mucho que ver con las corrientes filosóficas imperantes. Concretamente

y por citar sólo un momento concreto, en las revoluciones liberales, con una valoración individualista predominante y con una configuración del modelo antropológico-jurídico, la persona es el imperativo sujeto de derechos. De ahí se derivan todas las declaraciones universales de derechos humanos. Pero esto es solamente un ejemplo de las muchas formas de ver la persona de acuerdo a las diferentes corrientes de pensamiento.

Con independencia de las diferentes realidades conceptuales de persona, en las que no voy a entrar por no ser ni el momento oportuno, ni el objeto de este trabajo, sí es conveniente remarcar la idea de que no siempre se ha tenido el mismo concepto de persona. A modo de resumen o colofón podemos decir que **Persona es el ser humano reconocido como sujeto de derechos**. Pero no sólo el ser humano es persona a título individual, sino que también puede serlo a título colectivo. Así, hablamos de personas físicas, en tanto en cuanto hombre o mujer en su estricta individualidad y de personas jurídicas en tanto en cuanto colectividad de seres humanos.

Para las personas físicas, el nacimiento determina la personalidad, pero existe una riquísima doctrina jurídica en relación con el concebido no nacido. Esta teoría sobre el «nasciturus» se basa en el propio art. 29, párrafo 2.º, que prescribe que el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el art. 30 del C. c.

La extinción o término de la persona física se produce con la muerte, de acuerdo a lo indicado en el art. 32 del C. c.

Por el mero hecho de ser persona se adquieren los derechos inherentes a la personalidad, que pertenecen a la persona física, al ser humano, desde que tiene 24 horas hasta su muerte. Se denominan derechos de la personalidad, derechos de primer grado o derechos fundamentales, y son derechos subjetivos que tienen como prioridad la protección de la propia persona. Son derechos absolutos que se ejercen *erga omnes*, imprescriptibles e inherentes a la persona. Entre ellos se pueden señalar como más significativos los siguientes: derecho a la vida y a la integridad física, derecho a la libertad, derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, derecho a la no discriminación, derecho a la información, y derecho a la tutela de los jueces, entre otros.

La persona en cuanto tal y jurídicamente hablando tiene dos cualidades jurídicas principales que se compendian en la **capacidad jurídica** y capacidad de obrar. La capacidad jurídica no se otorga por el ordenamiento jurídico sino que se reconoce a toda persona por el mero hecho de serlo. Puede definirse como la **aptitud que el ordenamiento jurídico reconoce a todas las personas y que no es otra cosa que la idoneidad para ser sujeto en las relaciones de derecho**. La capacidad jurídica es la misma durante toda la vida, uniforme, inmune a gradualidades o modificaciones, es la expresión de la igualdad y de la dignidad de la persona que se resalta en la Constitución, como muy bien dice el magistrado Gullón Ballesteros.

Toda persona tiene capacidad jurídica, pero no toda persona tiene capacidad de obrar. **La capacidad de obrar es la posibilidad real del ejercicio de los derechos y del cumplimiento de las obligaciones**. Lógicamente no toda persona puede ejercer sus derechos o cumplir sus obligaciones en plenitud. Existen personas con limitaciones ostensibles, de hecho. La capacidad de obrar determina la mayoría de edad. Así se especifica en el art. 322 del C. c. «El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este

código». El art. 315 del mismo texto legal determina que la mayoría de edad empieza en el Estado Español a los 18 años.

La capacidad de obrar se presume en toda persona mayor de edad, de tal modo que toda persona con independencia de su aparente capacidad para razonar o de su estado mental o psíquico es persona capaz civilmente hablando, con capacidad jurídica, que le es inherente a la propia personalidad y capacidad de obrar, que se le presume. La capacidad de obrar es susceptible, como veremos después, de restringirse, limitarse o anularse, pero esto debe hacerlo solamente un juez, con competencia en el caso. Así pues, mientras que eso (la posibilidad de restricción, limitación o anulación) no suceda, la persona es capaz plenamente y, como mucho, se puede hablar de un presunto incapaz, cuando haya muestras inequívocas de imposibilidad real de autogobierno, y entonces, como presunto incapaz tendrá un estatuto jurídico diferente del incapaz. Así, si entendemos que realmente la persona en cuestión no está habilitada para tomar sus propias decisiones, estaremos ante un presunto incapaz que, vuelvo a reiterar, tiene un estatuto jurídico diferente al incapaz y por supuesto diferente al capaz. Las situaciones en las que puede encontrarse una persona en relación a su capacidad de obrar tienen que quedar meridianamente claras y son estas tres:

- 1.^a Persona capaz. Persona mayor de edad que está en el pleno ejercicio de su capacidad de obrar. No tiene sentencia de incapacitación ni las causas que señala el art. 200 del C.c. (enfermedad o deficiencia, de carácter físico o psíquico, persistente, que impide el autogobierno) y por lo tanto está en el pleno ejercicio de sus derechos y obligaciones.
- 2.^a Persona Incapaz. Mayor o menor de edad que tiene una sentencia judicial de incapacitación (la sentencia explica los límites de la incapacidad). A este tipo de incapacidad, sin saber por qué, hay quienes se empeñan en llamarla «incapacidad legal», como si hubiera otra incapacidad que no fuera legal.

Realmente con llamarla incapacidad es suficiente, se entiende que estamos hablando de incapacidad legal, porque a la no legal (entendiendo como tal la «de hecho») hay que llamarla «presunta incapacidad» o «presunción de incapacidad », porque nadie tiene la facultad, atribuida por ninguna norma, de reconocerla, salvo el juez competente y por unas causas específicas. Como mucho, lo que algunos profesionales pueden hacer es «señalarla como posible», «apreciarla como probable» y comunicarla al Ministerio Fiscal, pero no pueden «reconocerla legalmente», por lo que, si hablamos con propiedad legal, tendremos que hablar, a mi entender, de «incapacidad presunta», o «presunta incapacidad», que además es como la llama el Código civil, la jurisprudencia y la mayor parte de la doctrina.

La situación del menor de edad, es equiparable a efectos prácticos con la situación de incapacidad. No obstante, esa situación tiene un tratamiento especial en el Código civil, se denomina «patria potestad» y son los padres, generalmente los que la ejercen por él, excepto en contadas excepciones, que le permite decidir u opinar al menor de edad y que analizaremos en parte, con posterioridad.

- 3.^a Presunto Incapaz. Persona mayor o en raras ocasiones un menor de edad, previamente emancipado, que reúne los cuatro condicionantes que se expresan en el art. 200 del Código civil, pero que no tiene dictada sobre su persona una sentencia de incapacitación. Para las relaciones jurídicas y concretamente para la toma de decisiones, el presunto incapaz tiene un

camino jurídico bien diferenciado al capaz y al incapaz. De ahí la enorme ventaja de no confundir estas tres situaciones. La persona, cualquier persona, tiene necesariamente que encontrarse en una de ellas.

Con independencia de lo anterior existen determinadas actuaciones en las relaciones jurídicas que suponen excepciones a lo referenciado en las tres situaciones descritas. Las cosas en la vida real no son tan tajantes ni tan diferenciadas. Hay situaciones intermedias reconocidas por el propio derecho. Estas situaciones están perfectamente delimitadas en el Código civil y no son ampliables, suponen un estatus de *númerus clausus*. (Así el menor de edad, a efectos prácticos ostenta una situación equiparable a la incapacidad, ya que sus padres, generalmente, ejercen la «capacidad de obrar» por el menor, con el nombre de patria potestad, pero si éste tiene más de 14 años y quiere elegir entre dos nacionalidades posibles, tiene la capacidad de hacerlo, reconocida por el propio Código civil). En este supuesto, excepcional, recogido en el Código civil, se observa, de acuerdo al esquema propuesto que aún dentro de una situación equiparable a la incapacidad, se estaría actuando como capaz, porque la ley le permite ejercer de forma real este derecho, pero eso no nos da pie para pensar que también podría tomar otro tipo de decisiones, jurídicamente válidas. Así no podría, en absoluto, vender una finca de la que es propietario, ni podría decidir sobre la conveniencia o inconveniencia de disponer sobre partes de su cuerpo, ni formalizar un contrato de trabajo como una persona mayor de edad.

Dando un paso adelante, conviene señalar que la capacidad de obrar que es algo que se presume en toda persona viva, mayor de edad, tiene unas limitaciones fundamentales, que más que limitaciones son suspensiones completas, anulaciones absolutas de la capacidad de obrar, unas que se desprenden de su propia definición y otras que se imponen. Así:

- La Minoría de edad.
- La incapacidad.
- Determinadas prohibiciones legales (pródigo o quebrado).

Aparte de estas limitaciones o anulaciones de la capacidad de obrar, en ella existen grados que conviene tener muy en cuenta y de los que ya hemos hablado anteriormente como situaciones intermedias entre la capacidad plena o capacidad de obrar y la falta de la misma o incapacidad. Estos grados pueden hacer referencia a actuaciones de tipo personal, familiar o patrimonial y se encuentran recogidos en la ley. A título de ejemplo se citan las siguientes:

- Capacidad para consentir en materia de intimidad y propia imagen.
- Capacidad para ser emancipado.
- Capacidad para optar por una u otra nacionalidad.
- Capacidad para ser adoptado.
- Capacidad para contraer matrimonio con dispensa.
- Capacidad para reconocer hijos.
- Capacidad administrativa plena y parcialmente dispositiva para emancipación.
- Capacidad para hacer testamento notarial.

Esta relación no es una lista completa de todo lo que la legislación permite hacer de forma gradual, pero permite hacerse una idea más o menos completa de que se trata de una enumeración que está en distintas normas y que afecta a las tres áreas anteriormente relacionadas: actuaciones relativas a derechos personales, a derechos de tipo familiar y a cuestiones patrimoniales.

3. LA INCAPACITACIÓN

La incapacidad no es otra cosa que la disminución o anulación de la capacidad de obrar. Su declaración corresponde al juez competente en cada caso y lo debe hacer a través de sentencia judicial y por unas causas predeterminadas y establecidas.

Señala el art. 199 del Código civil que nadie puede ser declarado incapaz si no es por sentencia judicial y por las causas establecidas en la ley. La necesaria presencia del juez confiere a la incapacidad una relevancia jurídica preeminente, en aras a conseguir una seguridad jurídica necesaria ante un tema de tanta importancia y trascendencia.

Las causas de incapacidad están recogidas en el art. 200 del reseñado cuerpo legal y hacen referencia a enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma. La necesidad de la persistencia ha sido una nota característica en toda la jurisprudencia y lógicamente que dicha enfermedad o deficiencia impida el autogobierno, término que deja muy a la interpretación judicial el alcance de determinadas conductas como constitutivas o no de incapacidad. Así se habla de capacidad general del sujeto ante la vida social, o de posibilidad de conducirse rectamente en el ejercicio de los derechos civiles, que en definitiva no dejan de ser expresiones con infinidad de connotaciones subjetivas. En los procesos de menores de edad se añade, además, que se prevea razonablemente que la imposibilidad de autogobierno va a permanecer más allá de la mayoría de edad del presunto incapaz.

El cumplimiento de los cuatro requisitos básicos para ser declarado incapaz tienen un presupuesto básico, y éste no es otro que el último de los referenciados requisitos, así, el hecho de que «la persona no pueda gobernarse por sí misma» es básico o finalista para todos los demás. Lo que se busca es no dejar sin protección a alguien que no tiene capacidad de autogobierno. No obstante, este requisito básico o esencial no constituye un presupuesto matemático absolutamente objetivo, antes al contrario es susceptible de gradación y uno puede tener disminuida su capacidad de autogobierno para unas actividades y no para otras.

Hay que hacer notar que determinadas enfermedades o deficiencias a las que se les reconocía como totalmente invalidantes años atrás, actualmente tienen otra catalogación en base a los adelantos producidos en la rehabilitación y adaptación social. Ello obliga a tener que recurrir necesariamente a un examen individualizado y exhaustivo del presunto incapaz, y no dejarse guiar tanto por la patología determinante de la que dimana la imposibilidad de autogobierno.

Si aquilatar el significado exacto del primer requisito analizado es difícil y complicado, no lo es menos el del segundo (primero en la norma) «enfermedad o deficiencia». Sobre ambos conceptos hay cientos de definiciones, pero es preciso insistir en que no hay una definición homologada de ninguno de los dos. La deficiencia parece estar relacionada con la pérdida o merma efectiva de

una función orgánica, y que afecta a la parte física o psíquica del sujeto en cuestión. Pero yo no estoy muy seguro de que las personas que redactaron el artículo fueran conscientes, de manera exhaustiva, de las diferencias existentes entre deficiencia, discapacidad o minusvalía, porque este debate se ha mantenido y se mantiene mucho tiempo después. Por ello conviene quedarse con la idea de déficit o merma de función. Si nos referimos al concepto enfermedad sucede igual. El concepto puede fluctuar desde los que dicen que enfermedad es la ausencia de salud real o percibida por el enfermo, a los que se pierden en definiciones inacabables, de muy difícil delimitación. Se entiende a efectos de este artículo que estaríamos hablando de estados carenciales de salud delimitables objetivamente. De cualquier forma ya hemos comentado que las enfermedades o deficiencias no son más que los vehículos que producen el efecto «imposibilidad de autogobierno» que es lo que realmente interesaba al legislador.

Si lo anterior es dificultoso de delimitar, el siguiente requisito: «de carácter físico o psíquico» es cuando menos intrascendente, porque evidentemente, toda enfermedad o deficiencia puede ser susceptible de dividirse en física o psíquica, con lo que se está añadiendo muy poco a los requisitos exigibles. Si los legisladores quisieron poner de manifiesto que la imposibilidad de autogobierno también puede provenir de enfermedades físicas, y no sólo de las psíquicas, tendremos que convenir que es una aclaración innecesaria y que realmente añade muy poco. Hubiera sido más interesante el haber insistido en las deficiencias sensoriales, tan nefastamente tratadas en el Código hasta fechas muy recientes. Pero al no haberlas nombrado, hay que dar por supuesto que se encuentran incluidas en las deficiencias físicas. (Referencia concretamente a las personas con deficiencias auditivas, especialmente las habidas desde el nacimiento o en los primeros años de vida).

Por último, el requisito de «persistencia» es muy conveniente y acertado, ya que la institución tutelar protectora de la persona no pretende una tuición momentánea y para un determinado acto sino que en su misma esencia existe la idea de continuidad y de ahí, que el juez tenga que constatar que la enfermedad que propicia el estado de imposibilidad de autogobierno es una enfermedad o deficiencia persistente, con vocación duradera y que seguirá produciendo los mismos efectos. De ahí que determinadas enfermedades mentales tengan que tener un periodo de observación para ver cuales van a ser los efectos a lo largo del tiempo. La idea de permanencia no es óbice para que la persona pueda tener lo que se denomina intervalos lúcidos, ni éstos son obstáculo para declarar la incapacitación, siempre que el estado general de la persona sea de falta de posibilidad de autogobierno. La quiebra de este requisito es lo que permite revisar la incapacitación y propiciar la restauración en su plena capacidad a la persona declarada previamente incapaz, de acuerdo al art. 761 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento civil.

4. EL PROCEDIMIENTO LEGAL DESDE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 1/2000 DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Después de la entrada en vigor de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento civil, todas las normas relativas al procedimiento se encuentran recogidas en el mismo texto legal, lo que no deja de ser una buena noticia. Así su regulación se desarrolla a través de los artículos 756 al 763, del capítulo II,

del Título I, del Libro IV del referenciado texto legal. Muchas de las normas aquí recogidas a partir de esta Ley, han sido anuladas de la parte dispositiva del Código civil y en ocasiones tienen un tratamiento distinto al que tenía en este cuerpo legal.

De cualquier manera sigue vigente, como no podría ser de otra manera, que la incapacidad sea declarada siempre por sentencia judicial, la cual además de fijar el alcance y los límites de la incapacidad, tiene que estar motivada y razonada.

Es de destacar la posibilidad de que en el mismo juicio pueda nombrarse al tutor, si así se solicita en la demanda. De lo contrario se nombra en un juicio posterior a la sentencia de incapacidad.

Ya no se trata, desde la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento civil, de un juicio declarativo de menor cuantía, como anteriormente, sino de un juicio verbal, así dice el art. 753 de la LEC que salvo otro tipo de disposición, estos procesos se sustanciarán por los trámites del **juicio verbal** (arts. 437 a 447 de la LEC), pero de la demanda se dará traslado al Ministerio Fiscal, cuando proceda y a las demás partes que, conforme a la ley, deban ser parte en el procedimiento, hayan sido o no demandados. Con independencia de que se sustancie como un juicio verbal tiene ciertas especialidades en razón de su propia naturaleza que lo hacen un juicio especial, y de ahí que se encuentre regulado en el lugar de los procesos especiales, en el Título I de mencionado cuerpo legal. Como tal, le son de aplicación los principios de investigación de oficio y de oficialidad de la acción. También se debe tener en cuenta que la demanda y la contestación a la demanda tienen que ser por escrito, para lo que hay un plazo de veinte días, y no se hace como procedería en un juicio verbal, en el acto de lavista. Ésta y otras cuestiones relativas a plazos y formas o modos de actuar se encuentran recogidas en la ley, a la cual nos remitimos por entender que un estudio más pormenorizado de todos estos detalles no pertenece a esta comunicación, sino a foros más especializados en cuestiones de procedimiento civil.

La legitimación activa para el inicio del proceso la tienen los familiares, cónyuge o persona en situación de hecho asimilable, descendientes, ascendientes y hermanos del presunto incapaz. Puede también iniciar el procedimiento el Ministerio Fiscal. Cualquier persona interesada en el mismo puede ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, asimismo lo deben hacer los funcionarios públicos o autoridades que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacidad en una persona.

Es mucho mejor que el procedimiento sea incoado por la propia familia del presunto incapaz, pero pueden hacerlo otras personas, a través de la comunicación anteriormente referenciada al ministerio fiscal. Siempre es preceptivo ir acompañado de abogado y procurador. La ley restringe la posibilidad de interponer demanda al círculo más íntimo del presunto incapaz, cónyuge o hijos, padres o hermanos, extendiéndolo a otros familiares en ausencia de los primeros y excluyendo intencionadamente a otros, así, no pueden interponer demanda los primos, tíos y otros parientes colaterales. Introduce muy acertadamente la posibilidad de las parejas de hecho y siguen excluidos los divorciados o los que tienen sentencia de nulidad, pero no los separados.

La legitimación de la intervención del Ministerio Fiscal se encuentra en la necesidad de proteger a los presuntos incapaces como algo que afecta al interés general de todos los ciudadanos. La

defensa de los intereses del presunto incapaz está así ligada a la protección de los derechos fundamentales de las personas, que son los especialmente protegidos. Así el art. 757 de la LEC establece que será el Ministerio Fiscal quien promueva la incapacitación si las personas mencionadas en el apartado anterior no existieran o no la hubieran solicitado.

Ni el juez ni la propia persona afectada por la presunta incapacidad pueden promover el juicio de incapacitación, limitándose a poner los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal que será el que realice diligencias de verificación si no tuviera pruebas suficientes y después instrumentará la demanda.

Cuando la demanda no se promueva a instancia del Ministerio Fiscal y éste no sea la parte actora, como en todo juicio contradictorio, ejercerá el papel de protector y defensor de la capacidad del presunto incapaz contra las argumentaciones expresadas en la demanda interpuesta por los familiares, a favor de la incapacitación.

Por lo tanto la intervención del Ministerio Fiscal en este tipo de procesos es muy importante. Puede actuar como promotor del proceso en detrimento de familiares que lo puedan hacer. Y también puede actuar como defensa y otras veces como simple parte, cuando no le corresponda la defensa ni haya sido promotor de la incapacitación.

El juzgado competente para conocer las demandas de incapacitación es el de Primera Instancia del lugar del domicilio o residencia habitual de la persona a la que se refiera la declaración que se solicite. El juzgado competente es el de Primera Instancia y no los juzgados de familia, como algunos indican. En algunas demarcaciones existen juzgados especiales de incapacitación y tutela.

El procedimiento se inicia con la presentación de la demanda que debe contener una historia relatada de los datos y circunstancias del actor y demandado constitutivas de la presunción de incapacidad. Junto con la demanda se pueden presentar medidas cautelares y de hecho muchas veces procede dicha presentación. Alguna de estas medidas puede hacer referencia al ingreso urgente de la persona en una institución para que le procuren los cuidados necesarios, porque carezca de ellos. Las medidas cautelares también pueden pretender afianzar la guarda del patrimonio del presunto incapaz o la vigilancia del mismo hasta tanto se produce la sentencia definitiva.

Muchas veces este tipo de medidas cautelares va a tener como finalidad la prevención del maltrato en personas demenciadas o la discriminación, el nombramiento de un defensor judicial o el internamiento en un centro adecuado, como ya se ha dicho. En general son personas extremadamente sensibles al quebranto del ejercicio de sus propios derechos y con las medidas cautelares lo que se pretende es asegurar el cumplimiento de estos derechos. Las medidas cautelares pueden pedirse a instancia de parte o establecerse de oficio por el propio Juez.

Dice el art. 759.1 de la LEC que en los procesos de incapacitación, además de las pruebas que se practiquen de conformidad con lo dispuesto en el art. 752, el tribunal oír a los parientes más próximos del presunto incapaz. Normalmente el juez se apoya en los parientes para reforzar la validez de las pruebas y oír su opinión respecto de las posibilidades o no de autogobierno del presunto incapaz y proceder en consecuencia.

El juez examinará también por sí mismo al presunto incapaz. Supone una obligación para el juez que no puede eludir de ninguna manera y que le implica con un juicio de valor sobre el estado del mismo. Debe darle audiencia al presunto incapaz. La jurisprudencia en más de una ocasión ha declarado nulo el procedimiento por haber omitido el examen del presunto incapaz. El examen del presunto incapaz debe verificarse teniendo en cuenta la parte personal y relacionándola con el patrimonio y las posibilidades que el presunto incapaz tiene de administrarlo adecuadamente. Se entiende que los informes psicológicos para este tipo de pruebas deben ser absolutamente imprescindibles. Interrogar sobre la situación temporoespacial, observar las expresiones orales, la capacidad de entendimiento, los afectos, etcétera, no es siempre tarea fácil, pero es necesario hacerlo y preferentemente en un contexto que facilite este tipo de observación. Mención especial merece la capacidad para el ejercicio del voto en elecciones, que debe ser tratada siempre con cautela y cuidado.

Pedirá cuantos dictámenes crea conveniente, no pudiendo dejar de realizar determinadas pruebas médicas. Este tipo de pruebas no son vinculantes pero ayudan a tomar una decisión. Es de advertir que por primera vez se habla de otros dictámenes que pueden no ser los estrictamente médicos. No obstante entiendo que la ley se quedó bastante corta, a pesar de este avance dado; que obviamente debería haber hablado de dictámenes psicológicos y sociales de manera más directa y expresa.

El juicio verbal de incapacitación termina con la sentencia, que debe indicar, como ya se ha dicho, el alcance y los límites, así como el régimen de protección adecuado. La sentencia, obviamente también puede ser denegatoria de la incapacitación. Alguna parte de la doctrina habla de incapacitación total y parcial, pero no parece buena esta diferenciación. Es más correcto, a mi entender, hablar de incapacitación y decir que cualquier declaración de incapacitación puede tener límites. De hecho esto sería una buena práctica, que cada sentencia indicara hasta dónde y qué es lo que puede o no hacer el incapaz. Esta especificidad sería muy conveniente hacerlo en razón del desarrollo cognitivo o afectivo de la persona. Así, es conveniente manifestarse en relación con el matrimonio, con el ejercicio del voto, con la administración de una pequeña pensión, en general con actividades que propician la normalización, a pesar de que la incapacitación es quizás la etiqueta más desnormalizadora que se puede poner en la vida de una persona.

La sentencia no produce efectos hasta que no es firme, o sea, hasta que no hayan pasado los plazos en los que se puede interponer recurso o hasta que no se resuelvan éstos, si se interpusieron. Produce efectos de cosa juzgada, por lo que no es posible plantearla de nuevo, salvo que se produzca un cambio sustancial en la enfermedad o deficiencia que la motivó. Los efectos de la sentencia no pueden tener carácter retroactivo.

Para temas más concretos, como plazos, renuncia, desistimiento, otros tipos de pruebas, ejecución de sentencia, recursos, etcétera nos remitimos a lo marcado en la ley, entendiendo que son temas de menor interés general.

No obstante lo anterior es reseñable la exclusión de publicidad a la que alude el art. 754 de la Ley de Enjuiciamiento civil, diciendo que en los procesos a que se refiere este título, entre los cuales está el relativo a la capacidad de las personas, podrán decidir los tribunales, mediante providencia, de oficio o a instancia de parte, que los actos y vistas se celebren a puerta cerrada y que las

actuaciones sean reservadas, siempre que las circunstancias lo aconsejen y aunque no se esté en ninguno de los casos del apartado 2 del artículo 138 de la presente Ley.

El art. 755 de la LEC recoge la necesidad de publicitar la sentencia de incapacitación en el Registro Civil, al margen de la inscripción de nacimiento. También se puede inscribir en el Registro Mercantil y en el Registro de la Propiedad. La incapacitación constituye para la persona incapacitada un estado civil nuevo y diferente, como lo es el matrimonio. A este nuevo estado se le da la publicidad adecuada para que surta efectos frente a terceros, siendo ésta una de las principales protecciones que reciben las personas mayores demenciadas o cualquier tipo de discapacitado susceptible de incapacitación. Las personas que estén en esta situación pueden ver así anulada o mermada su responsabilidad civil o penal en la comisión de determinadas acciones punibles.

No sería posible acabar adecuadamente el tema de la incapacitación sin dejar constancia clara de la posibilidad de revisión de la sentencia. Ésta se da en razón de unos hechos y si éstos cambian es necesario tenerlos en cuenta porque puede cambiar también la declaración de incapacitación. Así el art. 761 de la LEC dice: «La sentencia de incapacitación no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse un proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida». Las posibilidades de que una enfermedad mejore, si de demencias se habla, es mínima, pero se debe dejar abierta esa posibilidad por si la enfermedad remite y sobre todo las posibilidades de autogobierno mejoran, lo cual es mucho más congruente y está más relacionado con programas de socialización e integración laboral, para determinado tipo de discapacitados, pero es relativamente infrecuente con patologías que tienen que ver con la edad avanzada.

Se recogen así en este informe las principales novedades relacionadas con la incapacitación de personas, especialmente personas mayores, después de la nueva reforma de la Ley de Enjuiciamiento civil.

3

EL INGRESO DE PERSONAS CON DETERIORO COGNITIVO EN RESIDENCIAS

Josep de Martí Vallés

Licenciado en Derecho

Director de www.inforesidencias.com

DOS SITUACIONES REALES

El Sr. A, de 52 años, sufre una enfermedad mental en fase aguda y existe un serio riesgo de que cause daño a sus familiares con los que convive, a sus vecinos o a sí mismo. El tratamiento que requiere tiene que ser administrado, a criterio de su médico, en una unidad psiquiátrica de internamiento pero él no quiere ingresar de ninguna manera. Dice que «no está loco», que no quiere que le «metan en un manicomio» y que todo es un complot del médico y su familia.

La Sra. B, de 87 años, sufre un Alzheimer en fase avanzada y vive con su hija, de 65 años y el marido de ésta. Tras una caída sufrida por la Sra. B, su hija, que a su vez sufre una lesión de espalda que le impide levantar pesos, se da cuenta de que cuidar a su madre cada vez le resulta más difícil. Además, el marido de la hija insiste en que la situación no es sostenible teniendo recursos suficientes como para poder pagar una residencia. Finalmente deciden ingresar a la Sra. B. Buscan una residencia, la contratan y efectúan el ingreso. ¿Qué dice la Sra. B?, nada. A veces sonríe, a veces llora, pero hace tiempo que no dice nada inteligible.

¿Tienen algo en común el Sr. A y la Sra. B?

Sí. En ambos casos se ingresa a personas en un centro del que no podrán salir voluntariamente sin que ellos hayan consentido.

¿Tienen lo suficiente en común como para que la Ley arbitre el mismo procedimiento para ambos casos?

De eso trata este capítulo.

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 17 de la Constitución española establece que «Nadie puede ser privado de la libertad sino en los casos y en la forma previstos en la Ley». Este precepto constitucional, un pilar del estado de derecho, se incluyó en nuestra Carta Magna pensando en dos supuestos: la privación de libertad relacionada con infracciones penales y aquélla que lo está con enfermedades psiquiátricas que requieren de un internamiento en centros adecuados para su tratamiento.

Para servir a este precepto constitucional disponemos de un extenso cuerpo jurídico, con una gran tradición y experimentada aplicación, como es el derecho penal y una escuetísima regulación que inició su trayecto legal reciente en 1983 y que desde 2002 está en un artículo, el 763 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

En principio, lo que tiene en común recluir a un delincuente condenado en una institución penitenciaria y a una persona enferma en un hospital psiquiátrico es que estamos tomando una decisión que afecta la libertad y que, por lo tanto, no puede ser decidida por otra persona que no sea el mismo afectado o un juez.

Si en la práctica los casos de aplicación del artículo 17 de la constitución se limitasen a cárceles y psiquiátricos, posiblemente no se hubiese producido la gran controversia que vivimos desde comienzos de los 90 del siglo pasado.

El problema al que nos enfrentamos en los últimos años radica en que, el aumento de la expectativa de vida y el del número de personas de edad avanzada han hecho que el número total de personas mayores con deterioro cognitivo se haya visto incrementada también de forma espectacular.

Algunas de esas personas, la mayoría, son cuidadas por sus familiares en un entorno doméstico adaptado a la realidad del cuidado. Esto quiere decir, con medidas de protección que eviten que el mayor que sufre demencia pueda padecer o causar daños. Estas medidas en muchos casos suponen verdaderas limitaciones de libertad (puertas cerradas, imposibilidad de salir solo a la calle, limitación de la comunicación telefónica y, esencialmente, restricción del ámbito de toma de decisiones). Limitaciones a las que no se le suele dar trascendencia jurídica debido a que la mayor parte de las personas con deterioro cognitivo grave no están incapacitadas judicialmente. Además, esas limitaciones se dan en el entorno doméstico de la persona mayor (sin que exista relevancia fuera del mismo ni denuncia ante las autoridades) . Más aún, son limitaciones que socialmente se aceptan como el «comportamiento normal del buen hijo (o la buena hija)». Se entiende pues, que limitar la libertad de un ser querido que sufre deterioro cognitivo con la intención de cuidarle y protegerle del riesgo que conllevaría dejar que hiciese lo que, en apariencia es su voluntad, es algo no reprochable.

Mientras la casi totalidad de personas mayores con deterioro cognitivo vivían en su casa la única respuesta jurídica para su protección ha sido la incapacitación. Un sistema de protección pensado en sus inicios para los «locos y dementes», que ha funcionado razonablemente bien mientras éstos han sido pocos, pero que hace aguas cuando el número de personas con demencia crece de forma tan espectacular que se espera un incremento del 27% hasta el año 2020, del 70% en el 2030 y del 300% en el 2050¹. Hoy día podemos asegurar que la inmensa mayoría de personas que sufren demencias incapacitantes no han sido declaradas incapaces judicialmente y que, tramitar todos los procedimientos que serían necesarios para poner la situación al día colapsaría el sistema judicial español.

Esta ineficiencia del sistema de incapacitación previsto por el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento civil coincide en el tiempo con el aumento del número de personas mayores (muchas con deterioro cognitivo) que viven en residencias.

Así las cosas, durante un tiempo sucedió de forma generalizada que los hijos ingresaban a sus padres en una residencia en la que viviría en régimen cerrado sin su consentimiento y, una vez producido el ingreso, se establecía un régimen de vida no aceptado por la persona aunque sí por sus familiares, todo ello amparado en una falta de capacidad que no había sido declarada judicialmente. Esta situación preocupó al Ministerio Fiscal desde 1984 (justo después de que el Cód-

¹ Archives of Neurology. 2003 AGO;60 (8): 1119-1122. LIESI E. HEBERT, ScD; PAUL A. SCHERR, ScD; JULIA L. BIENIAS, ScD; DAVID A. BENNETT, MD; DENIS A. EVANS, MD. Referenciado en <http://www.psiquiatria.com/noticias/demencias/epidemiologia/13174>.

go civil previese por primera vez la autorización judicial para el internamiento de presuntos incapaces), que se puso enseguida a intentar encontrar un sistema que permitiese proteger a esas personas mayores.

Debido a que no existía ninguna regulación concreta para los ingresos de personas con deterioro cognitivo en establecimientos sociales, se intentó utilizar la regulación que se había establecido para internamiento psiquiátricos y se planteó una pregunta que ha llegado sin respuesta clara hasta nuestros días:

¿Es equiparable la situación de una persona que sufre una enfermedad mental y que, para poder recibir un tratamiento, es internada a la fuerza en un hospital psiquiátrico, con la de una persona de 85 años que sufre una demencia de tipo Alzheimer que no puede formar ni exteriorizar una voluntad y que es ingresada sin poder conocer su opinión o en contra de lo que manifiesta, en una residencia geriátrica? La misma pregunta formulada de diferente forma sería ¿hace falta autorización judicial para ingresar a una persona con demencia avanzada en una residencia cuando ésta no consiente (o sea, se manifiesta en contra o no manifiesta nada)?

Si entendemos que son situaciones análogas y que sí se precisa autorización judicial tendremos el problema jurídico resuelto ya que disponemos de un sistema legislado pensado a esos efectos. Si, por el contrario, consideramos que se trata de situaciones diferentes, nos encontraremos ante un problema.

Antes de describir ese sistema legislado hay que avanzar que la pregunta que planteábamos es tan polémica que, hoy por hoy, dependiendo de la provincia en la que estemos podemos encontrarnos con que la Audiencia Provincial se decante por entender que sí o que no hace falta.

2. EL ARTÍCULO 763 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Como la competencia sobre todo lo relativo a servicios sociales corresponde de forma exclusiva a las comunidades autónomas, podría plantearse que la regulación del sistema de ingreso de personas con deterioro cognitivo debería también corresponder a éstas. La cosa no es así debido a que el ingreso o internamiento afecta a la libertad de las personas y por ello debe tener una regulación común a todo el Estado.

Eso no quiere decir que no se haya regulado desde las comunidades autónomas. Algunas normas autonómicas como la andaluza o la catalana², de las que trataremos más adelante, establecen un procedimiento que parece inspirado en el que veremos a continuación aunque con algunos matices que, en su aplicación puede encontrarse con que los jueces civiles no vean con buenos ojos que una norma reglamentaria autonómica complemente o sustituya a la Ley de Enjuiciamiento civil (LEC).

Dejando esas normas autonómicas a un lado, vale la pena detenerse en el texto del artículo 763 de la LEC:

² Artículos 11 y 12 del Decreto Andaluz 23/2004 y artículo 7 del Decreto Catalán 284/1996 modificado por el 176/2000.

Artículo 763. Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico.

- 1. El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento.*

La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal.

En los casos de internamientos urgentes, la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento. Dicho tribunal deberá actuar, en su caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 757 de la presente Ley.

- 2. El internamiento de menores se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.*
- 3. Antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado, el tribunal oír a la persona afectada por la decisión, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida. Además, y sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado. En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el artículo 758 de la presente Ley.*

En todo caso, la decisión que el tribunal adopte en relación con el internamiento será susceptible de recurso de apelación.

- 4. En la misma resolución que acuerde el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente.*

Los informes periódicos serán emitidos cada seis meses, a no ser que el tribunal, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior.

Recibidos los referidos informes, el tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el interna-

miento, darán el alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente.

No hacen falta demasiadas explicaciones para entender que el artículo contempla el internamiento como algo con tanta relevancia jurídica que requiere de la intervención del juez, el Ministerio Fiscal y el médico forense. La pregunta que nos hacíamos antes vuelve a la memoria ¿hace falta todo esto para el ingreso en una residencia?

Si atendiésemos únicamente a la literalidad del artículo pensaríamos que éste de ninguna forma es aplicable a las residencias. No obstante, si consideramos que lo que pretende es dar protección a personas que viven en régimen cerrado sin haber podido prestar su consentimiento parecería que sí. Así, se entendería que el artículo exige para su aplicación un elemento subjetivo que sería la falta de capacidad para poder consentir en el ingreso, y otro material que sería que éste se produzca en un lugar que somete a la persona a limitaciones de su libertad en aras de su tratamiento y cuidado.

La posibilidad de hacer ambas argumentaciones ha llevado a la situación actual en la que, dependiendo del lugar de España en que nos encontremos veremos cómo los jueces aplican o no el artículo 763 al ingreso en residencias.

3. ¿POR QUÉ NO DEBE APLICARSE EL ARTÍCULO 763 AL INGRESO EN RESIDENCIAS?

Son muchos los juzgados que consideran que no es lo mismo internar a alguien por motivos de enfermedad mental en un centro psiquiátrico que ingresar a una persona que sufre demencia senil en una residencia asistida.

Estos juzgados han encontrado en la literalidad del artículo su mejor arma para negar el procedimiento.

Vale la pena hacer aquí un inciso sobre la situación que, en ocasiones ha llevado a los jueces a tomar esas decisiones.

Si nos centramos un momento en lo que sucedió en Cataluña a partir de 1990 vemos que un decreto, en vigor entonces, el 145/1990, establecía que las residencias debían utilizar en el ingreso de «presuntos incapaces» lo establecido entonces en el artículo 211 (hoy derogado) del Código civil. El criterio para determinar si se debía obtener o no la autorización judicial era un informe médico previo al ingreso. El sistema se inspiraba en los criterios que la Fiscalía General del Estado había adoptado en varias circulares enviadas a todos los fiscales de España. A partir del año 1992 la inspección de servicios sociales de Cataluña empezó a comprobar el cumplimiento del Decreto y, después de advertir a las residencias se abrieron algunos expedientes sancionadores por incumplir la obligación de obtener autorización judicial. Además, se extendió entre los directores de residencias la idea de que una forma de evitar que se les pudiese llegar a acusar de retener a alguien contra su voluntad en el centro era realizar una comunicación al juzgado.

La respuesta de muchas residencias fue comunicar al juzgado los ingresos en los que el informe médico indicase cualquier grado, por leve que fuese, de deterioro cognitivo. Otras incluso adoptaron la costumbre de comunicar sistemáticamente todos los ingresos. Casi nadie utilizó el sistema de autorización previa al ingreso (que hubiese demorado éste en el tiempo) y lo normal era considerar que todos eran motivados por urgencia social por lo que se comunicaban una vez ya efectuado el ingreso.

Los juzgados, especialmente los de las grandes ciudades, se vieron, de repente invadidos por comunicaciones de ingresos urgentes de personas que, en muchos casos sufrían un levísimo deterioro cognitivo.

La máquina judicial se puso en marcha, se pidieron más informes, se hizo trabajar a la Fiscalía y a los médicos forenses y la conclusión fue que, el abuso de la herramienta convirtió a ésta en algo totalmente inoperativo.

Muchos juzgados fueron desestimando por motivos diversos las solicitudes. Algunos, como el Juzgado número 40 de Barcelona (especializado en incapacidades e internamientos) cambiaba de criterio al ritmo que marcaba el cambio de titular llegando incluso a no admitir físicamente las comunicaciones que hacían las residencias (cuando una residencia acudía a registrar una comunicación de internamiento en residencia un oficial le entregaba un acuerdo del juez en el que de forma genérica se le informaba de que no hacía falta hacer la comunicación³).

En medio de los dispares criterios surgía además una pregunta que generaba inseguridad en las residencias: si un juez dictamina que «no ha lugar a autorizar el internamiento porque no es de aplicación el artículo 211», ¿quería ello decir que el residente debía salir de la residencia o que podía continuar en ella?

La Fiscalía consideraba que el sistema era el adecuado y recurría ante las audiencias provinciales los autos de los juzgados que desestimaban las solicitudes. Fue entonces cuando se llegó a la situación peculiar en la que en Cataluña era obligatorio hacer una comunicación al juez (so pena de incurrir en infracción administrativa) y esperar la resolución en la que el juez determinaba que esa comunicación no debía haberse hecho.

Mientras tanto lo que quedó totalmente de manifiesto era que la utilización desmedida del mecanismo de defensa jurisdiccional de los dementes ingresados en residencias no producía los efectos deseados sino una mecanización en la respuesta. Así que se buscó otra alternativa que hoy está plasmada en el artículo 7 del Decreto Catalán 284/1996 modificado por el 176/2000, que examinaremos más adelante.

He querido hacer este inciso porque considero fundamental analizar lo que hay «detrás» de los cambiantes criterios.

Evitando hacer una continua referencia a resoluciones jurisdiccionales concretas (pueden encontrarse muchas de ellas en libros como Internamientos Civiles y Derechos Fundamentales de los

³ Algo parecido sucedió en Málaga en 1996 según relata MANUEL AZNAR en su libro «Internamientos civiles y derechos...», vid infra. Pag 17.

Usuarios de Centros Sanitarios, Sociales y Sociosanitarios⁴, Protección Jurídica de los Mayores⁵ o el interesante trabajo Pautas de actuación en caso de personas mayores que viven solas y no pueden valerse por sí mismas⁶.) intentemos estructurar algunos argumentos contrarios a la aplicación del 763:

- El trastorno psíquico y la atención psiquiátrica que justificaría la intervención judicial no se dan en el caso de personas con demencia que ingresan en una residencia geriátrica. En este supuesto lo que motiva el ingreso no es tratar el trastorno sino motivos de tipo asistencial por lo que no es de aplicación el precepto.
- Las restricciones de libertad que pueden darse en una residencia no difieren de las que pueden darse cuando se encuentra en su domicilio o en el de sus familiares sin que entonces sea necesaria autorización judicial.
- La aplicación del procedimiento de internamiento puede llegar a ser pernicioso para las personas que se pretende proteger al someterlas a desplazamientos, visitas y controles médicos y jurisdiccionales no necesarios para la defensa de sus intereses. Intereses por los que corresponde velar a las administraciones públicas competentes en la materia «servicios sociales».

4. ¿POR QUÉ SÍ DEBE APLICARSE EL 763 DE LA LEC?

Los juzgados y audiencias provinciales que han sostenido la vigencia del artículo 763 en el ingreso en residencias geriátricas se fundamentan principalmente en que ingresar a una persona que no puede decidir supone una limitación del principio libertad que protege la Constitución. Lo que hace que el ingreso sea o no internamiento no lo es tanto el tipo concreto de centro ni la finalidad asistencial que se persigue, sino el régimen cerrado del centro en el que se presta el servicio que produce efectos restrictivos sobre su libertad y la falta de voluntad de la persona internada. Una residencia es un establecimiento en el que conviven personas en régimen abierto y cerrado y, aunque todas las puertas estén abiertas, el régimen es cerrado para aquellos residentes que sin poder decidir por sí mismos son ingresados y, una vez dentro, son sometidos a unas pautas de vida que les impide entrar y salir del mismo sin control.

Así, si se exige autorización judicial para ingresar a un paciente que tiene un trastorno psíquico, con mayor motivo se exigirá para internarlo si no lo tiene, o si el que tiene es meramente degenerativo, de igual modo que siendo exigible para un internamiento con finalidad curativa, temporal o provisional y necesaria en un centro de carácter psiquiátrico, con mucho mayor motivo resulta exigible si ese internamiento no es necesario sino sólo conveniente para quienes cuidan del sujeto, y si se hace sin finalidades curativas sino asistenciales y con carácter indefinido, y en lugar de un centro psiquiátrico en una residencia. Este fragmento de un Auto de la Audiencia Provincial de Toledo de 2003 resume de forma clara la posición.

⁴ AZNAR LÓPEZ, M. Editorial Comares, Granada, 2000

⁵ MARTÍN PÉREZ, J.A. et al. La Ley-Actualidad, Madrid, 2004. pág 166 y ss.

⁶ SANTOS URBANEJA, F. Informe Portal Mayores, 24 <http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/santos-pautas-01.pdf>.

5. LAS DIFICULTADES PRÁCTICAS DEL ARTÍCULO 763

La existencia de esta divergencia de criterios entre diferentes órganos jurisdiccionales sitúa a los directores de residencia en una situación peculiar.

Por un lado, en la inmensa mayoría de ingresos de una persona con deterioro cognitivo en una residencia nos encontramos con que existen familiares que, si quisieran, podrían instar un procedimiento de incapacitación que, con toda seguridad prosperaría, pero no lo hacen. Son estos familiares los que pactan las condiciones de vida de la persona mayor en la residencia y los que, a menudo pagan el precio de la misma (ya sea con dinero del propio mayor o de estos familiares). En estos supuestos si por algún motivo se llega a comunicar el ingreso al juzgado no es porque alguien considere a la persona mayor en riesgo o porque se pretenda dar mayores garantías sino, simplemente porque la residencia se encuentra en una comunidad autónoma en la que la administración o un representante del Ministerio Fiscal exige que se lleven a cabo las comunicaciones.

El procedimiento pierde así su carácter de protección y se convierte en un mero ejercicio burocrático que, en muchas ocasiones no produce efectos debido a la saturación de trabajo de jueces y fiscales. De hecho, no hay ninguna constancia de que en las zonas de España en que los jueces optan por no considerar aplicable el artículo 763, se produzcan más abusos o limitaciones ilegítimas de la libertad.

Lo cierto es que, si miramos con detalle la letra del precepto sólo podemos concluir que no existe ningún lugar actualmente en el que el artículo 763 se aplique en todos sus extremos y de forma general al ingreso en residencias de personas con deterioro cognitivo. Si fuese así, antes de efectuar el ingreso de estas personas, en la mayoría de los casos (o sea, siempre que no hubiese un motivo de urgencia) se debería iniciar un procedimiento de internamiento en el juzgado del domicilio de la persona y no se podría producir el ingreso hasta obtener una resolución favorable. Así las cosas, los ingresos se verían dilatados en el tiempo de una forma insostenible.

Si se considera que todos los ingresos en residencias son urgentes por «urgencia social», por lo que, se podría solicitar la ratificación del internamiento una vez éste producido, vemos que tampoco se estaría aplicando el artículo 763, ya que el plazo máximo para efectuar la ratificación por parte del juez es de 72 horas entendiéndose que, como de lo que se trata es de una limitación de libertad, pasadas las mismas sin resolución se debería «dejar libre» a la persona.

Ese plazo de 72 horas es de una irrealidad pasmosa ya que, durante el mismo, el juez debería oír a la persona afectada, al Ministerio Fiscal, a cualquier otra persona relevante, además de a un facultativo.

44 Otro problema que hace verdaderamente inaplicable el precepto es el control posterior del ingreso. Este control es totalmente comprensible cuando una persona sufre algún tipo de enfermedad mental en el que existe, aunque remota, la posibilidad de cambio o mejoría. En los casos de demencias, las comunicaciones posteriores y periódicas, difícilmente pueden ser atendidas por los jueces. Si se generalizase la aplicación literal del precepto, el control posterior sería casi imposible.

Lo expuesto supone que, incluso si se considera necesaria, en teoría, la autorización judicial que establece el artículo 763, esta no resulta aplicable en la práctica (en España hay unas 260.000

plazas en residencia de las que, entre el 20% y el 40% de los usuarios sufren demencias en estado avanzado con tendencia a crecer en número) por lo que lo que de verdad se aplica es una interpretación libre del artículo 763.

Hoy día, si un director de residencia quiere saber cómo tiene que actuar ante la situación descrita deberá, en primer lugar, dirigirse a la Fiscalía más cercana y preguntar cómo le recomiendan a uno actuar en esa zona. Este será el método más seguro y conservador para quien dirija una residencia privada ya que aunque quizá no ofrezca más protección a los ingresados si se la ofrecerá a la residencia.

6. SOLUCIONES TEÓRICAS A UNA CUESTIÓN CONTROVERTIDA

Ante la gran dispersión interpretativa y la casi imposibilidad de aplicar literalmente el precepto descrito surgen ideas y regulaciones autonómicas que ofrecen posibles soluciones basadas en esas «interpretaciones libres» del 763.

Fernando Santos Urbaneja, Fiscal de la Audiencia Provincial de Córdoba, en el documento «Pautas de actuación en caso de personas mayores que viven solas y no pueden valerse por sí mismas» que fue publicado como Informe número 24 de Portal Mayores en Noviembre de 2004 propone una serie de pautas de actuación para el caso de ingreso en residencias fundamentada en una original idea: las personas no sólo pueden ser capaces o incapaces sino que existe un estado intermedio que es el de «presuntamente incapaz» que se genera cuando un informe médico pone de manifiesto una patología que afecta de modo notable la capacidad de decisión.

Para esos casos Santos Urbaneja elabora, con base al artículo 763 unas pautas de actuación para trabajadores sociales, médicos, personal sanitario e incluso, fuerzas de seguridad del Estado.

A título de ejemplo, estas son las pautas que Santos Urbaneja establece para los ingresos urgentes en las páginas 5 a 9 del documento:

EN CASO DE URGENCIA

Un ingreso será urgente cuando las circunstancias del caso desaconsejen demorarlo 15 o 20 días, que es la duración media del procedimiento judicial previo. En estos supuestos debe procederse del siguiente modo:

- 1. El Trabajador/a Social deberá elaborar un informe social con todos los datos que obren en su poder, expresivo de las circunstancias en que la persona mayor desenvuelve su vida.*
- 2. Con dicho informe deberá el Trabajador/a Social dirigirse al Médico a quien corresponda atender al mayor (normalmente el de cabecera, el médico de salud mental si el mayor es paciente suyo, etc..) solicitándole una intervención sanitaria, limitada en principio, al examen y reconocimiento de la persona.*

El Médico tiene el deber de atender este requerimiento y llevar a cabo la intervención sanitaria en un plazo de tiempo razonable, en función de las circunstancias de caso, tan-

to del Mayor como de la consulta del Médico, quien deberá atender siempre primero lo que considere en cada momento prioritario.

La negativa injustificada del Médico a atender el requerimiento y realizar la intervención sanitaria cuando de ello se derive un grave riesgo para la salud de las personas pudiera ser constitutiva de un delito de omisión del deber de prestar asistencia sanitaria previsto en el Art. 196 del Código Penal.

3. El Médico deberá examinar a la persona mayor en el lugar en que ésta se encuentre y dar respuesta a CUATRO PREGUNTAS:

Primera: Si padece algún trastorno psíquico y, en su caso, cuáles son sus características.

Segunda: Si la solución más aconsejable para su atención y tratamiento, dadas las circunstancias en que desenvuelve su vida, es el ingreso en una Residencia.

Tercera: Si la persona mayor está o no en condiciones de decidir por sí misma sobre el ingreso en una residencia.

Cuarta: Si la situación requiere una actuación urgente.

En caso de que el Médico aprecie la existencia de trastorno psíquico, la conveniencia del ingreso en una residencia, la falta de capacidad del mayor para decidir por sí mismo y la urgencia de la intervención, DEBERÁ EXTENDER UN DOCUMENTO EN EL QUE EXPRESE LA NECESIDAD DE PROCEDER AL INGRESO DE MODO URGENTE por las razones anteriormente señaladas.

5. Una vez en posesión de ese documento el Trabajador/a Social deberá poner los hechos en conocimiento del Departamento de Asuntos Sociales a quien, según la legislación vigente en cada territorio corresponda proporcionar los recursos sociales para las personas mayores, por el medio más rápido (Tfno. - Fax), solicitando que con carácter prioritario y urgente se facilite una plaza en Residencia u otro recurso asistencial, remitiendo por fax el informe médico y social

6. Una vez obtenida la plaza se procederá a recoger a la persona mayor en el lugar en que se encuentre y a trasladarla hasta la Residencia o recurso asistencial facilitado por las autoridades socio-sanitarias competentes.

El traslado de la persona deberá realizarse por dispositivos de carácter sociosanitario, salvo cuando éstos no fuesen necesarios en atención a la actitud y situación del mayor.

Puede ocurrir que la persona mayor se encuentre en su domicilio y no quiera abrir la puerta o presente alguna oposición al traslado.

En estos casos, si todas las iniciativas de persuasión fracasan, se puede solicitar el auxilio de las Fuerzas de Seguridad y de los bomberos para entrar en el domicilio.

Normalmente el dispositivo sanitario encargado de realizar el traslado podrá solventar por sí mismo la situación, siempre desgarradora, de sacar a una persona de su domicilio.

Si llegaran a presentarse problemas excepcionales, el dispositivo sociosanitario puede también solicitar el auxilio de las Fuerzas de Seguridad para que colaboren en la conten-

ción del mayor por el tiempo mínimo imprescindible y procurando la máxima discreción y el menor perjuicio.

Las Fuerzas de Seguridad en estos casos, como fácilmente se puede comprender, no actúan en su faceta de prevención o persecución de delitos, sino en el de prestar su auxilio y colaboración a los ciudadanos en supuestos de grave necesidad. Así aparece recogido en la Ley de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado (Arts 11-1 b y 53-1-i) y regulado de modo concreto en la Ley de Seguridad Ciudadana (Art. 21-3). En el desempeño de estas labores de auxilio, pueden la Fuerzas de Seguridad entrar en el domicilio sin necesidad de autorización judicial y están obligados a colaborar en la resolución de estas situaciones. Si se negaren injustificadamente a hacerlo, señalando que carecen de autorización judicial, que la persona no ha cometido ningún delito, o cualquier otra objeción carente de respaldo legal, podrán incurrir en un delito de denegación de auxilio previsto en el Art. 412 - 3 párrafo último del Código Penal.

- 7. Una vez realizado el traslado e ingreso de la persona mayor en la Residencia, el director de la misma a la mayor brevedad y, en todo caso, en una plazo no superior a 24 horas, deberá comunicar el ingreso al Juzgado de Primera Instancia. Cuando en el partido judicial existe más de un Juzgado, hay que dirigirse al Juzgado de Primera Instancia Decano. Cuando en el partido judicial existe un solo Juzgado de Primera Instancia, es a él obviamente a quien hay que dirigirse.*
- 8. Una vez que el Juzgado tiene conocimiento del ingreso, se incoa un expediente de internamiento urgente en el que, como mínimo, han de practicarse las siguientes pruebas:
 - a) Examen de la persona mayor por un médico distinto de aquel que indicó el ingreso (normalmente será examinado por el Médico Forense del Juzgado).*
 - b) Reconocimiento personal por el Juez c) Informe del Fiscal.**
- 9. Una vez concluidas las pruebas el Juez dictará una resolución que puede tener el siguiente contenido:
 - A. En caso de que entienda que la persona mayor no tiene capacidad para decidir por sí misma:
 - a) Aprobar el ingreso realizado por estimar que estaba justificado.*
 - b) No aprobar el ingreso sobre la base de que se aprecia la posibilidad de permanencia en el domicilio con apoyo asistencial, etc...**
 - B. En caso de que entienda que la persona mayor tiene capacidad para decidir por sí misma:
*Declarará que tal capacidad existe y entonces habrá que estar a lo que la persona mayor decida. Habrá que respetar, por tanto, tanto su decisión de permanecer ingresada como de marcharse.***

El documento, a continuación, propone vías de actuación cuando el ingreso se produce sin urgencia. Se trata de propuestas que, no por bien intencionadas y razonadas dejan de ser totalmente inutilizables en el día a día de los profesionales. Propuestas que adolecen del mismo

defecto que el artículo 763. De poco sirve establecer un sistema en que los jueces controlan en 72 horas los ingresos urgentes en residencias si después no tenemos suficientes jueces para llevarlo a cabo.

Estos planteamientos, que quizá hayan hecho sonreír a algún trabajador social, médico o policía podrían funcionar en un país con recursos sociales *quasi* ilimitados en el que se reconoce el derecho subjetivo a recibir servicios sociales pero no responde a varias preguntas:

- ¿Qué pasa si la persona resulta no reunir los puntos suficientes del baremo autonómico como para ingresar en una residencia pública?
- ¿Qué pasa si la oferta pública está ocupada y la persona tiene que entrar en lista de espera?

Dejándolo pues como una opción teórica podemos analizar algunas opciones de reglamentación autonómica sobre la materia planteadas en diferentes comunidades, empezando por la andaluza que ha optado por crear un procedimiento basado en el 763 y acabando en la catalana que ha huido del miso apoyándose en la figura de la guarda de hecho para hacer innecesario aplicar un procedimiento judicial completo.

7. SOLUCIONES INTENTADAS

En Andalucía la Ley 6/1999, de 7 de julio, de Atención y Protección a las Personas Mayores dedica su artículo 45 al ingreso en centros sociales regulándolo de la siguiente forma:

1. *Ninguna persona mayor podrá ser ingresada en un centro, sin que conste fehacientemente su consentimiento. En los casos de incapacidad presunta o declarada en los que no sea posible tal consentimiento, se requerirá autorización judicial para el ingreso.*
2. *Los responsables de centros residenciales que advirtieren en una persona mayor ingresada la concurrencia sobrevenida de circunstancias determinantes de su incapacitación deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal.*
3. *Ninguna persona mayor podrá ser obligada contra su voluntad a permanecer en un centro residencial, salvo en los supuestos en que medie resolución judicial.*
4. *Los servicios de inspección velarán por el cumplimiento de lo dispuesto en los apartados anteriores e, igualmente, podrán solicitar del interesado que ratifique la voluntariedad de su estancia, mediante entrevista personal mantenida sin la presencia de familiares ni de representantes del centro.*

La Ley opta así de forma clara por la aplicación del 763, opción que queda más clara si vemos el desarrollo reglamentario que se establece en el artículo 13 del Decreto 23/2004, de 3 de febrero, por el que se regula la protección jurídica a las personas mayores.

1. *El Centro en el que se pretenda el ingreso involuntario de una persona mayor deberá exigir en todo caso de quienes lo soliciten la correspondiente autorización judicial.*
2. *En caso de urgencia, se procederá al ingreso involuntario de la persona mayor, debiéndose comunicar de forma inmediata, y en todo caso dentro del plazo de veinticuatro horas, por los*

responsables del Centro a la autoridad judicial, al objeto de que se proceda a la ratificación o cese de dicha medida.

En Castilla León, la Ley 5/2003, de atención y protección a las personas mayores, en su artículo 13 no llega a la mención de procedimiento judicial aunque sí hace dos referencial al ingreso:

1. *Los responsables de Centros Residenciales que advirtieren en una persona mayor ingresada la concurrencia sobrevenida de circunstancias determinantes de su incapacitación, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, dando cuenta a los familiares de la misma.*
2. *Ninguna persona mayor podrá ser ingresada en un centro residencial sin que conste fehacientemente su consentimiento.*

En Extremadura la Ley 2/1994, de 28 de abril de Asistencia Social Geriátrica convierte en condición necesaria para el ingreso en una residencia pública la previa manifestación de voluntad aunque también contiene un artículo, el 25, con un contenido algo intrigante: 25.1 *Quedan excluidas de la posibilidad de ingreso en Centros Residenciales dependientes de la Administración Regional aquellas personas que por su situación o patología, tanto somática como psíquica, constituyan un impedimento para el normal desarrollo de las relaciones y convivencia de los usuarios.* Precisamente estamos tratando sobre cómo esas personas deben ingresar en centros porque su situación les impide continuar viviendo en su entorno habitual.

Estas previsiones normativas, y otras similares que pueden encontrarse en la reglamentación autonómica ofrecen, en diferente medida a los gestores de residencias la seguridad jurídica de estar utilizando un mecanismo al que les obliga la administración, pero adolecen del mismo problema: si un día la dispersión jurisprudencial existente sobre la aplicación del artículo 763 al ingreso de presuntos incapaces en residencia termina y todos los tribunales coinciden en el mismo criterio, lo que puedan establecer unas normas administrativas autonómicas quedará sin efecto ante la interpretación de una norma de procedimiento civil, la competencia de la cual corresponde en exclusiva al estado.

8. LA SOLUCIÓN CATALANA

Cataluña, como hemos indicado anteriormente, fue la primera comunidad autónoma que en un Decreto, allá por 1990 obligó a las residencias a utilizar el sistema de autorización judicial (previa o diferida) para el ingreso de presuntos incapaces en residencias y también fue un lugar en el que la dispersión jurisprudencial causó inseguridad jurídica y frustración en muchos profesionales del sector de la atención a mayores.

Hay que añadir un factor que hasta ahora no hemos mencionado: La mayor parte de los familiares de personas con demencia se muestran sorprendidos y descontentos de que la residencia comunique al juzgado el ingreso de su ser querido. En una encuesta realizada en 2004 a un grupo de 56 directores de residencia durante un curso impartido en Barcelona, la mitad de ellos manifestaron haber vivido esta reacción por parte de familiares.

Ante esa situación la Generalitat optó por dar un giro radical al planteamiento llevado a cabo hasta entonces y, utilizando la competencia en conservación de su derecho civil propio, introdujo dos artículos en el Código de Familia de Cataluña que regulaban estas situaciones:

El 255 Autorización judicial y comunicación del internamiento.

- 1. El internamiento de una persona por razón de trastorno psíquico, cualquiera que sea su edad, en una institución adecuada y cerrada requiere autorización judicial previa si su situación no le permite decidir por sí misma. No se requiere esta autorización si razones de urgencia médica hacen necesaria la adopción de esta medida, pero en tal caso el director o directora del centro donde se efectúe el internamiento debe dar cuenta del hecho al Juez o Jueza del partido judicial al que pertenece el centro, en el plazo máximo de veinticuatro horas. La misma obligación se produce cuando la persona voluntariamente internada se halla en una situación que no puede decidir libremente por sí misma la continuación del internamiento.*
- 2. Una vez se ha efectuado la solicitud de internamiento o se ha comunicado el internamiento, el Juez o Jueza, después de realizar la exploración personal y oír el dictamen del facultativo o facultativa que designe y el informe del Ministerio Fiscal, debe acordar motivadamente la autorización o denegación del internamiento o su continuación. El Juez o Jueza, cada dos meses, debe revisar la situación de la persona internada.*
- 3. En el caso de que se pretendan aplicar tratamientos médicos que puedan poner en peligro la vida o integridad física o psíquica de la persona afectada, es de aplicación lo establecido en el artículo 219 para estos tratamientos, y las funciones atribuidas por el artículo 219 al tutor o tutora, en este supuesto, son ejercidas por los familiares de la persona internada o, si no los hay, por el Juez o Jueza.*

Y el 253 *El guardador o guardadora de hecho.*

El guardador o guardadora de hecho es la persona física o jurídica que tiene acogido transitoriamente a un menor que ha sido desamparado por aquella o aquellas personas que deben tener cuidado del mismo, o cualquier otra persona que, por razón de sus circunstancias personales, puede ser declarada incapaz o sujeta a curatela.

La distinción entre un precepto y otro radica en que en el caso del internamiento, éste se lleva a cabo en un centro cerrado mientras el guardador de hecho acoge transitoriamente en un centro abierto.

Aunque algunos juristas, como Manuel Aznar,⁷ se han manifestado totalmente contrarios a esta interpretación argumentando que no existen «centros abiertos» o «cerrados» sino personas que viven en régimen abierto o cerrado, lo cierto es que la introducción de esos artículos en el Código de Familia han permitido crear un desarrollo reglamentario que, aunque quizá esté falto de

⁷ M. AZNAR. Internamientos Civiles. Vid supra. Pág 41.

rigor jurídico, resulta muy práctico para los profesionales. Me refiero al artículo 7 del Decreto 284/1996, según redacción del Decreto 176/2000.

Artículo 7. Libertad de ingreso en establecimiento residencial

7.1. *Para efectuar el ingreso en un establecimiento residencial será condición necesaria la previa y libre manifestación de voluntad de la persona que tenga que ingresar o la de su representante legal.*

7.2. *En el ingreso, la entidad titular del establecimiento residencial tendrá que disponer de un informe médico, efectuado como máximo en los tres meses anteriores al ingreso, a excepción hecha de los casos urgentes, y que tendrá que contener como mínimo:*

- a) Datos personales.*
- b) Enfermedades activas.*
- c) Alergias y contraindicaciones.*
- d) Medicación prescrita.*
- e) Régimen dietético.*
- f) Atenciones sanitarias o de enfermería que necesita.*
- g) Valoración de la disminución, cuando sea procedente.*

7.3. *El ingreso en establecimientos residenciales de personas que no pueden manifestar libremente su voluntad, ya que por razón de sus circunstancias personales puedan ser declaradas incapaces, comporta que el director técnico del establecimiento sea el guardador de hecho cuando el ingreso de la persona se haya realizado sin la intervención de alguna de las personas que se indican a continuación:*

- a) Cónyuge o pareja estable conviviente.*
- b) Descendientes mayores de edad o bien ascendientes.*
- c) El cónyuge del padre o de la madre si ha habido convivencia durante tres años con la persona que ha de ingresar.*
- d) Hermanos.*
- e) La persona que haya asumido la guarda de hecho, siempre que haya comunicado el hecho de la guarda al juez o al Ministerio Fiscal.*

Se dejará constancia en el expediente asistencial de los familiares que han intervenido en el ingreso, así como de la comunicación al juez o Ministerio Fiscal efectuada por la persona que ostenta la guarda de hecho.

7.4. *En aplicación de lo previsto en la Ley 9/1998, de 15 de julio del Código de Familia, cuando el director técnico del establecimiento asuma la guarda de hecho por no haber intervenido en el ingreso las personas que se indican en el apartado anterior, tendrá que comunicar al juez el hecho de la acogida, en el plazo máximo de 15 días.*

Esta notificación al juez se ha de acompañar, en relación con la persona acogida, de la documentación siguiente:

- a) *Un informe médico con indicación de las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico.*
- b) *Un informe social con indicación de las circunstancias personales, familiares y sociales.*
- c) *Relación de bienes conocidos respecto a los que se llevará la administración ordinaria o, si es el caso, circunstancias que concurren.*
- d) *El contrato de prestación de servicios con indicación del precio de la estancia mensual y de los servicios complementarios, y el reglamento de régimen interno del establecimiento.*

De esta notificación y documentación se tramitará copia al Ministerio Fiscal, con indicación del juzgado al que se ha enviado.

El precepto establece así, tres posibilidades cuando quien ingresa no puede manifestar su voluntad de hacerlo:

1. El ingreso lo efectúa un familiar directo (de los mencionados) o el tutor de la persona: en ese caso no hace falta hacer ninguna comunicación al juzgado. Sólo firmar el contrato asistencial entre la residencia y el familiar de referencia o tutor de la persona.
2. El ingreso lo efectúa una persona que no se considera familiar directo ni es el tutor del mayor (por ejemplo, un sobrino o un amigo) pero que está actuando como normalmente lo hacen éstos (o sea, le administra los bienes y toma decisiones sobre la persona). En ese caso se considera que el ingreso lo está realizando un guardador de hecho no familiar por lo que la residencia firmará con él (o ella) el contrato asistencial asegurándose de que quien efectúa el ingreso haya comunicado al juzgado su condición de guardador de hecho. En la práctica, para asegurarse de que se produce la comunicación, las residencias suelen redactar ese documento que dan a firmar en el momento del ingreso al guardador siendo el mismo centro el que realiza la comunicación física al juzgado y Fiscalía.
3. El ingreso no lo efectúa nadie que tenga una relación cercana con la persona a ingresar: en ese caso, según el Decreto, el director técnico se considera guardador de hecho y, como tal, en un plazo no superior a 15 días debe enviar al juzgado (con copia a Fiscalía) una comunicación acompañada de una serie de documentos. A partir de ese momento, el director técnico, se responsabiliza del cuidado de la persona y de la administración ordinaria de sus bienes conocidos.

Aunque el sistema, como decíamos resuelve en la práctica la inmensa mayoría de casos no está exento de problemas.

Para empezar, al no considerar la necesidad de comunicar al juzgado la guarda de hecho de los hijos, cónyuges y hermanos tampoco prevé una situación en la que un familiar directo efectúa el ingreso y otro familiar directo se opone al mismo o quiere imponer condiciones de vida respecto a las que existen discrepancias, como puede ser la limitación de determinadas visitas (una situación que según la encuesta antes citada han vivido el 62% de los directores de residencia). El artículo referido no resuelve el problema debido a que no se trata de una cuestión administrativa

sino civil. En estos casos la única solución factible es iniciar un proceso de incapacitación y pedir, cada uno de los familiares, las medidas que considere oportunas.

Otra cuestión es si el Decreto puede obligar al director técnico de una residencia a asumir una guarda que supone la administración ordinaria de unos bienes cuando quizá ese director es un empleado de una fundación, empresa o administración. En la práctica se ha vivido resistencia por parte de muchos directores a asumir la guarda comunicándolo al juzgado.

Como la base legal para obligar al director a asumir esa guarda es el artículo 253 del Código de Familia que dice que «quien acoge transitoriamente..», algunos directores han planteado que sea «quien acoge» realmente quien asuma la guarda, o sea, la entidad, empresa o administración titular del centro.

Por otro lado la Generalidad ha aceptado que las fundaciones que se dedican a asumir la tutela de incapaces puedan también asumir la guarda de hecho a los efectos de este artículo.

Lo cierto es que la guarda de hecho en el Código Civil se contempla como una figura meramente transitoria y que es comúnmente aceptado que la residencia actúa como guardadora de hecho de los residentes presuntamente incapaces. Lo que sucede es que la norma catalana ha dado una «vuelta de tuerca» a la figura para convertirla en una guarda de hecho que en la práctica es «casi de derecho».

El aspecto práctico del sistema radica en que la comunicación de la guarda de hecho no supone la apertura de un procedimiento judicial que deba acabar en resolución. Así, una vez el juez la recibe, conocedor de que también la Fiscalía ha recibido copia de la misma puede, sencillamente no hacer nada a la espera de que sea el Ministerio Fiscal quien inste, si lo considera oportuno, un procedimiento de incapacitación.

Quizá la comunicación no genera un procedimiento pero lo que sí genera en quién está administrando ordinariamente los bienes de la persona y decidiendo sobre la misma, es la sensación de que, si algún abuso se produjese, si algo extraño pasase, existe una «trazabilidad» hacia quien era responsable del bienestar de la persona.

9. REFLEXIÓN

Conociendo la tendencia al aumento del número de personas que sufren demencia en las fases avanzadas de la vida y sabiendo que un porcentaje de las mismas requerirán ser ingresadas en centros sociosanitarios para ser atendidas. ¿No ha llegado el momento en el que se debería regular un sistema de incapacitación y de internamiento que se aparte de la idea del enfermo mental que requiere tratamiento y se acerque más a la de la persona con deterioro cognitivo que requiere cuidado?

Hoy en día tanto la incapacitación como el internamiento se regulan desde una perspectiva garantista, como si incapacitar o internar fuese un ataque a la libertad de la persona del cual debe ser protegido. Aunque después el sistema garantista se convierte en procedimiento buro-

crático al faltar el aparato que convierta la previsión normativa en realidad. ¿No deberíamos acercarnos más a un método de protección basado en el cuidado que limitase la intervención judicial a los casos en que hubiese patrimonio, conflicto o riesgo dejando la inmensa mayoría en el ámbito administrativo?

Quizá ahora que se está tramitando la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de dependencia y que la sociedad centrará su atención durante un tiempo en estas cuestiones, sería el momento para que, desde los profesionales asistenciales se plantease la necesidad de contar con un sistema de incapacitación/ingreso acorde con la situación actual y la tendencia a que nos enfrentamos.

4

LA INTIMIDAD: UN DERECHO FUNDAMENTAL DE TODOS

Carmen Sánchez Carazo
Ayuntamiento de Madrid, Concejala

1. INTRODUCCIÓN

El derecho a la intimidad resulta difícil de definir. Afecta a las esferas más profundas de la personalidad y, junto a un componente estable y permanente, ofrece también otros factores cambiantes fruto de la coyuntura, de la sensibilidad personal y social. El derecho a la intimidad es el derecho fundamental del futuro, del siglo XXI, y que, como afirma Álvarez-Cienfuegos, «si no hay intimidad no habrá nada». Donde no se protege la intimidad no se protegen otros muchos derechos. Por eso se puede definir como un derecho «raíz», pues funda, alimenta y da razón de ser a otros muchos. Podemos llegar a afirmar que sin intimidad no tenemos libertad. La confidencialidad de las personas es tan importante que se puede llegar a afirmar que la persona no tiene libertad si no tiene intimidad¹.

Es importante tener en cuenta que la libertad, y, por tanto, sus concreciones –derecho a la intimidad y la vida privada–, son necesarias para que el individuo pueda desarrollar el derecho de autonomía y, de esta forma, tomar por sí solo las decisiones que mejor le convengan, siempre que no estén en juego derechos fundamentales de terceros o bienes y valores constitucionales, es decir, sin daño o menoscabo a los demás. El derecho a la vida privada o a un ámbito de la vida privada es la autonomía, la libertad de que nadie que no sea uno mismo decida o imponga coactivamente lo que tengamos que hacer. Pero en todo este proceso de defensa del derecho de la intimidad hay que recordar que, como nos enseña Aristóteles, en el «medio está la virtud», pues el ejercicio del derecho a la vida privada y a la intimidad no es un derecho absoluto, y puede traer buenas y malas consecuencias; de lo contrario, no sería una libertad individual, así, por ejemplo, una persona podría abusar de su privacidad hasta el extremo de arriesgar su vida.

El derecho a la intimidad, para el Tribunal Constitucional, deriva de la dignidad de la persona e implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana. La intimidad es una necesidad primordial de la persona, es la clave en el desarrollo de la persona. Mas, la esfera privada será pasto de toda suerte de desmanes a no ser que esté legalmente protegida. Benjamín Constant (1767-1830) fue pionero en la lucha por garantizar la libertad individual y limitar el poder político. Él defendía:

«...hay una parte de la existencia humana que, necesariamente, tiene que mantenerse individual e independiente y que queda, por derecho, fuera de toda competencia social»².

Y como tal derecho fue recogido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en la que se afirma en su artículo 12:

¹ La Sentencia del Tribunal Constitucional 254/1993, en su fundamento 6, explicaba cómo nuestra Constitución ha incorporado una nueva garantía constitucional, como forma de respuesta a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona, de forma en último término no muy diferente a como fueron originándose e incorporándose históricamente los distintos derechos fundamentales. Ante los problemas de falta de confidencialidad de los datos informatizados, explicaba el Tribunal, se presentaba un problema de garantías de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, pero también de un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento de datos.

² CONSTANT, B.: Principes de Politique, en Oeuvres. París: Gallimard, Bibliothèque de La Pléiade, 1957. Cit. por Bèjar H. El ámbito íntimo. Privacidad, individualismo y modernidad. Madrid: Alianza Editorial, 1995; 43.

«Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques».

En la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000, se defiende el derecho a la intimidad y lo que es más importante, el derecho a la protección de datos de carácter personal³.

Nuestro cuerpo, nuestra mente, y, también, nuestros datos sanitarios forman parte de la intimidad, de la privacidad y de la confidencialidad de la persona.

Pero antes de profundizar en el derecho de la intimidad y privacidad, es necesario realizar una aclaración terminológica. Aunque en ocasiones los términos intimidad, privacidad y confidencialidad no se diferencian claramente y se utilizan como si fueran sinónimos, se pueden establecer algunas pequeñas diferencias.

- A. La intimidad, lo íntimo, sería la parte de la vida privada que cada ser humano –ya sea por motivos sociales, educacionales, o de la propia naturaleza humana– quiere guardar para sí de una forma muy especial y que sólo la dará a conocer, si decide hacerlo, a un círculo reducido de personas en las que se tiene fe compartida, o confianza y que, por ello, se hace en ambiente de confidencialidad. Creemos poder decir que, al menos en nuestro ámbito cultural, en el centro de la intimidad se encuentra nuestra vida interior: pensamientos, sentimientos, deseos, ideologías y creencias, y algunas parcelas de nuestra vida exterior: relaciones íntimas, actos fisiológicos... Ciertos datos sobre nuestra persona, entre los que se encuentran los relacionados con nuestra procedencia (datos genéticos, datos referidos a la raza), las tendencias sexuales, los datos de salud y otros datos que puedan acarrear menoscabo o discriminación en nuestra forma social y en los ambientes en los que vivimos, son datos íntimos que hay que respetar para poder respetar la autonomía y la libertad.
- B. La privacidad esta directamente relacionada con la intimidad. Todo lo íntimo está dentro de la privacidad de una persona, pero no todo lo privado es íntimo. La vida privada abarca multitud de aspectos, muchos de ellos cotidianos, como qué y dónde se come, dónde y con quién se pasea, qué escaparates se ven, con quién y dónde se vive, qué número de teléfono se tiene, qué se compra... También puede ser privado el tiempo, los pensamientos, las sensaciones, las creencias... Todas ellas, y muchas cosas más, forman el entramado de la «privacidad» y configura gran parte de nuestra vida. Por otra parte, en algunas personas muchas de estas cosas dejan de ser parte de su «vida privada» sin que se cometa abuso o injusticia. Son las «personas

³ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 18.12.2000, C 364/12. Capítulo II. Libertades:

Artículo 6. Derecho a la libertad y a la seguridad: toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad.

Artículo 7. Respeto de la vida privada y familiar: toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones.

Artículo 8. Protección de datos de carácter personal:

1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan.

2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación.

3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente.

públicas», que, por su cargo, oficio, profesión o forma de vida, han optado libremente por renunciar a una buena parte de su vida «privada». Incluso muchos datos y parcelas de la vida privada de las personas no públicas son fácilmente accesibles o son obligatoriamente controlables por el Estado o por otros particulares que tienen derecho a saber y manejar esos datos. Así pues, lo privado o la privacidad abarca todas aquellas facetas de nuestra vida que «nos son propias», pero puede que, por su misma naturaleza o por las circunstancias vitales elegidas, muchas de ellas no sean absolutamente «propias» o incluso, pueden, legítimamente, dejar de serlo. Existe, pues, una abanico de gradualidad privada.

C. La confidencialidad, por su parte, puede definirse desde el hecho o el dato «confidencial» –en este caso se identifica con intimidad y privacidad, según el grado– o por la actitud que se le pide al sujeto concededor de ese hecho o dato. En este segundo sentido es tomado aquí. Así la confidencialidad sería la actitud o comportamiento de respeto, de silencio, de secreto que pide el hecho o dato íntimo o privado en el sujeto que lo conoce. Es, pues, la respuesta adecuada al carácter íntimo o privado de ciertas parcelas de la vida de una persona. Por eso mismo, la confidencialidad deberá ser proporcionada al grado de privacidad o de intimidad que tenga o se le dé al hecho o al dato. Es un término que tiene un contenido correlativo al del hecho conocido.

Así vemos que si describir los conceptos tiene su dificultad, más difícil será delimitarlos exactamente, señalar fronteras y decidir qué hechos y datos pertenecen a la esfera íntima o a la meramente privada. Hay que tener en cuenta que la diferencia entre lo íntimo y lo privado no es sustancial, sino de grado: lo más privado se convierte en íntimo ¿cuándo empieza una cosa y termina la otra? Nuestra respuesta no puede ser muy rígida. Por todo ello, podemos decir que privacidad, intimidad y confidencialidad son conceptos describibles, difícilmente definibles y diferenciales entre sí.

La defensa de la intimidad y de la confidencialidad se ha realizado desde dos ámbitos diferentes, pero con profundas relaciones: desde el desarrollo legislativo y desde el pensamiento ético. Aunque hay fuertes corrientes subterráneas entre estos dos vasos comunicantes, son saberes y quehaceres distintos, estando directamente relacionados con el secreto profesional y la protección de datos personales.

Todo dato de carácter personal, no solo el nombre y el apellido, también, por ejemplo, el D.N.I. o su fecha y lugar de nacimiento, o el número de historia clínica, o su DNA, identifican a una persona. Así, todo dato identificativo está sujeto a la normativa de la Ley Orgánica 15/1999 y del Real Decreto 994/1999 sobre medidas de seguridad. Y todas las personas tienen derecho a ser informadas sobre cómo se van a tratar sus datos personales y cuál es su finalidad, a consentir si quiere que se traten o no, al acceso de sus datos identificativos, a rectificarlos si están equivocados, a cancelar dichos datos y a oponerse al tratamiento.

2. ASPECTOS LEGALES Y LA INTIMIDAD

La Constitución española de 1978 marca el hito cardinal en el desarrollo legislativo de todos los derechos fundamentales en general y el de la intimidad en particular. La protección de la intimi-

dad de la persona se califica desde la Constitución como un derecho fundamental, apoyado en la dignidad de la persona y en los derechos inviolables que le son inherentes a ésta, contenido propio de su realidad ontológica. En ella se defiende el derecho a la intimidad con una gran perfección técnica en el artículo 18:

«Artículo 18. 1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo caso de flagrante delito.

3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos».

Y se recoge el derecho a la información en el artículo 20:

«Artículo 20. 1. Se reconocen y protegen los derechos:

a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de comunicación.

d) A comunicar o a recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades».

Sin olvidar que los tratados y convenios internacionales sobre el derecho fundamental de la intimidad han entrado a formar parte del Ordenamiento Jurídico español. Por ejemplo: la Declaración Universal de Derechos Humanos de la Naciones Unidas de 1948, o el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales del Consejo de Europa o también conocido como Convenio de Roma por ser esta ciudad donde se firmó el 4 de noviembre de 1950 –ratificado por España el 26 de septiembre de 1979–, principios en los que se van a basar las legislaciones actuales:

«Artículo 8. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituye una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

En nuestro país el derecho a la intimidad comienza a perfilarse de forma clara a partir del 14 de mayo de 1982, cuando entró en vigor la Ley 1/82, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en donde considera el derecho de la intimidad como derecho irrenunciable, inalienable e imprescriptible –artículo 1. 3.–, y que solamente la intromisión sería legítima cuando estuviese expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso artículo 2. 2. Así, para las personas de cualquier edad, sean o no mayores, el derecho de la intimidad tiene los siguientes caracteres:

1. es indisponible, no pudiéndose transmitir ni por actos inter vivos ni mortis causa;
2. es irrenunciable;
3. es inexpropiable e inembargable, como consecuencia de los dos caracteres anteriores;
4. es imprescriptible, ya que al ser derechos inherentes a la persona al prescribir y extinguirse el derecho habría que considerar que la persona misma, a la que van unidos, se extinguiría también.

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, defiende la intimidad, la confidencialidad, el derecho a la información y el consentimiento por parte del paciente. Como también hace la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. En ésta última, los datos relativos a la salud van a ser definidos como especialmente protegidos. Protección defendida por la Recomendación N.º R(97)5, de 13 de febrero de 1997, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros relativa a protección de datos médicos.

El tratamiento de datos médicos mediante sistemas de información, manuales y automatizados, se encuentra cada vez más extendido, desde la investigación médica, gestión hospitalaria, sanidad pública, a la salud laboral, y otros. En muchos casos es muy importante para la salud de la persona interesada todo lo relativo a su confidencialidad y los datos de carácter personal; la calidad, la integridad y disponibilidad de los datos sanitarios, e incluso el avance de la Ciencia Médica depende en gran medida de la disponibilidad de datos médicos de los individuos. Así, la Ley Orgánica 15/99 señala que es deseable reglamentar la recogida y tratamiento de datos médicos, garantizar el carácter confidencial y la seguridad de los datos de naturaleza personal referidos a la salud, aparte de velar por que se haga uso de los mismos dentro del respeto a los derechos y libertades fundamentales del individuo y sobre todo el derecho a la vida privada, y el Tribunal constitucional defiende la autonomía de la persona, el derecho a consentir y conocer qué se hace con los datos y cómo se utilizan.

Además de las normas anteriormente expuestas, en esta última década la mayoría de las normas relacionadas con la salud de la persona exigen que se garantice la intimidad y confidencialidad del individuo, pues los avances tecnológicos son, junto a otros factores, fuente del Derecho en sentido material. Y estos avances tecnológicos hacen necesario proteger la intimidad y privacidad de las personas. Así, en la Ley 15/99 –artículo 8– afirma que las instituciones y los centros sanitarios públicos y privados y los profesionales correspondientes, podrán proceder al tratamiento de los datos de carácter personal relativos a la salud de las personas que a ellos acudan o hayan de ser tratados en los mismos, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación estatal o autonómica sobre sanidad.

La función del derecho fundamental a la intimidad es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad, otorgando a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión. Como explica el Tribunal Constitucional, el derecho a la intimidad permite excluir ciertos datos de una persona del conocimiento ajeno y la prohibición de hacer uso de lo así conocido⁴.

⁴ STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6.

La Ley 41/2002 defiende la necesidad de reconocer los derechos de los pacientes, entre los que resalta el derecho a la información, el consentimiento informado y la intimidad de la información relativa a la salud de las personas, y, afirma que, el Sistema Nacional de Salud, debe asegurar en condiciones de escrupuloso respeto la intimidad personal y la libertad individual del usuario, garantizando la confidencialidad de la información relacionada con los servicios sanitarios que se prestan y sin ningún tipo de discriminación. Esta explicación del preámbulo se ve correspondida en el artículo 7 donde de forma clara establece que toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la ley. Y exige que los centros sanitarios adoptarán las medidas oportunas para garantizar los derechos a que se refiere el apartado anterior, y elaborarán cuando proceda las normas y los procedimientos protocolizados que garanticen el acceso legal a los datos de los pacientes.

3. ASPECTOS ÉTICOS Y LA INTIMIDAD

La confidencialidad, la privacidad, la protección de datos de carácter personal relativos a la salud, es un problema bioético. Y como todo problema bioético, exige un enfoque interdisciplinario. Ningún especialista posee toda la información necesaria para acometer el estudio de la confidencialidad en solitario. Es indispensable la participación de muchos ámbitos sociales, como el de los científicos y clínicos, el de los expertos en derecho, en informática, en ciencias sociales, filosofía, administración sanitaria y administración pública, documentalistas, así como el de los políticos, los sindicatos y los empresarios, entre los más importantes. El problema de lo íntimo en primer lugar afecta a todas las personas: la protección de datos personales no puede convertirse en un coto cerrado, en la competencia exclusiva de los cenáculos de expertos. Las aportaciones del «hombre de la calle», la opinión sobre la confidencialidad de sus datos personales va a ser muy importante. Y en segundo lugar, el problema bioético de lo íntimo afecta a toda la persona. Además, no podemos olvidar que hoy en día, por la necesidad de gestión, el manejo de los datos de salud incluyen a muchos otros profesionales no médicos. En una residencia de mayores, en un hospital; administrativos, trabajadores sociales, enfermeros, médicos y otros muchos trabajadores manejan y tratan la información confidencial, y todos ellos están sujetos al deber de secreto y a la responsabilidad de que esa información no se vulnere, no se pierda y no se difunda.

Los dilemas éticos relacionados con la confidencialidad y protección de datos de carácter personal relativos a la salud no se traducen normalmente en obligaciones perfectas que no admiten excepciones, sino que las decisiones van a estar orientadas según los tres principios de la bioética: el de autonomía, el de beneficencia, y el de justicia. La confidencialidad y la protección de datos está íntimamente relacionada con la autonomía y la libertad del sujeto. Cuando una persona confía sus datos personales, según el artículo 5 de la Ley Orgánica 15/99, debe de estar informada de la finalidad, usos, de su derecho de acceso, modificación, etc., en definitiva: se ha de respetar la autonomía del interesado, y por tanto solamente se darán a conocer los datos del interesado con la autorización de este, exceptuando los casos que la Ley enumere taxativamente.

El Tribunal Constitucional en la STC 292/2000, de 30 de noviembre, establece el derecho fundamental a la protección de datos que persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre

sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado. El derecho a la intimidad permite excluir ciertos datos de una persona del conocimiento ajeno, y el derecho a la protección de datos garantiza a los individuos un poder de disposición sobre esos datos. Teniendo en cuenta que el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, sino los datos de carácter personal. Y no significa que sólo tengan protección los relativos a la vida privada o íntima de la persona, sino que los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, de salud, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo.

El Tribunal Constitucional establece que también el derecho fundamental a la protección de datos posee una segunda peculiaridad; garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales. Esto implica la necesidad de estar informado para poder dar el consentimiento expreso y exige el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de esos datos y el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos. En definitiva, el poder de disposición sobre los datos personales: el derecho a la autonomía de la persona.

Por tanto, el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos, y la exigencia del titular del fichero a que informe al interesado de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que los rectifique o los cancele.

El derecho fundamental a la protección de datos se concreta jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea una entidad pública o privada. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o manual, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder.

Por tanto, la intimidad y la confidencialidad es el elemento esencial de la libertad de la persona y, asimismo, el derecho a la información constituye el eje central del consentimiento de la persona. Si no hay información, no puede haber consentimiento.

El derecho a la información

En el tratamiento de los datos sanitarios es necesario informar a los pacientes sobre todo lo relativo a los datos sanitarios y a sus derechos sobre sus propios datos, o lo que es lo mismo: sus derechos en relación a la intimidad y confidencialidad. El derecho a la información se proyecta con respecto al ciudadano en un doble plano: de una parte, como derecho a conocer aquellos datos sobre su enfermedad que le afecten a él; y de otra, como la obligación de la Administración, o la entidad de que se trate, de facilitar tal información al interesado y guardar el secreto de la misma frente a terceros. El derecho a la información es resaltado por las distintas normativas de nuestro país y Recomendaciones europeas relacionadas con la salud, incluso en enfermos con ciertas facultades intelectuales disminuidas se recomienda, tanto en el convenio de Oviedo como en recomendaciones europeas, que se les informe y, por tanto, el derecho que tiene toda persona a ser informado veraz y completamente en lo relativo a la salud. Así por ejemplo, la Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Recomendación 1418 (1999), sobre la protección de los derechos humanos y la dignidad de los enfermos terminales y moribundos, adoptada el 25 de junio de 1999, en su punto XI y XII aconseja la protección del derecho de las personas a la autodeterminación y a una información veraz y completa.

La información y la documentación sanitaria es una prestación sanitaria como se establece en el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud. De forma similar se define en diversas sentencias publicadas, en donde se hace especial referencia al derecho de acceso del paciente a sus datos sanitarios.

Hasta hace pocos años, el acceso a la historia clínica y a los datos sanitarios, en esa relación de «beneficencia-paternalismo» que el médico tenía con sus pacientes, era poco común o mejor dicho «extraordinaria». Durante muchos años la información se consideraba un privilegio que el médico podía o no conceder a sus pacientes, pero siempre según su criterio. Pero la medicina ya no puede ser un «arte silencioso». El médico ha de ser consciente de que informar es una exigencia del deber de beneficencia que tiene hacia sus pacientes. La persona mayor continúa teniendo sus derechos y necesita estar informada para tomar las decisiones en relación a su vida y poder consentir que se actúe en un sentido u otro.

Aunque dar la información al paciente «se trate de un elemental problema de derecho individual», es difícil cambiar las formas tradicionales de comportamiento en que el médico callaba lo que creía conveniente, y por supuesto, el paciente no podía acceder a sus datos sanitarios. Pero informar, el dar acceso a los datos sanitarios, como dice Diego Gracia, no es un acto sin más: es más bien un proceso. Es un proceso más dentro del acto médico. Así, aunque algunos piensen que puede ser una pérdida de tiempo, o que el paciente no «comprenderá» correctamente, o bien, que el conocimiento de la verdad puede crear estados de ansiedad y angustia, la realidad es bien distinta. Si es cierto que puede haber pacientes que no quieran saber, y este derecho hay que respetarlo, en la mayoría de los casos la información, el conocimiento del proceso, mejora la relación

médico-paciente y, con ella, su acción terapéutica. Alejandro Jadad, catedrático del Departamento de Epidemiología Clínica y Bioestadística de la Universidad McMaster de Canadá sostiene que los resultados del tratamiento mejoran cuando el enfermo está bien informado: «Se ha comprobado que si los pacientes tienen la oportunidad de participar en la toma de decisiones, de preguntar, de tener información individualizada sobre su dolencia, los desenlaces son mejores. Esto se ha visto en el tratamiento de la hipertensión, de las úlceras, del dolor del cáncer, de la diabetes...»⁵.

Desde no hace muchos años, un gran número de autores defienden el derecho de acceso a la historia clínica y a los datos sanitarios por parte del paciente. Álvarez-Cienfuegos piensa que dicho acceso ha de estar relacionado con su finalidad asistencial. El resto de casos: accesos administrativos, de inspección, u otros, habría que observarlos con cierta precaución⁶. Es más, desde hace algunos años se vienen produciendo algunas sentencias en nuestro país en las que se destaca la necesidad de informar al paciente⁷.

La Ley Orgánica 15/99 establece, en su artículo 5, todo lo relativo al derecho de información que los ciudadanos tienen sobre sus datos de carácter personal que van a ser informatizados. En concreto, el sujeto debe ser informado de la finalidad de la recogida de los datos, de los destinatarios de la información, del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas, de si se pueden negar a suministrarlos, de la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación y cancelación y de la identidad y dirección del responsable del fichero. Así, cualquier persona podrá conocer, recabando a tal fin la información oportuna del Registro General de Protección de Datos, la existencia de ficheros automatizados de datos de carácter personal, sus finalidades y la identidad del responsable del fichero.

La casi absoluta obligación del deber de informar al paciente o a sus representantes legales se debe, en nuestra opinión, al también casi absoluto derecho de acceso, y, en su caso, de rectificación de los datos de carácter personal. Sin olvidar, que la información es un derecho del enfermo o usuario del sistema a saber o no saber, una manifestación concreta del derecho a la salud y, a la vez, un deber del médico y del sistema sanitario.

Ley 41/2002, en su artículo 4, exige el derecho que tiene el paciente a conocer todo lo relativo a las actuaciones sanitarias. La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad. Siendo el médi-

⁵ Declaraciones de Alejandro Jadad al periódico *El País* con motivo de su conferencia en la Universidad de Verano El Escorial. *El País* 1999; 11 de julio: 34.

⁶ ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, JM.: Aspectos jurídicos y protección de datos sanitarios. Resumen de la II Jornada Madrileña de Admisión y Documentación Médica. Madrid: Fundación Hospital de Alorcón, 20 de mayo de 1999; 60.

⁷ La sentencia de 25 de abril de 1994 de la Sala primera del Tribunal Supremo –ponente J.L. Albacar López– hace una completa descripción del contenido de la información que se ha de dar al paciente: «Informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre, claro está, que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede normalmente esperarse, de los riesgos que del mismo, especialmente si éste es quirúrgico, pueden derivarse y, finalmente, y en el caso de que los medios de que se disponga en el lugar donde se aplica el tratamiento puedan resultar insuficientes, debe hacerse constar tal circunstancia, de manera que, si resulta posible, opte el paciente o sus familiares por el tratamiento del mismo en otro centro médico más adecuado». Cit por Beltrán Aguirre JL. La información en la Ley General de Sanidad y en la jurisprudencia. *Derecho y Salud* 1995; 3: 164.

co responsable del paciente quien garantizará el cumplimiento de su derecho a la información⁸. Teniendo en cuenta que la persona que ha de recibir la información es el propio sujeto, incluso cuando éste se encuentre en una situación de incapacidad se le ha de dar la información pertinente para que pueda decidir en la medida de lo posible. Las personas mayores o las más jóvenes tienen derecho a su autonomía y a decidir en lo relativo a su cuerpo y a su salud.

Por tanto, para respetar la autonomía de los pacientes es necesario informar a los mismos. Así, la obligación de informar sobre cualquier proceso sanitario y, en todo lo que respecta a la información sobre la salud, independientemente de la edad de la persona, es tan absoluta que sólo podría decaer en tres casos:

1. cuando el enfermo no quiera ser informado, utilizando su derecho a no saber, situación también prevista en el Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina, en su artículo 10;
2. cuando la urgencia terapéutica, siguiendo el principio de beneficencia en favor del enfermo, así lo requiera, y sólo mientras dure esa urgencia;
3. en el caso en que la persona no se encuentre capacitada para tomar decisiones, se le dará la máxima información posible y se informará también a su representante para que pueda tomar la decisión pertinente, pero teniendo en cuenta que el propio sujeto ha de ser escuchado en todo momento;
4. cuando la información sobre el interesado se encuentra inseparablemente unida a la información sobre otra u otras personas. Al colisionar dos derechos: el derecho a saber sobre uno mismo y el derecho a la intimidad de terceras personas, siempre sopesando el mal menor en cada caso, en principio debe prevalecer el derecho a la intimidad.

Esta última excepción se hace especialmente problemática en los casos en que la información tiene relación con la herencia y la genética, pues siempre el conocimiento de datos de esta natu-

⁸ Artículo 4. Derecho a la información asistencias.

1. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.
2. La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad.
3. El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle.

Artículo 5. Titular del derecho a la información asistencial.

1. El titular del derecho a la información es el paciente. También serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita.
2. El paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal.
3. Cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.
4. El derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica. Se entenderá por necesidad terapéutica la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave. Llegado este caso, el médico dejará constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho.

raleza necesariamente ponen en juego a todos los miembros consanguíneos de una familia. Pero a pesar de que en algunos momentos, en nuestro trabajo cotidiano, puede sernos complicado proteger la intimidad de los pacientes, hay que intentarlo pues ésta es un elemento fundamental para ser persona, pues como afirma López Azpitarte «el hombre guarda siempre un misterio en su corazón, una zona reservada a la mirada indiscreta de cualquier otro, que constituye el núcleo más hondo y arraigado de su personalidad. Se trata de ese mundo interior donde anidan y se esconden los sentimientos, deseos, ilusiones, pensamientos, alegrías y penas, nostalgias o vergüenzas, hechos u omisiones... que son lo más nuestro y de nosotros solos, porque nos hacen sentirnos como sujetos, no como un objeto cualquiera».

El derecho al consentimiento

Un elemento esencial en lo que se refiere al tratamiento de datos personales y, en concreto, a los concernientes a la salud, es lo que se denomina «consentimiento informado». Este concepto ha llegado a la medicina desde el derecho y, como opina Diego Gracia, debe ser considerado como una de las máximas aportaciones que la ciencia jurídica ha realizado a la medicina, por lo menos en los últimos siglos. Estamos ante un «derecho humano primario y fundamental», esto es, ante una de las últimas aportaciones realizadas a la teoría de los derechos humanos.

El derecho al consentimiento y la información, junto con los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición de los datos de carácter personal configuran las salvaguardas a la intimidad y autonomía que posee la persona respecto a los datos sanitarios.

El consentimiento informado hace referencia a la norma general según la cual para recabar, archivar, manejar, ceder y cambiar información personal con datos especialmente protegidos, deberá hacer falta el consentimiento libre y, por lo tanto, informado, del sujeto interesado. Pero creemos que, si bien los conceptos información y consentimiento están íntimamente relacionados, no tienen que ir necesariamente unidos.

La Ley Orgánica 15/99, en su artículo 6 apartado 1, dispone la regla general: «El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa». En el apartado 2 se recogen los casos en los que no es preciso el consentimiento, apartado en el que incide en que datos especialmente protegidos se pueden tratar sin el consentimiento del paciente, posibilidad, que repetimos, vulnera marcadamente el derecho a la intimidad y confidencialidad de los mismos. A estos habrá que unirle todos los casos en los que hemos ido viendo en los que no será necesaria la información, pues una es condición *sine qua non* del otro. En el apartado 3 se dice que el consentimiento podrá ser revocado, por causa justificada, pero sin efectos retroactivos. Asimismo, la Recomendación N.º R(97)5, en su artículo 5. 1.e, insiste en que el paciente ha de estar informado sobre el derecho que tiene de poder retirar su consentimiento. Y la ley también prevé el derecho de oposición⁹. Pero este

⁹ «Artículo 6.4. – En los casos en los que no sea necesario el consentimiento del afectado para el tratamiento de los datos de carácter personal, y siempre que una ley no disponga lo contrario, éste podrá oponerse a su tratamiento cuando existan motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal. En tal supuesto, el responsable del fichero excluirá del tratamiento los datos relativos al afectado».

derecho aparece como algo difícil de llevar a término: el paciente ha de tener unos motivos personales que justifique su oposición al tratamiento de los datos. Creemos que de esta forma no se defiende suficientemente el derecho de oposición, pues en una situación de minusvalía, como es en la enfermedad, cuando los derechos han de estar más protegidos, se ha de facilitar la información y el consentimiento pues la persona puede no tener capacidad de defender suficientemente sus derechos.

Nuestra Ley Orgánica 15/99, en su artículo 7, establece que en el caso de los datos especialmente protegidos será necesario: 1. – el consentimiento expreso y por escrito cuando los datos de carácter personal revelen la ideología, religión y creencias, vayan a ser tratados; 2. – los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando por razones de interés general así lo disponga una Ley o el afectado consienta expresamente; y, 3. – los datos sobre infracciones penales y administrativas, sólo podrán ser incluidos en los ficheros de las Administraciones Públicas si existe una norma que lo regule. Pero, en función de la utilización de los mismos se hace una excepción muy peligrosa¹⁰, que no creemos que sea ética, ya que el consentimiento es necesario para que la persona tenga libertad de decidir. Sin olvidar que se considera infracción muy grave el acto de recabar o tratar los datos de carácter personal relativos a la salud, cuando no lo disponga una ley o el afectado no haya consentido expresamente¹¹.

Igualmente, la Recomendación N.º R(97)5, en su defensa de la intimidad en todo lo relacionado con la enfermedad, aconseja que el consentimiento para el tratamiento automatizado de datos relativos a la salud sea libre, expreso y fundamentado con una correcta información, y no hace referencia a que una norma legal pueda eximir del consentimiento patente y específico¹².

¹⁰ «Artículo 7. 6. – No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal a que se refieren los apartados 2 y 3 de este artículo, cuando dicho tratamiento resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos se realice por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta asimismo a una obligación equivalente de secreto.

También podrán ser objeto de tratamiento los datos a que se refiere el párrafo anterior cuando el tratamiento sea necesario para salvaguardar el interés vital del afectado o de otra persona, en el supuesto de que el afectado esté física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento».

¹¹ LOPD: «Artículo 43.4. – Son infracciones muy graves:

c) Recabar y tratar los datos de carácter personal a los que se refiere el apartado 2 del artículo 7 cuando no medie el consentimiento expreso del afectado; recabar y tratar los datos referidos en el apartado 3 del artículo 7 cuando no lo disponga una Ley o el afectado no haya consentido expresamente, o violentar la prohibición contenida en el apartado 4 del artículo 7.

g) La vulneración del deber de guardar secreto sobre los datos de carácter personal a que hacen referencia los apartados 2 y 3 del artículo 7, así como los que hayan sido recabados para fines policiales sin consentimiento de las personas afectadas».

¹² «6. Consentimiento.

6.1. Cuando se pida a la persona interesada su consentimiento, éste debería ser libre, expreso y fundamentado.

6.2. Los resultados de cualquier análisis genético deberían formularse dentro de las limitaciones de objetivos de la consulta médica, diagnóstico o tratamiento para los cuales se obtenga el consentimiento.

6.3. Cuando se aborde el tratamiento de datos médicos referidos a una persona legalmente incapaz que no se encuentre en condiciones de decidir libremente y cuando el derecho interno no permita a la persona interesada intervenir en su propio nombre, se requerirá el consentimiento de la persona que pueda intervenir legalmente en nombre de la persona interesada, el de una autoridad o de cualquier otra persona o instancia designada por la ley. Si, de conformidad con el principio 5.5 anterior, la persona legalmente incapacitada hubiera sido informada de la intención de recoger o tratar sus datos médicos, debería tomarse en consideración su deseo a menos que la legislación interna se oponga a ello».

LA LEY 41/2002 Y EL DERECHO AL CONSENTIMIENTO DE TODAS LAS PERSONAS

Artículo 8. Consentimiento informado.

1. Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso.
2. El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.
3. El consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo, dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos.
4. Todo paciente o usuario tiene derecho a ser advertido sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen en un proyecto docente o de investigación, que en ningún caso podrá comportar riesgo adicional para su salud.
5. El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento.

Artículo 9. Límites del consentimiento informado y consentimiento por representación.

1. La renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso. Cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención.
2. Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos:
 - a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.
 - b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:
 - a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.
 - b) Cuando el paciente esté incapacitado legalmente.
 - e) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.
4. La interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.
5. La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.

Artículo 10. Condiciones de la información y consentimiento por escrito.

1. El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente:
 - a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.
 - b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.
 - e) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.
 - d) Las contraindicaciones.
2. El médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente.

El principio de consentimiento o de autodeterminación es el principio esencial de la protección de datos de carácter personal, ya que se precisa su existencia tanto en la recogida como en el posterior tratamiento de los datos solicitados. Es por ello que tiene gran importancia el hecho de que no exista ninguna duda acerca de la existencia del mismo.

Con todo lo dicho podemos decir que el consentimiento es un derecho relacionado con el de la información. Pero deben distinguirse, pues puede haber casos en los que se debe dar información, pero no se requiera el consentimiento, como hemos explicado en el punto anterior. Derechos, pues, autónomos, pero muy emparentados, que deben estar en la base de todo tratamiento de datos relativos a la persona. Derechos, por último, que enmarcan y fundamentan los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición

4. DERECHO DE ACCESO, RECTIFICACIÓN, CANCELACIÓN Y OPOSICIÓN

En la atención sanitaria todas las personas tienen derecho a acceder a todos sus datos por medio de copia, fotocopia o cualquier otro medio¹³. Derecho igualmente mantenido en la Ley 41/2002. Este derecho, al igual que el resto, se solicitará al responsable del fichero. Y por primera vez se desarrolla el derecho de acceso a los datos de salud. Este derecho estaba regulado de forma general en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal –LOPD–, pero quedaban ciertas lagunas:

- ¿Todos los profesionales de un centro pueden enterarse de lo que le ocurre a un paciente que ingresa en dicho centro?
- ¿Quién puede acceder a la historia clínica?
- ¿Hay que dar la historia a los pacientes?
- ¿Se han de dar a los pacientes las anotaciones que hacemos los profesionales?
- ¿Se dará la historia clínica a un familiar de un fallecido?

Y las preguntas quedan contestadas en la Ley 41/2002. Si vamos al artículo 16.1, de dicha Ley, encontramos que: «La historia clínica es un instrumento destinado fundamentalmente a garantizar una asistencia adecuada al paciente. Los profesionales asistenciales del centro que realizan el diagnóstico o el tratamiento del paciente tienen acceso a la historia clínica de éste como instrumento fundamental para su adecuada asistencia». Por tanto, **solamente** los profesionales que atienden a un paciente pueden acceder a su historia clínica y el centro sanitario, ya sea público o privado, ha de poner las medidas técnicas y organizativas necesarias para que, como se establece en el art. 16.2, «se posibilite en todo momento el acceso a la historia clínica de cada paciente por los profesionales que le asisten», y **solamente** a dichos profesionales, evitando el acceso de terceros no autorizados como se regula en la LOPD para los datos identificativos manuales e informatizados, y se desarrolla en el Real Decreto 994/1999¹⁴ para los datos informatizados. Y, por

¹³ LOPD. Artículo 15. Derecho de acceso.

1. El interesado tendrá derecho a solicitar y obtener gratuitamente información de sus datos de carácter personal sometidos a tratamiento, el origen de dichos datos, así como las comunicaciones realizadas o que se prevén hacer de los mismos.

2. La información podrá obtenerse mediante la mera consulta de los datos por medio de su visualización, o la indicación de los datos que son objeto de tratamiento mediante escrito, copia, telecopia o fotocopia, certificada o no, en forma legible e inteligible, sin utilizar claves o códigos que requieran el uso de dispositivos mecánicos específicos.

¹⁴ Real Decreto 994/1999, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal.

supuesto, el personal de administración y gestión de los centros sanitarios sólo puede acceder a los datos de la historia clínica relacionados con sus propias funciones –art. 16.4 de la Ley 41/2002–, por lo que en el Centro¹⁵ se establecerán las medidas de seguridad pertinentes que eviten el acceso no necesario.

Es más, el acceso a la historia clínica con fines judiciales, epidemiológicos, de salud pública, de investigación o de docencia, obliga a preservar los datos de identificación personal del paciente, separados de los de carácter clínico-asistencial, de manera que, como regla general, quede asegurado el anonimato, salvo que el propio paciente haya dado su consentimiento para no separarlos. A no ser que una Ley establezca la necesidad de acceder a los datos de una persona –por ejemplo, por medidas urgentes de salud pública–. Exceptuándose «los supuestos de investigación de la autoridad judicial en los que se considere imprescindible la unificación de los datos identificativos con los clínico-asistenciales, en los cuales se estará a lo que dispongan los jueces y tribunales en el proceso correspondiente», como se establece en el art.16.3 de la Ley 41/2002. Pero hay que tener en cuenta que dicha Ley afirma taxativamente que «el acceso a los datos y documentos de la historia clínica queda limitado estrictamente a los fines específicos de cada caso», defendiendo el derecho de autonomía de la persona, el derecho a la protección de datos de carácter personal como ha establecido el Tribunal Constitucional en Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre.

Por tanto, solamente el personal que atiende a un paciente puede acceder a sus datos de salud, sin el consentimiento del mismo, a excepción que lo permita una Ley, en procesos judiciales o en los casos en que el personal sanitario debidamente acreditado que ejerza funciones de inspección, evaluación, acreditación y planificación, cumpla sus funciones de comprobación de la calidad de la asistencia, el respeto de los derechos del paciente o cualquier otra obligación del centro en relación con los pacientes y usuarios o la propia Administración sanitaria –art.16.5–.

A la pregunta de si el paciente tiene derecho a su historia, la Ley 41/2002 responde afirmativamente, teniendo derecho a la documentación de la historia clínica y a obtener copia de los datos que figuran en ella –art.18.1–. Se estima que –art.18.3– dicho derecho de acceso del paciente no puede ejercitarse en perjuicio del derecho de terceras personas a la confidencialidad de los datos que constan en ella recogidos en interés terapéutico del paciente, como en el caso, por ejemplo, de pacientes psiquiátricos en los que en su historia clínica figura información aportada por la familia. Y en el mismo apartado, la Ley 41/2002 considera la protección de los profesionales y establece no podrá ejercerse el derecho de acceso del paciente en perjuicio del derecho de los profesionales participantes en la elaboración de la historia clínica, los cuales pueden contraponer al derecho de acceso el de la reserva de sus anotaciones subjetivas.

La nueva Ley 41/2002, en su art. 18.4, clarifica qué hacer ante la petición de acceso a la historia clínica por parte de un familiar de un paciente fallecido. Establece que sólo se facilitará el acceso

¹⁵ La LOPD establece en su artículo 9: El responsable del tratamiento de los datos de carácter personal, ya sean informatizados o manuales, deberá adoptar las medidas de índole técnica y organizativas necesarias que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal y eviten su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, habida cuenta del estado de la tecnología, la naturaleza de los datos almacenados y los riesgos a que están expuestos, ya provengan de la acción humana o del medio físico o natural.

a la historia clínica de los pacientes fallecidos a las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, salvo que el fallecido lo hubiese prohibido expresamente y así se acredite. Y también en este caso, la Ley 41/2002 se reafirma en la defensa de la intimidad y autonomía del paciente y del profesional, estableciendo que no se facilitará información que afecte a la intimidad del fallecido, ni a las anotaciones subjetivas de los profesionales. Tampoco se facilitará aquella información que perjudique a terceros.

Asimismo, cuando los datos sean erróneos han de ser rectificadas, y cuando se haya tratado algún dato sin el consentimiento de la persona, ésta tiene derecho a oponerse.

El derecho a la cancelación de los datos identificativos en la investigación debería ser respetado, pues al igual que toda persona que participa en una investigación tiene el derecho a retirar su consentimiento sin que se produzca algún perjuicio, la persona al igual que da su consentimiento para el tratamiento de los datos deberá tener la posibilidad de retirar dicho consentimiento y poder solicitar la cancelación de sus datos identificativos, solamente de estos, dejando los datos anonimizados para estudios posteriores. En la Directiva 2001/20/CE se defiende directamente el derecho del sujeto que participe en una investigación a que pueda abandonar la investigación en todo momento, retirando su consentimiento sin sufrir por ello perjuicio alguno.

5. LA CESIÓN DE DATOS SANITARIOS

Los datos de carácter personal solamente podrán ser comunicados a un tercero si existe el consentimiento previo del interesado¹⁶. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, del 2000, establece en su artículo 8.2 que los datos identificativos de las personas se tratarán de modo leal, para fines determinados y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Por tanto, los datos identificativos solamente se cederán a otros grupos de investigadores o al grupo promotor u a otras personas o instituciones en el caso en que el sujeto hubiese dado su consentimiento.

Como se ha dicho anteriormente, los videos que identifican a una persona o las pruebas biológicas, están sujetos a la LOPD y, por tanto, no podrán cederse a terceras personas, ni utilizarse para otra finalidad que para la que lo hubiese permitido el paciente, sin el consentimiento previo de la persona.

6. EL SECRETO PROFESIONAL

Los Códigos Deontológicos de las diversas profesiones sanitarias dan una gran importancia al secreto profesional. Por ejemplo, el Código de Ética y Deontología Médica, de la Organización Médica Colegial, que contiene el conjunto de principios y reglas éticas que deben inspirar y guiar la conducta profesional del médico, defiende que el médico actuará siempre con corrección, res-

¹⁶ LOPD, Art. 11.1.

petando con delicadeza la intimidad de su paciente, y el secreto profesional ocupa un lugar relevante. En sus artículos 14 y siguientes mantiene:

«Artículo 14

1. El secreto médico es inherente al ejercicio de la profesión y se establece como un derecho del paciente a salvaguardar su intimidad ante terceros.
2. El secreto profesional obliga a todos los médicos cualquiera que sea la modalidad de su ejercicio.
3. El médico guardará secreto de todo lo que el paciente le haya confiado y de lo que de él haya conocido en el ejercicio de la profesión.
4. La muerte del paciente no exime al médico del deber del secreto.

Artículo 15

1. El médico tiene el deber de exigir a sus colaboradores discreción y observancia escrupulosa del secreto profesional. Ha de hacerles saber que ellos también están obligados a guardarlo.
2. En el ejercicio de la Medicina en equipo, cada médico es responsable de la totalidad del secreto. Los directivos de la institución tienen el deber de facilitar los medios necesarios para que esto sea posible.

Artículo 16

1. Con discreción, exclusivamente ante quien tenga que hacerlo, en sus justos y restringidos límites y, si lo estimara necesario, solicitando el asesoramiento del Colegio, el médico podrá revelar el secreto en los siguientes casos:
 - a. Por imperativo legal.
 - b. En las enfermedades de declaración obligatoria.
 - c. En las certificaciones de nacimiento y defunción.
 - d. Si con su silencio diera lugar a un perjuicio al propio paciente o a otras personas; o a un peligro colectivo.
 - e. Cuando se vea injustamente perjudicado por causa del mantenimiento del secreto de un paciente y éste permite tal situación.
 - f. Cuando comparezca como denunciado ante el Colegio o sea llamado a testimoniar en materia disciplinaria.
 - g. Cuando el paciente lo autorice. Sin embargo, esta autorización no debe perjudicar la discreción del médico, que procurará siempre mantener la confianza social hacia su confidencialidad.

Artículo 17

1. Los sistemas de informatización médica no comprometerán el derecho del paciente a la intimidad.
2. Los sistemas de informatización utilizados en las instituciones sanitarias mantendrán una estricta separación entre la documentación clínica y la documentación administrativa.
3. Los bancos de datos sanitarios extraídos de historias clínicas estarán bajo la responsabilidad de un médico.
4. Los bancos de datos médicos no pueden ser conectados a una red informática no médica.
5. El médico podrá cooperar en estudios de auditoría (epidemiológica, económica, de gestión...), con la condición expresa de que la información en ellos utilizada no permita identificar ni directa ni indirectamente, a ningún paciente en particular».

Hoy día, el secreto profesional ya no se conceptúa solamente y en primer lugar como un deber del profesional, sino como un derecho del ciudadano. Por tanto se trata de uno de los llamados derechos-deberes, ya que es un derecho que genera en los profesionales un deber específico. Hay

un deber general de respeto a la intimidad de todos los seres humanos. Y hay otro específico y cualificado de los profesionales, ya sean abogados, procuradores, médicos, etc. Todos ellos tienen una obligación específica y cualificada de guarda del secreto.

El secreto médico tiene su fundamento en la relación de confianza que debe existir entre el médico y el paciente. Esta confianza debe ser respetada por el profesional de la medicina con el objeto, no sólo de proteger la integridad física del paciente, en cuanto al anonimato de sus enfermedades, sino también de proteger la integridad de la persona, su ser personal, pues una revelación indebida de sus padecimientos puede acarrear un perjuicio moral que es susceptible de incriminación. Es más, la seguridad de los pacientes a que su problema no será desvelado, en algunos casos, facilita a que éste se ponga en tratamiento y confíe en el facultativo.

La confianza es el aglutinante de la estructura sanitaria. El paciente ha de desnudar su cuerpo y, en muchos casos su alma, ante el médico y otros muchos profesionales sanitarios. Erwin Odenbach, neurólogo y psiquiatra, que ha tenido un cáncer y tuvo que soportar la quimioterapia, radioterapia y la estancia hospitalaria varias veces, comenta que al vulnerar la intimidad se vulnera la dignidad humana. Aconseja al personal sanitario propiciar la intimidad de los pacientes con los grandes y pequeños detalles en el trabajo diario. Los trabajadores, al igual que deben respetar sus datos personales, han de respetar otros muchos detalles que van a propiciar la intimidad. Por ejemplo, no desnudar al paciente cuando no sea estrictamente necesario, llamar a la puerta antes de entrar en la habitación, no explorar al paciente cuando tiene la cuña puesta, explicar lo que se le va a realizar en cada momento, etc.

El personal sanitario atiende a la persona en los momentos más vulnerables de su vida, nacimiento, enfermedad, dolor, impotencia, muerte. El médico, a diferencia del abogado o del sacerdote, llega a conocer incluso cuestiones que al propio sujeto no le gustaría mostrar, pero el facultativo, para poder curar o aliviar el dolor, ha de conocer profundamente al enfermo.

Esta necesidad que tiene el médico de explorar el cuerpo del enfermo, a veces de modo exhaustivo, ya para descubrir los rastros de una enfermedad, ya para aplicar el tratamiento, está pidiendo una reserva que ha de ser éticamente justificada y jurídicamente regulada.

Una base importante del secreto médico radica en la facilidad con que el médico accede a la esfera íntima de otros, sin trabas ni obstáculos, precisamente porque el paciente presupone el sigilo del profesional. Además, el acceso por parte del facultativo a la intimidad se produce en circunstancias de indefensión y dependencia del paciente respecto del médico.

El derecho a la intimidad personal y a la privacidad ha sido, y aún es un derecho, en algunos casos ignorado, y en otros mal ponderado, ya sea porque los profesionales incumplen el deber de no revelar o porque nuestra sociedad es poco celosa a la hora de exigir que se respete su derecho a la privacidad. Estamos cansados de ver cómo en nuestros medios de comunicación se producen ruedas de prensa con comunicados de los equipos médicos que, en muchos casos, divulgan noticias que pertenecen por completo a la esfera íntima y privada del individuo, como si tal comunicación se tratara de la cosa más natural de este mundo.

En la relación médico-paciente intervienen siempre tres sujetos: el médico, el enfermo y las llamadas terceras partes, es decir, diversos profesionales y trabajadores que se van a relacionar en el

día a día con el enfermo. Estos tres factores han cambiado de manera importante en los últimos veinticinco años. La consecuencia es clara: la relación médico-paciente también ha cambiado. Ya no es posible aquella relación antigua, típicamente paternalista y vertical, en la cual el médico mandaba y el enfermo obedecía, en donde el enfermo no tenía acceso a sus propios datos, al conocimiento de su propio cuerpo. El hecho de que una persona quiera curarse y se ponga en contacto con el médico no le priva, por lo general, de su autonomía, razón por la cual el enfermo aporta a la relación un principio distinto al del médico, el llamado «principio de autonomía». De este modo, la vieja relación «yo mando, tu obedeces», se ha visto sustituida por esta otra: «beneficencia-autonomía».

En la actualidad la medicina es ejercida por equipos que necesitan compartir la información para poder dar al enfermo una atención de calidad. El sujeto que ingresa en un centro sanitario tiene relación con múltiples profesionales, sus datos se almacenan en grandes archivos y en ordenadores conectados con diversas bases de datos y múltiples profesionales, incluso en algún caso pudieran estar conectados a Internet, por lo que profesionales de otros centros u otros países pueden tener acceso a los datos sanitarios de una persona, con el peligro que entraña la posibilidad de acceso a dicha información por personas no autorizadas. La medicina «en equipo» obliga a replantear los mecanismos jurídicos de tutela de los derechos de los pacientes y, en especial, de su derecho a la intimidad. Cuando una persona entra en contacto con la sanidad también entra en contacto con otras muchas personas: telefonistas, secretarías, el personal de seguridad..., y es importante dejar muy claro que todos ellos están sujetos al secreto y que todos los trabajadores que revelen hechos o datos personales conocidos por razón de su oficio están sujetos a las penas correspondientes, como ya se ha dicho anteriormente, según el artículo 199 del Código Penal.

También hay que hacer un inciso sobre la falta de confidencialidad que se produce, en algunos casos, por las charlas entre médicos y sus pacientes en los pasillos, las consultas a pie de cama en habitaciones con más de una cama o las visitas a los nidos de recién nacidos, que pueden ser una brecha importante en el respeto a la confidencialidad, dignidad y vida privada. O bien, en las conversaciones en lugares públicos entre el personal sanitario u otros trabajadores. Aunque parezcan detalles mínimos, hay que cuidarlos. A la vez, es necesario aumentar la cultura entre trabajadores y usuarios en la protección de datos de carácter personal, hay que impregnar en la cultura laboral la importancia de la discreción, confidencialidad e intimidad. Es más, se hace necesario introducir en los currículos profesionales materias relativas a la confidencialidad y la protección de datos de carácter personal.

El tratamiento de datos personales trastoca el planteamiento tradicional en torno al secreto profesional. El médico y sus colaboradores, incluso el personal no sanitario, conocen una gran cantidad de datos del paciente sin necesidad que éste los revele, basta con acceder al historial clínico o a otros archivos del paciente. En estas circunstancias es imposible mantener la confidencialidad como antiguamente. Laín Entralgo explica cómo el paciente confía en su médico:

«Imaginemos la relación que se establece entre un enfermo crónico –un ulceroso de estómago, hipertenso, un migrañoso– y su médico de cabecera. El médico ve con frecuencia al paciente; y si es médico cabal –esto es: si hay en él amor a su oficio, buena formación técnica, sensibilidad para el vivir humano y entusiasmo terapéutico– conocerá la vida del enfermo, frecuentemente por medio de la confidencia, inventará para él proyectos vitales, le ayudará a realizarlos, convivirá su experien-

cia íntima de la enfermedad y sus esperanzas de nueva salud, en una palabra, establecerá con él una verdadera relación amistosa, una genuina amistad médicamente especificada»¹⁷.

Hoy en día se hace necesario ampliar el concepto de secreto médico. Ya no basta con asegurar que el médico va a guardar los secretos y la confidencialidad con sus pacientes. Es preciso reglamentar todo un conjunto de aspectos sobre qué datos son sensibles, quién puede acceder a ellos, cómo se debe proteger, etc. Y, además, es indispensable reconocer el nuevo derecho fundamental que se establece en el Tribunal constitucional; el derecho a la protección de datos, lo que implica un nuevo derecho del enfermo: el derecho de información, consentimiento, acceso, rectificación, oposición y cancelación de sus datos de carácter personal relativos a la salud.

7. CONCLUSIONES

1. La intimidad la percibimos como un derecho inherente a la persona, que no debe conquistarlo para poseerlo, ni se pierde por desconocerlo. Más bien se percibe como una característica propia del ser humano por el mero hecho de serlo. Este derecho, que en muchas Constituciones como la nuestra tiene rango de derecho fundamental, tiene sus raíces en el derecho al respeto y la libertad de la persona, que se encuentra en la base de todo tipo de convivencia y de relaciones humanas. La intimidad constituye un derecho de la personalidad.
2. El secreto médico, el secreto de todos los profesionales sanitarios, tiene por objeto los datos de carácter personal relativos a la salud, datos especialmente protegidos, y se enmarcan dentro de los llamados secretos profesionales. Tiene su fundamento en la relación de confianza que debe existir entre el personal sanitario y el paciente. Esta confianza debe ser respetada por el profesional de la medicina con el objeto, no sólo de proteger la integridad física del paciente, en cuanto al anonimato de sus enfermedades, sino también de proteger la integridad de la persona, pues una revelación indebida de sus padecimientos puede acarrear un perjuicio moral que es susceptible de incriminación. El secreto profesional se encuentra regulado civil y penalmente además de su tratamiento en los Códigos Deontológicos.
3. Una base importante del secreto sanitario radica en la facilidad con que los trabajadores sanitarios acceden a la esfera íntima de otros, sin trabas ni obstáculos, precisamente porque el paciente presupone el sigilo del profesional. Además, el acceso a la intimidad se produce en circunstancias de indefensión y dependencia del paciente respecto del médico. El derecho a la intimidad personal y a la privacidad ha sido, y aún es, el más ignorado de los derechos del paciente, ya sea porque los profesionales incumplen el deber de no revelar o porque nuestra sociedad es poco celosa a la hora de exigir que se respete su derecho a la privacidad.
4. Los dos derechos fundamentales que amparan a los interesados respecto de sus datos de carácter personal relativos a la salud, son los siguientes:
 - A. Derecho de información: en el tratamiento de los datos sanitarios es necesario informar a los pacientes sobre todo lo relativo al fichero y a sus derechos sobre sus propios datos, o lo

¹⁷ LAÍN ENTRALGO, P.: La relación médico-enfermo. Madrid: Espasa Calpe, 1983: 358.

que es lo mismo: sus derechos en relación a la intimidad y confidencialidad. El derecho a la información se proyecta con respecto al ciudadano en un doble plano: de una parte, como derecho a conocer aquellos datos sobre su enfermedad que le afecten a él; y de otra, como la obligación de la Administración, o la entidad de que se trate, de facilitar tal información al interesado y guardar el secreto de la misma frente a terceros. El derecho a la información es resaltado por las distintas normativas de nuestro país y recomendaciones europeas relacionadas con la salud.

- B. El consentimiento: el consentimiento para el tratamiento automatizado de datos relativos a la salud sea libre, expreso y fundamentado con una correcta información. El sujeto del derecho al consentimiento es el paciente. Cuando no tenga condiciones para dar el consentimiento los encargados serán sus representantes legítimos o la autoridad competente. Las excepciones a la regla general se producen: 1.º – cuando exista grave peligro para la salud pública; 2.º – por imperativo legal, como es el caso de las enfermedades de declaración obligatoria; 3.º – en caso de urgencia vital, que hace necesario actuar aun sin consentimiento; y 4.º – la renuncia del paciente a conocer.
5. Como se establece en el Convenio de Oviedo¹⁸, toda persona tendrá derecho a que se respete su vida privada cuando se trate de informaciones relativas a su salud, y para que la persona pueda ser respetada ha de estar informada sobre lo concerniente a sus datos identificativos y ha de dar su consentimiento para el tratamiento de los mismos.
6. El consentimiento previo, libre e informado al tratamiento de los datos médicos y, por tanto, también, los genéticos, constituye una garantía fundamental que parte del reconocimiento de la autonomía del sujeto.
7. Como se establece en la Ley 41/2002, art. 16.3, el acceso a la historia clínica con fines judiciales, epidemiológicos, de salud pública, de investigación o de docencia, se rige por lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal y en la Ley 14/1986 General de Sanidad y demás normas de aplicación en cada caso. El acceso a la historia clínica con estos fines obliga a preservar los datos de identificación personal del paciente, separados de los de carácter clínico-asistencial, de manera que como regla general quede asegurado el anonimato, salvo que el propio paciente haya dado su consentimiento para no separarlos. Se exceptúan los supuestos de investigación de la autoridad judicial en los que se considere imprescindible la unificación de los datos identificativos con los clínico-asistenciales, en los cuales se estará a lo que dispongan los jueces y tribunales en el proceso correspondiente. El acceso a los datos y documentos de la historia clínica queda limitado estrictamente a los fines específicos de cada caso.
8. En la investigación clínica, el tratamiento de los datos de carácter personal tendrán las medidas de seguridad necesarias para evitar la pérdida, vulneración y el acceso por parte de personas no autorizadas.

¹⁸ El Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, Convenio de Oviedo, entró en vigor en nuestro país el 1 de enero de 2000.

9. No se podrán ceder datos que identifiquen a una persona si no es con el consentimiento previo de la misma.
10. Una investigación de calidad implica el respeto de los derechos de las personas que participan en ella y esto lleva consigo una mayor confianza de los pacientes en los profesionales sanitarios y una mayor facilidad de la incorporación de pacientes a la investigación.

8. BIBLIOGRAFÍA

1. ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J.M.; LÓPEZ DOMÍNGUEZ, O. El secreto médico y la confidencialidad de los datos sanitarios. Plan de formación en responsabilidad legal profesional, n.º 4. Madrid: Edicomplet. Asociación Española de Derecho Sanitario, 1998.
2. BÉJAR, H.; *El ámbito íntimo. Privacidad, individualismo y modernidad*. Madrid: Alianza Editorial, 1995.
3. CASADO, M., coor. *Bioética, derecho y sociedad*. Madrid: Trotta, 1998.
4. COUCERO VIDAL, A.: La información al paciente. *Jano* 1991; XLI (octubre): 79-81.
5. CREVILLÉN SÁNCHEZ, C.: *Derechos de la personalidad. Honor, intimidad personal y familiar y propia imagen en la jurisprudencia*. Madrid: Actualidad Editorial, 1995.
6. Declaraciones de Diego Gracia al periódico *El País*. MARTÍNEZ, L.: La frágil frontera de la verdad. La relación médico-paciente fija los límites de lo que puede saber el enfermo terminal. *El País* 1995; 23 de octubre: 30.
7. GIL-ROBLES y GIL-DELGADO, A. Los derechos de los ciudadanos en el sistema sanitario. *Derecho y Salud* 1994; 2: 87-90.
8. GRACIA GUILLÉN, D.: Ocho tesis sobre consentimiento informado. *Actas del II Congreso de Derecho y Salud*. Asociación «Juristas de la Salud», Granada, 1993, editadas por la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, 1994.
9. LAÍN ENTRALGO, P.: *La relación médico-enfermo*. Madrid: Espasa Calpe, 1983.
10. LÓPEZ AZPITARTE, E.: La intimidad personal: defensa y valoración ética. *Proyección* 1984; 31: 53-63.
11. MUÑOZ CONDE, F.: Falsedad documental y secreto profesional en el ámbito sanitario. *Derecho y Salud* 1996; 4: 147-155.
12. ODENBACH, E.: El respeto por la intimidad del paciente. *Dolentium Hominum* 1996; 31: 119-123.
13. ROMEO CASABONA, C.M.: Configuración sistemática de los derechos de los pacientes en el ámbito del derecho español. En: INSALUD. *Jornadas sobre los derechos de los pacientes*, 1990. Madrid: Instituto Nacional de la Salud, 1992.
14. Tribunal Constitucional. Sentencia 143/1994, de 9 de mayo. Sala 1.^a
15. VIDAL, M., ed.: *Conceptos fundamentales de ética teológica*. Madrid: Trotta, 1992.

5

PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS MAYORES

Carmen Pérez de Ontiveros Baquero
Universidad Las Palmas de Gran Canaria

1. CONSIDERACIONES GENERALES

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la norma Tributaria con esta finalidad, ha sido el instrumento utilizado por el legislador para ordenar legislativamente una serie de medidas tendentes a procurar una mayor protección de las personas con discapacidad, centrándose, tal como se hace eco la propia Exposición de Motivos, en el aspecto patrimonial. No desconociéndose que uno de los aspectos que en mayor medida contribuyen al bienestar de este colectivo social es la promoción de los medios económicos necesarios para hacer frente a sus necesidades, la norma se ocupa particularmente de la regulación de instrumentos jurídicos adecuados que permitan subvenir a ellas. Como veremos, estas medidas legislativas resultan de especial utilidad al colectivo de las personas mayores.

En una observación general de esta Ley, puede apreciarse que no son limitadas las pretensiones del legislador, puesto que con su promulgación se ha intentado dar cumplida respuesta a numerosas cuestiones que la sociedad venía demandando. Pese a que su objeto inmediato lo constituye la regulación del llamado patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad, de cuyo estudio voy a ocuparme en estas páginas, la modificación legislativa afecta a otras instituciones jurídicas que en mayor o menor medida pueden contribuir a una mejora social, de la cual podrán beneficiarse un gran número de ciudadanos. Con esta finalidad se introducen importantes modificaciones que afectan, en primer lugar, a la tutela y a la representación del incapaz, regulándose la autotutela y la atribución subsidiaria a la entidad pública por ministerio de la Ley de la tutela de los incapaces que se encuentren en situación de desamparo, y modificándose el art. 1.732 del Código civil a efectos de validar la voluntad del mandante para la continuación del mandato pese a su posible incapacidad sobrevenida. Igualmente, se modifica de forma sustancial el derecho de sucesiones, viniéndose a configurar como causa de incapacidad para suceder el hecho de no prestar la debida atención al discapacitado, previéndose la posibilidad de gravar la legítima con una sustitución fideicomisaria a favor del hijo o descendiente discapacitado, adoptándose medidas que afectan a las donaciones o legados del derecho de habitación, que podrá incluso constituirse por ministerio de la Ley a favor del legitimario discapacitado que lo necesite, confiriéndose, igualmente, al cónyuge superviviente amplias facultades para mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos o descendientes comunes, y excluyéndose, finalmente, de la colación los gastos realizados por los padres o ascendientes para cubrir las necesidades de los hijos o descendientes discapacitados. La reforma del derecho privado culmina con la introducción en el Código civil de la regulación del llamado contrato de alimentos, figura no desconocida en la práctica, y cuya virtualidad no presupone la posible discapacidad del alimentista, pese a que puede configurarse como un importante instrumento de protección tanto para este colectivo como para el de las personas mayores. Junto a ello, el legislador, consciente de que tan ambiciosos objetivos no alcanzarán plena eficacia si no se acompañan de las medidas tributarias, introduce una serie de modificaciones en las normas de esta naturaleza.

La determinación general del contenido de la norma no excluye la relevancia que en ella ocupa el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad, que es lo que constituye el objeto de estas líneas. La Ley gira en torno a lo que se ha calificado como su verdadera estrella y a cuya regulación, totalmente novedosa, dedica sus ocho primeros artículos. La lectura de la

Exposición de Motivos y del resto del articulado de la norma permitiría concluir que el legislador tuvo especialmente presente en su ordenación la figura del progenitor que, preocupado por la suerte del hijo discapacitado, caso de que éste le sobreviva, precisa disponer de mecanismos adecuados para dotarle de medios económicos aptos para satisfacer sus necesidades; sin embargo, la institución que estudiamos no agota su contenido en este supuesto. En efecto, como veremos, puede constituir un instrumento adecuado para garantizar la cobertura económica de las necesidades de cualquier persona en previsión de su imposibilidad, lo que la hace especialmente atractiva para los mayores o para quienes adolezcan de cualquier tipo de enfermedad degenerativa, así como para sus familiares.

La eficacia de esta institución radica en la posibilidad de constituir un patrimonio separado, caracterizado por su afectación a un destino específico, cual es el de satisfacer las necesidades vitales de las personas con discapacidad que ostenten su titularidad. El art. 1 de la Ley 41/2003 es claro al señalar que el objeto de la norma es favorecer la aportación de bienes y derechos a este patrimonio de las personas con discapacidad, para garantizar la afección de los mismos, así como la de sus frutos o rendimientos a la satisfacción de sus necesidades vitales. De ahí el especial régimen jurídico de administración al que se encuentra sometido, y la regulación de mecanismos de supervisión de ésta, atribuyendo tal función al Ministerio Fiscal.

Veamos más detenidamente el régimen jurídico de esta institución.

2. EL PATRIMONIO ESPECIALMENTE PROTEGIDO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

1. Concepto y Caracteres

Como venimos diciendo, el patrimonio especialmente protegido es una masa patrimonial directamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona con discapacidad. Sus notas más significativas se encontrarían, por tanto, en su titularidad, ya que sólo pueden ostentarla las personas con discapacidad, su naturaleza de patrimonio de destino, afectado a las necesidades vitales del discapacitado, su separabilidad, en cuanto que goza de una cierta autonomía dentro del patrimonio del beneficiario, y el hecho de que nos encontramos ante una masa patrimonial carente de personalidad jurídica, estableciéndose de esta forma su separación respecto a aquellas otras masas patrimoniales a las que la Ley dota de personalidad al adscribirse por su titular a un fin de interés público o general como son las fundaciones.

A) Patrimonio «aislado» afecto a las necesidades vitales del discapacitado.

En su determinación jurídica, por patrimonio ha de entenderse el conjunto de bienes, derechos y obligaciones de contenido económico que pertenecen a una persona. Para entender mejor la naturaleza de la masa patrimonial que estudiamos, dentro de este concepto general de patrimonio debe distinguirse entre el patrimonio personal, que comprendería el conjunto de bienes derechos y obligaciones anteriormente definido y cuya titularidad ostenta una persona, y lo que se ha

denominado patrimonio separado, en este caso, patrimonio de destino, que se caracteriza por un especial régimen jurídico. De forma excepcional, el Ordenamiento Jurídico admite la posibilidad de independizar dentro del patrimonio de una persona una parte de estas relaciones jurídicas de contenido económico, dotándolas de una cierta autonomía y de un régimen jurídico específico. Esta excepcionalidad se justifica en atención a la preocupación del legislador por mantener en su plenitud la efectividad del principio de responsabilidad patrimonial universal, consagrado en el art. 1.911 del Código civil, que podría verse vulnerado al permitir deslindar en el patrimonio del posible deudor una masa de bienes inmune a la acción de los acreedores.

La configuración del patrimonio especialmente protegido como un patrimonio separado con un destino específico es clara en la Ley que lo regula. La propia Exposición de motivos refiere expresamente que los bienes y derechos de forman parte de este patrimonio «*se aislan*» del resto del patrimonio del titular, teniendo como destino la satisfacción de las necesidades vitales del beneficiario, afectación que se recoge con claridad en el art. 1 de la Ley.

Esta independencia del patrimonio protegido dentro del patrimonio del beneficiario viene determinada en su régimen jurídico específico, y consecuencia inmediata de ello es la necesidad de que el momento en el que se constituye se practique un inventario de los bienes y derechos que inicialmente forman parte del mismo, a efectos de su correcta identificación, tal como establece su art. 3.3 a). También, puede apreciarse el hecho de que la Ley disponga que cuando el dominio de un bien inmueble o de un derecho real sobre el mismo se integre en un patrimonio protegido, se haga constar con claridad esta cualidad en la inscripción que se practique a favor de la persona con discapacidad en el Registro de la Propiedad correspondiente, mención que habrá de practicarse, igualmente, en los restantes bienes que tengan el carácter de registrables, tal como señala el art. 8.2. Este precepto también dispone que cuando se trate de participaciones en fondos de inversión o instituciones de inversión colectiva, acciones o participaciones en sociedades mercantiles, el notario autorizante o el juez deban de notificar a la gestora de los mismos o a la sociedad, su nueva cualidad. Finalmente, el art. 8.3 de la Ley señala que cuando un bien o derecho deje de formar parte de un patrimonio protegido, se podrá exigir por quien resulte su titular o tenga un interés legítimo, la cancelación de las menciones practicadas conforme a los párrafos anteriores del precepto.

Ahora bien, pese a la intencionalidad de establecer una cierta individualidad del patrimonio protegido dentro del patrimonio del titular beneficiario, la separabilidad absoluta de esta masa patrimonial no puede apreciarse en la regulación legal. Como antes señalaba, una de las cuestiones que más preocupa al legislador a la hora de abordar la admisión de patrimonios separados es la de la efectividad del principio de responsabilidad patrimonial universal consagrado en el art. 1.911 del Código Civil. Pues bien, el hecho de que la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, no regule en su articulado el régimen de responsabilidad de estos bienes respecto a las obligaciones a las que habría de hacer frente su titular, ni se diferencie entre aquéllas que tienen una consecuencia directa en la afección de los mismos a las necesidades del beneficiario y cualquier otra que pueda afectar al patrimonio del titular, ha sido una de las cuestiones más criticadas por la doctrina. Quienes han estudiado esta materia, no han dudado en resaltar las diferencias existentes entre el patrimonio protegido de las personas con discapacidad y el trust del derecho anglosajón, figura jurídica utilizada en diferentes ordenamientos jurídicos que se desarrollan en el ámbito del *com-*

mon law para conseguir un mecanismo de protección patrimonial efectivo para este colectivo social.

Ciertamente, la posibilidad de instituir un patrimonio especialmente protegido no puede erigirse en un instrumento que permita burlar los derechos de los acreedores del constituyente (obsérvese que, a falta de cualquier previsión legal al respecto, podría incluso afectar la totalidad de su patrimonio), puesto que quedaría siempre a salvo la protección legal correspondiente. Sin embargo, mayor dificultad representa determinar si la posible inscripción registral de la cualidad de los bienes permitiría al discapacitado o a su representante oponer la misma a la hora de hacer frente a obligaciones que no tengan su origen inmediato en la satisfacción de sus necesidades vitales, cuestión que, cuanto menos, resulta dudosa.

En otro orden de cosas y de acuerdo a lo previsto en la Ley, el patrimonio especialmente protegido, así como sus frutos, productos y rendimientos se encuentra afectos a las necesidades vitales del discapacitado, por lo que deberán determinarse cuáles son éstas. La Ley guarda silencio al respecto. Los intentos para concretar su contenido específico no pueden abordarse de forma genérica, dado que las necesidades que pueden afectar a la persona discapacitada serán diferentes en atención a las particulares condiciones del sujeto beneficiario. Sin embargo, el hecho de que la norma utilice el término «vitales», no debe restringir su interpretación a las llamadas necesidades esenciales, esto es, a las que afectan al sustento o la habitación, sino que en ellas habrán de incluirse las relativas a procurar todos aquellos cuidados que por las especiales circunstancias que afectan al discapacitado se precisen para que éste pueda llevar una vida digna. Por ello, habrán de incluirse en éstas las que deriven de tratamientos médicos exigidos para su rehabilitación, o tengan su origen en programas preventivos o de formación, así como cualquier otra de similar naturaleza.

B) Titularidad

Tal como establece el art. 2.1 de la Ley 41/2003, el patrimonio protegido de las personas con discapacidad tendrá como beneficiario, exclusivamente, a la persona a cuyo interés se constituya, que será su titular. A estos efectos, conforme a lo dispuesto en el art. 2.2, únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100, y b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100. El grado de minusvalía habrá de acreditarse mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente, o por resolución judicial firme (art. 2.3). Al determinarse la titularidad del patrimonio protegido en atención al grado de minusvalía que pueda afectar al titular se amplía el posible número de beneficiarios, pudiendo servirse de este instrumento legal todas aquellas personas mayores que se encuentren en la situación prevista legalmente.

86 Consecuencia inmediata de ello es que el patrimonio se extinga a la muerte o declaración de fallecimiento del beneficiario, o en el momento en el que éste deje de tener la condición de persona con discapacidad (art. 6.1).

Obsérvese que el precepto desvincula totalmente la de constitución del patrimonio protegido a la posible incapacitación del beneficiario, que podrá o no concurrir. Esta circunstancia supone también una ampliación del colectivo de personas que podrán beneficiarse de su constitución, en especial por lo que afecta a los mayores. La incapacitación, tal como establece el art. 199 del

Código civil, sólo puede ser declarada por sentencia judicial una vez apreciada la concurrencia de cualquiera de las causas previstas en el art. 200 del mismo texto legal, esto es, la enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que impida a la persona gobernarse por sí misma. Pues bien, el hecho de que no se vincule la constitución del patrimonio a la posible incapacitación del titular beneficiario, puede tener alguna relevancia a la hora de apreciar el grado de capacidad necesaria para otorgar el consentimiento requerido para formalizar el documento público exigido en su constitución, función que habrá de corresponder al notario autorizante.

La finalidad primordial del legislador al desvincular la constitución del patrimonio protegido a la incapacitación del beneficiario, se encuentra en el interés de extender el ámbito de protección legal a quienes adolezcan del grado de minusvalía establecido legalmente, con independencia del hecho de que la deficiencia física o psíquica de la que adolecen les impida gobernarse por sí mismos. La Ley distingue entre minusvalía psíquica, física y sensorial, exigiendo un menor grado a la primera, presuponiendo que quienes se encuentran afectados por una discapacidad mental precisan una mayor protección legal. Por otro lado, la distinción efectuada entre minusvalía física y sensorial lo es sólo a efectos de diferenciar entre las distintas deficiencias que pueden afectar al titular beneficiario, que bien podrán incidir en el funcionamiento de sus órganos sensoriales o de sus órganos físicos.

C) Carente de personalidad jurídica

Como vimos con anterioridad, la Exposición de Motivos de la Ley refiere expresamente que los bienes y derechos que forman este patrimonio no tienen personalidad jurídica propia, señalando su art. 2.1. que su titularidad ha de atribuirse a la persona con discapacidad a cuyo favor se constituya.

De esta forma se ha pretendido diferenciar entre este patrimonio constituido a los efectos de garantizar la satisfacción de las necesidades vitales del discapacitado, y aquellos otros supuestos en los que la adscripción de una masa patrimonial a un fin de interés general, como es el caso de las fundaciones, justifica la atribución de personalidad jurídica para garantizar el efectivo cumplimiento de la finalidad que preside su formación.

La falta de personalidad jurídica en el patrimonio especialmente protegido y la atribución de la titularidad del mismo al beneficiario, es una muestra más de que esa cierta independencia de esta masa de bienes dentro del patrimonio del beneficiario, a la que se refiere la Ley, no se produce de una manera absoluta.

2. Bienes y derechos que integran el patrimonio especialmente protegido

El art. 1 de la Ley señala expresamente que el objeto de la norma es favorecer la aportación a título gratuito de bienes y derechos al patrimonio de las personas con discapacidad; bienes y derechos que constituirán el mismo. Por ello, podrán integrarse en esta masa patrimonial toda clase de bienes, ya sean materiales o inmateriales, inmuebles o muebles, así como los derechos reales que se constituyan sobre ellos. También derechos de crédito, participaciones en fondos de inversión o instituciones de inversión colectiva, y acciones o participaciones en sociedades mercanti-

les, así como cualquier otro de idéntica naturaleza. La Ley dispone, igualmente, que se integran en el patrimonio los frutos, productos y rendimientos de tales bienes.

La constitución del patrimonio especialmente protegido precisa una aportación originaria de bienes o derechos, admitiéndose la posibilidad de que puedan producirse aportaciones de bienes con posterioridad a la misma, como veremos más adelante.

No cabe duda de que formarán parte del patrimonio especialmente protegido aquellos bienes que se integren en el mismo como consecuencia o por efecto de una subrogación real. Conclusión que se desprende del conjunto de la regulación legal y que se observa con más claridad de lo dispuesto en el art. 4.3. Así, este precepto señala que al extinguirse el patrimonio especialmente protegido, los aportantes podrán establecer el destino que haya de darse a los bienes o derechos aportados o, en su caso, a su «*equivalente*» (ver sobre esta cuestión, Cuadrado Iglesias, Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo, tomo I, pág. 1.137).

3. Constitución del patrimonio especialmente protegido

A) Precisiones generales

A la constitución del patrimonio especialmente protegido consagra la Ley su artículo tercero. Los tres apartados en los que se divide esta norma se dedican respectivamente a determinar quién podrá constituirlo (art. 3.1 y 2), y la forma en la que se ha de producir la constitución (art. 3.3).

La constitución del patrimonio especialmente protegido requiere, como hemos dicho, una aportación originaria de bienes y derechos que se han de integrar en el mismo. Bienes o derechos que podrán provenir del propio patrimonio del titular o del de terceros, si son aportados a esta finalidad. El art. 1.1 de la Ley señala que tal aportación, cuando se efectúa por persona distinta al beneficiario, se ha de realizar a título gratuito, disponiéndose en su art. 4.2 que no podrá estar sometida a término.

Ésta aportación de bienes o derechos a título gratuito por persona distinta al propio discapacitado, no afectará en modo alguno al régimen jurídico del acto o contrato en virtud del cual los mismos ingresan en el patrimonio. De esta forma, si se trata de una donación podrá ser rescindida si se ha celebrado en fraude de acreedores, pudiendo verse afectada por el régimen de revocación de las donaciones por ingratitud o por supervenencia o supervivencia de hijos, afectándole, igualmente, las previsiones legales que permiten su reducción por inoficiosa.

La necesaria aportación de bienes en el momento de constitución del patrimonio no excluye, como sabemos, la posibilidad de que con posterioridad puedan practicarse otras aportaciones, de cuyo régimen jurídico me ocuparé más adelante.

B) Personas que pueden constituir el patrimonio especialmente protegido

a) *El propio discapacitado*

Dispone el art. 3.1, a) que podrá constituir el patrimonio especialmente protegido la propia persona beneficiaria del mismo, siempre que tenga capacidad de obrar suficiente.

Dado el contenido del art. 3.1, c), el supuesto de hecho del que ahora me ocupo comprende exclusivamente aquel caso en que los bienes y derechos que originariamente se aportan al patrimonio protegido provienen del propio patrimonio de la persona con discapacidad. Ello es consecuencia de que la norma diferencia el supuesto de constitución del patrimonio con bienes procedentes del patrimonio del beneficiario, de aquel otro en que los bienes provengan del patrimonio de cualquier otra persona con interés legítimo (art. 3.1.c)), precisándose en este último supuesto el consentimiento del discapacitado para la constitución del patrimonio.

La legitimación del beneficiario encuentra su fundamento último, tal como dispone la Exposición de Motivos de la Ley, en el respeto al principio de general de autonomía personal y libre desarrollo de la personalidad que informa nuestro Ordenamiento Jurídico (art. 10 de la Constitución).

Es requisito ineludible para que pueda constituirlo el propio discapacitado, que éste tenga capacidad de obrar suficiente, de forma que si concurre esta circunstancia habrá de decaer cualquier pretensión de terceros dirigida a su constitución. El hecho de que la Ley no aúne la titularidad del patrimonio a la posible incapacitación de la persona beneficiaria, suscita algunas dudas respecto a la posibilidad de que pueda constituir el patrimonio especialmente protegido una persona incapacitada judicialmente.

Como sabemos, conforme a lo dispuesto en el art. 760 de Ley de Enjuiciamiento Civil, la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela y guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, por lo que la capacidad de obrar de la persona incapacitada se adecuará a la situación específica del sujeto al que afecte.

Es posible que la sentencia establezca la sumisión del incapacitado a la tutela, pasando a ostentar el tutor la representación legal del mismo en todos aquellos actos que en tal resolución se determinen (art. 267 del Código civil). Siendo también posible que la sentencia determine que el régimen de guarda al que va a quedar sometido el incapacitado sea el de la curatela, cuando su situación no afecte de modo absoluto a su capacidad de discernimiento, limitándose la función del curador a la asistencia y complemento en aquellos actos que no pueda realizar por sí solo.

Por esta razón, creo que la posible incapacitación de la persona con discapacidad no constituye un motivo de imposibilidad absoluto para que ésta pueda constituir un patrimonio especialmente protegido. Es posible que, pese a que la sentencia de incapacitación no refiera de modo expreso esta imposibilidad, los obstáculos para su admisión tengan su origen en el grado de capacidad que de forma general se precise en esta resolución. Pero también, resulta posible admitir la intervención del incapacitado, aunque deba complementarse su capacidad mediante la intervención de las personas a las que se confiera su guarda.

Supuesto diferente es aquél en el que la persona con discapacidad no se encuentra incapacitada judicialmente. En este caso corresponderá al notario autorizante apreciar si puede o no otorgar el instrumento público constitutivo, deber que deriva del cumplimiento de lo dispuesto en el art. 167 del Reglamento Notarial.

b) Padres, tutores, curadores o guardadores de hecho de la persona con discapacidad

Conforme a lo dispuesto en el art. 3.1 b), cuando la persona con discapacidad no tenga capacidad de obrar suficiente, podrán constituir el patrimonio sus padres, tutores o curadores. La posibilidad de que el guardador de hecho de una persona con discapacidad psíquica pueda instituir un patrimonio especialmente protegido aparece contemplada en el art. 3.1 c) para el supuesto en el que éste se constituya mediante la aportación los bienes que sus padres o tutores les hubieren dejado por título hereditario, o hubiera de recibir en virtud de pensiones constituidas por aquéllos y en las que hubiere sido designado beneficiario, dejando a salvo la aplicación de los arts. 303, 304 y 306 del Código civil.

En todos estos casos nos encontramos ante actos de constitución realizados por terceros, puesto que de esta forma han de calificarse los supuestos en los que no intervenga el discapacitado.

La legitimación otorgada a los padres concurrirá tanto cuando éstos ostentan la patria potestad sobre sus hijos menores de edad, como cuando se ha producido la prórroga o la rehabilitación de la patria potestad, en los supuestos previstos en el art. 171 del Código civil. En todos estos casos, la posibilidad de intervenir en la constitución del patrimonio se justifica en atención a que los padres son los representantes legales de sus hijos menores de edad o incapacitados.

De la misma forma, el tutor ostenta la representación legal del sometido a tutela (art. 267 del Código civil), por lo que parece adecuado conferir a éste la legitimación para intervenir en el acto de constitución del patrimonio especialmente protegido.

Los bienes aportados originariamente al patrimonio especialmente protegido podrán proceder tanto del patrimonio del propio discapacitado, como del de los padres o tutores, debiendo tratarse en este último caso de aportaciones realizadas a título gratuito.

La Ley confiere también legitimación para constituir un patrimonio especialmente protegido a los curadores. Esta habilitación suscita alguna dificultad en su interpretación si atendemos a la naturaleza jurídica de la figura de la curatela. El curador, como sabemos, no es el representante legal del sometido a curatela; su función se limita a la asistencia al incapacitado en aquellos actos para los que la sentencia de incapacitación así lo haya establecido (art. 289 Código civil). Conforme a ello, la intervención de curador en el acto de constitución del patrimonio especialmente protegido debería haber sido a los solos efectos de asistir al discapacitado sometido a curatela cuando la sentencia de incapacitación así lo establece. Sin embargo, el art. 3.1. b) no establece diferencia alguna en cuanto a la intervención en el acto de constitución de ninguno de los sujetos enumerados, de forma que su interpretación literal llevaría a admitir que no se precisa la intervención del discapacitado cuando éste esté sometido a curatela.

Esta interpretación resulta dudosa. No cabe duda de que en aquellos casos en los que la sentencia de incapacitación determina que el régimen de guarda de la persona a la que afecta sea el de la curatela, ello será atendiendo al grado de capacidad apreciado, que no alcanzará a una limitación absoluta y total de su capacidad de obrar. El respeto a la autonomía de la persona y al libre desarrollo de su personalidad, recogidos en nuestra Constitución e inspiradores de la norma que estudiamos, justificaría una interpretación acorde a la naturaleza de la institución, restringiendo

la intervención del curador a la asistencia al discapacitado al acto de constitución. No obstante, se trata de una interpretación que se aparta del tenor literal de la Ley.

Como hemos señalado, el art. 3.1.c) legitima al guardador de hecho de una persona con discapacidad psíquica para constituir un patrimonio especialmente protegido con los bienes que padres o tutores le hubieren dejado por título hereditario, o hubiera de recibir en virtud de pensiones constituidas por aquéllos en los que hubiere resultado beneficiario. La guarda de hecho hace referencia a aquellas situaciones en las que, sin cobertura jurídica alguna, una persona asume el cuidado y atención de otra, bien sea menor o mayor de edad, sin posibilidad de valerse por sí misma. Desde siempre el Derecho ha visto con recelo estas situaciones carentes de cobertura jurídica que, sin embargo, han contribuido en numerosas ocasiones a solventar verdaderos estados de necesidad. La regulación de la guarda de hecho es exigua en nuestro Código civil, que sólo le dedica los arts. 303, 304 y 306; a estos preceptos se remite el art. 3.1.c) de la Ley 41/2003. En virtud de tal remisión, la autoridad judicial podrá en cualquier momento requerir al guardador de hecho para que le informe de la situación del presunto incapaz y de su actuación en relación a los mismos, pudiendo establecer las medidas de control o vigilancia que considere oportunas. De la misma forma, podrán ser impugnados los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o del presunto incapaz que no redunden en su utilidad.

C) Constitución del patrimonio mediante la aportación de bienes o derechos adecuados, suficientes para este fin por persona con interés legítimo

Éste es el supuesto de hecho del que se ocupa el art. 3.2 de la ley 41/2003, de 18 de noviembre. En este caso, los bienes o derechos que constituirán la aportación originaria al patrimonio especialmente protegido no pertenecen al beneficiario, ni tampoco a sus padres tutores o curadores, sino a un sujeto diferente que ha de hallarse motivado por un interés legítimo en la constitución. La Ley otorga a los interesados la posibilidad de que éstos puedan instar del propio discapacitado, o bien de sus padres, tutores o curadores la constitución de éste, ofreciendo al mismo tiempo una aportación de bienes o derechos adecuados, suficientes para este fin. Mediando la oposición del discapacitado nada podrá practicarse, pero si la oposición proviene de padres, tutores o curadores, la Ley establece el procedimiento que habrá de seguirse a efectos de que el Juez ordene lo que proceda en interés de la persona con discapacidad.

La primera cuestión que suscita este precepto es la determinación de qué se ha de entender por interés legítimo. La Ley no lo precisa; sin embargo, por interés legítimo hemos de entender cualquier interés que sea digno de protección por el Derecho, incidiendo en este caso en la voluntad de contribuir a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona discapacitada. Por tanto, y en lo que respecta a las personas mayores, ese interés legítimo podrá apreciarse en la intervención de hijos o descendientes, o cualquier otro familiar que desee procurar un mayor beneficio al titular.

De la misma forma, resulta significativo el hecho de que la Ley exija que los bienes ofertados sean adecuados y suficientes a los fines que presiden su constitución, puesto que esta exigencia sólo se observa para el supuesto que ahora estudiamos. Además, determinar cuándo podremos considerar que la oferta de bienes realizada comprende los suficientes a estos fines no resulta sencillo.

Es evidente que ello estará íntimamente relacionado con el alcance que haya de dar al concepto de «necesidades vitales del discapacitado» que, como ya dijimos, no ofrece unitaria.

Presupuesto este ofrecimiento de bienes, la constitución del patrimonio requiere la intervención de la propia persona con discapacidad, siempre que tenga capacidad de obrar suficiente. Si se opone, el respeto a su autonomía y libertad impedirán de pleno derecho la constitución del patrimonio.

Cuestión diferente es cuando, faltando la capacidad del beneficiario, la negativa injustificada a la constitución procede de padres, tutores o curadores. En tal caso, la persona interesada podrá acudir al Ministerio Fiscal para que éste inste al Juez la constitución del patrimonio especialmente protegido. Tal como señala el precepto, si el Juez autorizara la constitución del patrimonio especialmente protegido, la resolución judicial determinará el contenido expresado en el art. 3.3, no pudiendo recaer el cargo de administrador, salvo justa causa, en el padre, tutor o curador que se hubiere negado injustificadamente a la constitución del patrimonio.

D) Forma de constitución

Dispone el art. 3.3 de la Ley 41/2003 que: el patrimonio especialmente protegido se constituirá en documento público, o por resolución judicial en el supuesto contemplado en el apartado anterior. Dicho documento público o resolución judicial tendrá, como mínimo, el siguiente contenido: a) El inventario de los bienes y derechos que inicialmente constituyan el patrimonio especialmente protegido, b) La determinación de las reglas de administración y, en su caso, de fiscalización, incluyendo los procedimientos de designación de personas que hayan de integrar los órganos de administración, o, en su caso, de fiscalización. Dicha determinación se realizará conforme a lo establecido en el art. 5 de esta Ley, c) Cualquier otra disposición que se considere oportuna respecto a la administración o conservación del mismo.

Se establecen, por tanto, dos formas para la constitución del patrimonio especialmente protegido, una primera, mediante documento público, cuando ésta la practique la propia persona con discapacidad o sus padres, tutores, curadores o guardadores de hecho y, una segunda, mediante resolución judicial, en el supuesto de oposición del padre, tutores o curadores a la constitución del patrimonio con bienes aportados por tercero con interés legítimo.

La exigencia de escritura pública constituye una garantía a fin de dotar de seguridad al acto de constitución, en especial por las funciones atribuidas al notario respecto a la necesidad de apreciar la capacidad del otorgante. Por otro lado, la intervención judicial impedirá validar la negativa injustificada de quienes ejercen funciones de guarda de la persona con discapacidad.

Respecto al contenido del documento constitutivo, bien sea la escritura pública o la resolución judicial, la Ley precisa la necesidad de que conste el inventario de los bienes y derechos que originariamente se integran en el patrimonio. Como vimos, de esta forma se les dota de una cierta autonomía dentro del patrimonio del beneficiario.

También han de incluirse en la escritura pública las reglas de administración y fiscalización, así como las relativas a los procedimientos de designación de las personas que hayan de integrar los

órganos de administración. Como veremos, el respeto a la autonomía de la voluntad de beneficiario confiere una amplia libertad a éste para configurar la administración y fiscalización del patrimonio; libertad que no se aprecia de la misma forma en los supuestos en aquellos casos en los que la constitución la realiza un sujeto diferente.

Por último, podrá incluirse en la escritura pública cualquier otra disposición que se considere procedente.

4. Régimen jurídico de las aportaciones posteriores de bienes o derechos al patrimonio especialmente protegido

Una vez constituido el patrimonio especialmente protegido, se pueden realizar nuevas aportaciones de bienes o derechos al mismo; las formalidades a las que se encuentran sometidas se regulan en el art. 4.

Estas aportaciones pueden proceder del patrimonio del titular beneficiario, de sus padres, tutores o curadores o de cualquier otra persona con interés legítimo. En todos los casos, las aportaciones han de quedar sometidas a las mismas formalidades que rigen la constitución del patrimonio en el art. 5 de la Ley.

Debe diferenciarse entre los supuestos en los que las aportaciones son realizadas por el propio discapacitado con bienes propios, o por sus padres, tutores o curadores con cargo al patrimonio del mismo beneficiario, cuando éste no tenga capacidad de obrar suficiente, de aquellos casos en los que las aportaciones son realizadas por personas con interés legítimo.

Cuando se trata de aportaciones realizadas por terceros (personas con interés legítimo, en los términos que utiliza la Ley), éstas han de practicarse a título gratuito y no pueden estar sometidas a término (art. 4.2). Dentro del concepto de personas con interés legítimo han de incluirse los padres, tutores o curadores del discapacitado, cuando las aportaciones practicadas proceden de bienes o derechos cuya titularidad les corresponde.

Toda aportación de bienes al patrimonio especialmente protegido ha de contar con el consentimiento del titular del mismo, si tiene capacidad de obrar suficiente, o de sus padres, tutores o curadores cuando falte la misma. Precisión legal que podría resultar indiferente dado que, tratándose de actos a título gratuito, generalmente donaciones inter vivos, el propio acto precisa la aceptación del beneficiario. Por otro lado, cuando las aportaciones tengan su origen en disposiciones mortis causa se precisa también la aceptación del beneficiario. Ahora bien, cuestión distinta es que conste la negativa injustificada de padres, tutores o curadores a la aportación interesada de un tercero. En tal caso, la Ley prevé la posibilidad de que la persona que ha ofrecido la aportación pueda acudir al Ministerio Fiscal para que éste inste al Juez lo que proceda, atendiendo al interés de la persona con discapacidad (art. 4.2).

La Ley dispone que los aportantes puedan determinar el destino que deba darse a los bienes o derechos, o, en su caso, a su equivalente, una vez que se haya extinguido el patrimonio especialmente protegido, siempre que hubieren quedado bienes o derechos suficientes, sin más limitaciones que las establecidas en el Código civil o en las normas de Derecho civil foral o especial que,

en su caso, fueran aplicables (art. 4.3). Tal como dispone el art. 6.3 de la Ley, en caso de no poder darse a tales bienes y derechos la finalidad prevista por sus aportantes, se les dará otra, lo más análoga y conforme a la prevista por éstos, atendiendo, cuando proceda, a la naturaleza y valor de los bienes y derechos que integren el patrimonio protegido y en proporción, en su caso, al valor de las diferentes aportaciones.

Como vemos, el destino que puede imponerse a estos bienes aportados lo es sólo para el momento en el que se produzca la extinción del patrimonio, dado que para la vigencia del mismo el bien se encuentra afecto a las necesidades vitales del beneficiario.

5. Administración del patrimonio especialmente protegido

En cuanto a la administración del patrimonio especialmente protegido, la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, precisa que el término administración ha de entenderse en la norma en su sentido más amplio, comprendiendo también los actos de disposición de los bienes y derechos.

En su ordenación legal, es el art. 5 de esta norma el que se ocupa de la administración, conformando un régimen jurídico diferente en atención a la persona que haya instituido el patrimonio. De esta forma, se diferencia entre aquellos casos en los que el constituyente sea el propio beneficiario, y aquellos otros en los que la constitución se haya realizado por terceros (englobando en este supuesto a padres, tutores, curadores y guardadores de hecho).

Cuando el patrimonio haya sido constituido por el titular beneficiario, el art. 5.1 de la Ley dispone que, cualquiera que sea la procedencia de los bienes y derechos que lo integren, la administración se sujetará a las reglas establecidas en el documento público de constitución. Por tanto, en este caso, corresponde al propio discapacitado la posibilidad de establecer el estatuto jurídico de esta masa patrimonial ordenando su administración.

La eficacia de la autonomía de la voluntad permitiría determinar no sólo las reglas para la administración, sino también la persona que ha de ostentar la misma y el régimen relativo a su sustitución y supervisión, sin perjuicio, todo ello, de lo establecido en la Ley.

En este caso, la administración podrá corresponder al propio discapacitado o a una persona diferente. No siendo el propio discapacitado, no existirá obstáculo alguno a la que la administración del patrimonio especialmente protegido recaiga tanto en una persona física o jurídica. Cualquier nombramiento relativo a la persona del administrador se verá afectado por la prohibición establecida en el art. 5.5 de la Ley, puesto que no podrán ser nombrados administradores las personas o entidades que no puedan ser tutores conforme a lo establecido en el Código civil o en las normas de derecho civil foral o especial que, en su caso, fueren aplicables.

Si el constituyente no es el propio beneficiario, las previsiones legales son diferentes. En este caso, la administración puede conferirse también al propio discapacitado, si tiene capacidad de obrar suficiente, o puede otorgarse a cualquier otra persona física o jurídica. Dicho nombramiento se verá, igualmente, igualmente afectado por la prohibición contenida en el art. 5.5 de la Ley, por lo que no podrán ser nombrados administradores las personas o entidades que no puedan ser

tutores conforme a lo establecido en el Código civil o en las normas de derecho civil foral o especial que, en su caso, fueren aplicables.

Cuando la administración recaiga en un sujeto diferente al propio discapacitado, el art. 5.2 señala que las reglas de administración, establecidas en el documento público de constitución, deberán prever la obligatoriedad de autorización judicial en los mismos supuestos que el tutor la requiere respecto de los bienes del tutelado, conforme a los arts. 271 y 272 del Código civil, o, en su caso, conforme a lo dispuesto en las normas de derecho civil foral o especial que fueran aplicables.

La remisión a las reglas del Código civil relativas a la autorización judicial de determinados actos del tutor que tengan una determinada trascendencia patrimonial, no es sino una consecuencia de la voluntad del legislador de establecer un determinado control a la actuación del administrador, a fin de evitar perjuicios al discapacitado.

La Ley no determina cuáles serían las consecuencias jurídicas derivadas de la realización de cualquiera de los actos a los que afecte sin la preceptiva autorización judicial. No cabe duda que el interés de la norma obedece a la protección de los intereses del discapacitado, encontrándonos ante un precepto de carácter imperativo, por lo que podría predicarse la nulidad del acto.

Conforme a lo dispuesto en este mismo artículo, la autorización judicial no será necesaria cuando el beneficiario tenga capacidad de obrar suficiente.

Tal como hemos dicho, la necesaria autorización judicial obedece a una mayor protección de los intereses del beneficiario discapacitado, sin embargo, en ocasiones, esta garantía legal puede conllevar el efecto contrario. La satisfacción de las necesidades vitales del discapacitado puede requerir frecuentemente una actuación inmediata del administrador, no alcanzándose su cometido si media cualquier dilación. En otros casos, la propia naturaleza de los bienes y derechos que forman parte del patrimonio protegido precisan también una actuación de carácter más dinámico. Por ello, la Ley prevé que los constituyentes o el administrador puedan instar al Ministerio Fiscal que solicite del Juez competente la excepción de la autorización judicial en determinados supuestos, en atención a la composición del patrimonio, las circunstancias personales del beneficiario, las necesidades derivadas de su minusvalía, la solvencia del administrador o cualquier otra circunstancia de análoga naturaleza.

De esta forma, se otorga una mayor flexibilidad al régimen legal de administración del patrimonio especialmente protegido, pero atribuyendo al Juez en última instancia la facultad de dejar sin efecto la autorización, una vez ponderadas y analizadas las circunstancias concurrentes.

Una muestra más de la voluntad de flexibilizar el régimen jurídico de administración del patrimonio es la exclusión de la enajenación mediante subasta de los bienes o derechos que se integren en el mismo, de forma que no será de aplicación lo dispuesto en el Título XI del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881 (art. 5.2).

Dada la naturaleza del patrimonio especialmente protegido, el art. 5.4 de la Ley reitera que todos los bienes y derechos que integren el patrimonio protegido, así como sus frutos, rendimientos o productos, deberán destinarse a la satisfacción de las necesidades vitales de su beneficiario o al mantenimiento de la productividad del patrimonio protegido. Por ello, cualquier previsión constitutiva que se oponga a lo establecido en este precepto habrá de considerarse nula.

Contempla también la Ley la posibilidad de que no se pudiera designar administrador conforme a las reglas establecidas en el documento público o en la resolución judicial constitutiva. En este caso, el Juez competente proveerá lo que corresponda a solicitud del Ministerio Fiscal.

Por último, el régimen jurídico relativo a la administración del patrimonio especialmente protegido culmina con lo dispuesto en el art. 5.7. Conforme a este precepto, el administrador del patrimonio, cuando no sea el propio beneficiario del mismo, tendrá la consideración de representante legal de éste para todos los actos de administración de los bienes y derechos integrantes del patrimonio protegido y no requerirá el concurso de los padres o del tutor para su validez y eficacia.

Pese al tenor literal del precepto, la representación legal que se otorga al administrador no lo es tan solo para el caso en el que éste no sea el beneficiario, sino que también habrá de excluirse el caso en el que ostenten la administración padres o tutores, puesto que éstos ya son los representantes legales del menor o incapacitado. El supuesto se aplicará sólo a aquellos casos en los que la administración recaiga en un sujeto diferente al beneficiario, padres o tutor.

En tal caso, sobre el patrimonio del discapacitado pueden concurrir dos representantes legales; una representación que afectará, desde el punto de vista patrimonial, al llamado patrimonio personal del discapacitado, y otra, que tendrá por objeto los actos patrimoniales que afecten a los bienes o derechos que integren el patrimonio protegido.

6. Supervisión del patrimonio especialmente protegido

La Ley otorga la función de supervisión del patrimonio especialmente protegido al Ministerio Fiscal, pero ello no es obstáculo a que el constituyente determine en el título constitutivo las reglas relativas a la fiscalización de la administración que estime por convenientes, o que éstas vengan establecidas en la resolución judicial que lo origina.

El art. 7 de la Ley, bajo la rúbrica general «Supervisión», se ocupa en sus tres primeros apartados de regular la intervención del Ministerio Fiscal en esta tarea, dedicando el apartado cuarto a crear la llamada Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Este último será un órgano externo de apoyo, auxilio y asesoramiento del Ministerio Fiscal, adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y en el que participarán, en todo caso, representantes de la asociación de utilidad pública más representativa en el ámbito estatal de los diferentes tipos de discapacidad.

Las funciones atribuidas al Ministerio Fiscal permitirán el control de la administración del patrimonio especialmente protegido, previéndose en su actuación la posibilidad de instar al Juez lo que proceda en beneficio de la persona con discapacidad. Por otro lado, dicho Ministerio deberá ser oído en todas las actuaciones judiciales relativas al patrimonio protegido.

La intervención del Ministerio Fiscal podrá ser de oficio o a instancia de parte. Dado el contenido de su función, el art. 7.1 de la Ley establece que éste podrá solicitar del Juez incluso la sustitución del administrador, el cambio de las reglas de administración, el establecimiento de medidas especiales de fiscalización, la adopción de cautelas, la extinción del patrimonio protegido o cualquier otra medida de idéntica naturaleza.

En aquellos casos en los que el administrador no es el propio beneficiario o sus padres, el administrador del patrimonio especialmente protegido deberá rendir cuentas de su gestión al Ministerio Fiscal cuando éste lo determine y, en su caso, anualmente, mediante la remisión de una relación de su gestión y un inventario de los bienes y derechos que lo formen, todo ello justificado documentalmente (art. 6.2).

Esta función de supervisión del patrimonio especialmente protegido por el Ministerio Fiscal supone una garantía para la defensa de los derechos de las personas con discapacidad. Sin embargo, la eficacia de la misma sólo podrá alcanzarse mediante el establecimiento de medios adecuados que permitan a este funcionario público conocer puntualmente la constitución de los patrimonios especialmente protegidos, dada que en la mayor parte de las ocasiones, ésta se produce extrajudicialmente. Difícilmente podrá llevarse a efecto esta labor de supervisión si tal información no se alcanza; sin embargo, la Ley no prevé ningún medio para que ello se lleve a efecto.

7. Extinción

El patrimonio especialmente protegido se extingue por la muerte o declaración de fallecimiento de su beneficiario o por dejar de tener éste la condición de discapacitado (art. 6.1 de la 41/2003). Éstos son los únicos supuestos de extinción del patrimonio referidos en el texto articulado de la norma; pero, junto a ellos, la Exposición de Motivos se refiere a una tercera causa de extinción, considerada como excepcional, en aquellos casos en los que el juez puede acordar la extinción del mismo, cuando así convenga a la persona con discapacidad. Pues bien, no cabe duda que el Juez puede acordar cualquier medida que convenga a los intereses del discapacitado, sin embargo, resulta cuanto menos dudosa la posibilidad de que pueda incluirse entre ellas la extinción del patrimonio.

Junto a estas causas, no cabe duda que el patrimonio termina si se produce la extinción de los bienes o derechos que lo integran, todo ello sin perjuicio de la sustitución real que puede operarse entre los distintos elementos que lo integran.

Enumeradas las causas de extinción del patrimonio, los párrafos segundo y tercero del art. 6 de la Ley 41/2003 se ocupan del destino que haya de darse al mismo. A estos efectos, señala el art. 6.2 que si el patrimonio se hubiera extinguido por muerte o declaración de fallecimiento de su beneficiario, los bienes o derechos se integrarán en su herencia.

Si, a diferencia, el patrimonio se hubiera extinguido por dejar el beneficiario de cumplir las condiciones establecidas en el art. 2.2 de esta Ley, éste seguirá siendo titular de los bienes y derechos que lo integran, sujetándose a las normas del Código civil o de Derecho civil foral o especial que, en su caso, fueran aplicables.

La Ley presta especial atención a las aportaciones de terceros, que, tal como señala su art. 4.3, han podido determinar en el momento de hacer la aportación el destino que deba darse a estos bienes o derechos, o a su equivalente, una vez extinguido el patrimonio especialmente protegido. Voluntad que ha de ser respetada en cuanto sea posible, sustituyéndose por un destino lo más análogo posible, de acuerdo a la naturaleza y valor de los bienes, cuando concurra cualquier imposibilidad.

6

LAS PERSONAS MAYORES Y LA CONVERSIÓN DE INMUEBLES EN RENTA

la hipoteca inversa y otras fórmulas contractuales

Rubén Herranz González

Observatorio de Personas Mayores IMSERSO

1. INTRODUCCIÓN

Es frecuente que muchas personas mayores, no posean ingresos económicos suficientes para cubrir sus necesidades o simplemente prefieran tener un nivel superior de renta al de sus ingresos habituales y que sin embargo posean una vivienda en propiedad de cierto valor. Convertir esa vivienda en recursos económicos, mientras se continúa haciendo uso de ella es la principal posibilidad que ofrece un negocio incipiente en nuestro país pero que se desarrolla en algunos otros desde hace años: la hipoteca inversa.

En el presente capítulo se exponen distintas posibilidades que se encuentran ya en el ámbito español para que las personas mayores puedan convertir en renta periódica el valor de un inmueble. No se descarta la existencia de más formulas contractuales u operaciones, fruto sin duda de la indefinición legal y de la libertad contractual, aquí simplemente se recogen de manera general las que tienen más visibilidad en nuestro mercado.

1. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

Se suele denominar de manera popular «hipoteca inversa»¹, a todo negocio que vulgarmente explicado sería la operación contraria a lo que habitualmente se entiende por «hipoteca». Es decir, si popularmente un hipoteca se entiende como una «compra a plazos» de la vivienda, esta operación se explicaría como «ir recibiendo a plazos el dinero que se obtendría de la venta de la vivienda» pudiendo continuar viviendo en ella hasta el fallecimiento, momento en que la entidad financiera se queda con la misma.

Más estrictamente, una «hipoteca inversa» debería definirse como un crédito con garantía inmobiliaria, es decir, un negocio por el cual una persona que posee un inmueble recibe cada mes una renta, determinada por varios factores, y al fallecimiento del propietario los herederos harán frente al pago del préstamo o la entidad procederá a ejecutar la garantía (lo que puede traducirse en la venta del inmueble para satisfacer la deuda y le entrega a los herederos del dinero restante de la venta, si lo hubiere).

Sin embargo y como se verá a continuación, la hipoteca inversa, no es el único producto financiero que permite transformar los activos inmobiliarios en rentas, existen otras fórmulas y negocios que pueden facilitar a las personas mayores una renta adicional, como es el caso de la denominada «vivienda pensión», «hipoteca pensión» o la «cesión para alquiler» de la vivienda a una entidad tercera.

2. ORÍGENES Y EXTENSIÓN

Es difícil concretar el origen de la «hipoteca inversa»; existieron negocios con ciertas similitudes en ordenamientos jurídicos y lugares muy diversos. En España la figura más parecida que encon-

¹ El término «hipoteca inversa» proviene de la traducción literal del término «*reverse mortgage*».

tramos en nuestra tradición jurídica es el denominado «censo vitalicio», además de otras figuras similares como el «fondo de por vida» o el «fondo muerto».

La renta vitalicia

En nuestro país se conoce desde antaño el denominado censo vitalicio o renta vitalicia, que consistiría básicamente en que una persona cedía a otra un capital en bienes muebles o inmuebles a cambio de que esta le pague una renta anual durante la vida de una o más personas. Figuras similares existían y existen en derecho civil común² y en algunos derechos forales, como es el caso de Baleares, Navarra y Cataluña³.

La renta vitalicia es un negocio que tal cual está configurado en el Código civil presenta ciertas dificultades e inconvenientes, que no fomentan precisamente su utilización, como que la falta de pago de la renta no faculta al rentista para finalizar con el contrato y exigir la devolución de la propiedad⁴.

En alguna de las ocasiones, dicha figura se ha utilizado para realizar una «donación encubierta» a los familiares, así señala García Martínez⁵ que el contrato de renta vitalicia «ha estado constantemente presente en la praxis de los Tribunales y en las Notarías como un expediente para adelantar y resolver en vida la transmisión de bienes que de otra forma debería producirse *mortis causa*»⁶, práctica que dentro del ámbito familiar puede buscar la reducción de costes fiscales o tratar de evitar que alguno de los herederos forzosos pueda llegar a serlo. Lo que puede plantear problemas frente a la Hacienda Pública y entre familiares.

Señala Zurita Matín⁷, que a pesar de la escasa utilización de dicha figura y de la falta de atención a esta figura por parte de la doctrina, actualmente existen nuevas modalidades de negocios que «si bien no se identifican con la renta vitalicia típica, se acercan a sus esquemas normativos de forma singular, y han venido a dar respuesta a las necesidades sociales de los particulares que los crean»⁸. Sin embargo, es cierto, que estas modalidades de negocio llegan a nuestro país no como una evolución lógica de esas antiguas figuras jurídicas de nuestro derecho civil, sino directamente importadas, por entidades financieras, sin duda más inspiradas en los modelos anglosajones de negocio⁹.

² Contenido actualmente en el Código civil en el Libro IV, Título XII, Capítulo IV: de la renta vitalicia, artículos 1802 a 1808.

³ En Cataluña, resultan especialmente interesantes para este caso, la Ley 6/1990, de 16 de marzo, de los Censos y la más reciente Ley 6/2000, de 19 de junio, de pensiones periódicas.

⁴ A este respecto puede verse: ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil, II Derecho de obligaciones*, Barcelona: Jose Maria Bosh Editor SA, Volumen II, 1994, pag 375 y ss.

⁵ GARCÍA MARTÍNEZ, Miguel Ángel, *Los contratos aleatorios de aportación de vivienda a cambio de renta vitalicia de diversas especies, en el ámbito de las personas mayores*. En: Gerontología y Derecho, Antonio Martínez Maroto (coord.), Madrid: Editorial Médica Panamericana, 2001.

⁶ *Ibid.*, pag. 393

⁷ ZURITA MARTÍN, Isabel, *Protección Civil de la Ancianidad*, Madrid: Editorial Dykinson, 2004

⁸ *Ibid.*, pag. 260

⁹ Así el Tribunal Supremo ha reconocido a alguna de estas figuras como «contrato autónomo, innominado y atípico [...] regido por las cláusulas, pactos y condiciones que se incorporen al mismo, en cuanto no sean contrarios a las leyes, a la moral y al orden público» (STS de 1 de julio de 2003) y no como modalidad de renta vitalicia regulada en el Código civil.

De hecho, la propia Dirección General de los Registros y el Notariado (cuyas competencias incluyen la resolución de incidencias y consultas que puedan surgir respecto a la aplicación y ejecución de la legislación notarial) establecía, que los contratos con similares características a los aquí tratados: «no es una modalidad de la renta vitalicia, sino un contrato autónomo, inominado y atípico, con sus variedades propias según los fines perseguidos, y regido por los pactos, cláusulas y condiciones que se incorporen al mismo»¹⁰, obviamente siempre respetando los límites fijados legalmente.

Las hipotecas inversas en el mercado anglosajón

Se sitúa en la década de los 30 la aparición en Reino Unido¹¹ de negocios similares a las hipotecas inversas (*home-equity reversion*), si bien, no se puede afirmar que las encontremos en su concepción moderna hasta mediados de los años 60. En este mismo país existen más de una veintena de entidades que ofrecen este tipo de operaciones, aunque son dos entidades de crédito las que cubre el 90% del mercado, formalizándose solo en el 2004, 26.000 nuevas operaciones.

El caso de los Estados Unidos¹² es algo distinto, en su mercado la mayoría de las operaciones están relacionadas con el programa federal «Hipoteca de Conversión del Valor Acumulado de la Vivienda» (*Home Equity Conversión Mortgage, HECM*). Este tipo de hipoteca está asegurado por la Administración Federal de la Vivienda (*Federal Housing Administration, FHA*), que forma parte del Departamenteo de Vivienda y Desarrollo Urbano (*Department of Housing and Urban Development, HUD*). La intervención de la administración fija la cantidad económica a percibir, los costos de la operación y garantiza el cumplimiento de ciertos compromisos de las partes. Las autoridades locales también pueden participar en las hipotecas inversas, aunque con frecuencia, en este caso suelen ser hipotecas que solo pueden ser destinadas a sufragar gastos concretos o solo pueden contratarlas personas con recursos limitados.

En el caso americano, el desarrollo de estas operaciones ha sido mucho más tardío que en el caso de Reino Unido, su desarrollo se remonta a 1989, aunque hasta los últimos tres o cuatro años no se han celebrado un número significativo de operaciones. Se calcula que a lo largo de 2005 se han celebrado cerca de 40.000 operaciones (lo que significa un porcentaje de negocio todavía muy inferior al de Reino Unido)¹³. Aunque puedan ser menos representativos, existen también negocios similares en países como: Australia, Canadá, Dinamarca, Finlandia, Irlanda, Japón, Países Bajos, Noruega y Suecia.

¹⁰ Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 16 de octubre de 1989 (BOE de 2 de noviembre de 1986)

¹¹ Para obtener más información sobre las hipotecas inversas en Reino Unido: <http://www.cml.org.uk/> (Council of Mortgage Lenders);

¹² Para obtener más información sobre las hipotecas inversas en EEUU: <http://www.aarp.org/money/revmort/> (American Association of Retired Persons); <http://www.hud.gov/offices/hsg/sfh/hecm/hecm-df.cfm> (Home Equity Conversion Mortgage Program)

¹³ Datos y estimaciones de TAFFIN, Claude, «La hipoteca Inversa o Vitalicia», Asociación Hipotecaria Española (Informes externos). 1/3/2006 en: http://www.ahe.es/web_PROFESIONALES/P_informes/principal.shtm

3. PUNTO DE PARTIDA: PERSONAS MAYORES Y VIVIENDA

Dos son los elementos básicos a tener en cuenta a la hora de hablar de hipotecas inversas o de negocios similares: la existencia de una vivienda o propiedad inmobiliaria que se pueda convertir en dinero líquido y que la persona interesada en celebrar el negocio tenga una edad determinada.

Personas mayores y propiedad inmobiliaria

En España, la mayor parte de la población expresa una clara preferencia por la vivienda en propiedad, el barómetro del Centro de Investigaciones Sociológicas de septiembre de 2005 reflejaba que el 89,9% de la población prefiere residir en una vivienda en propiedad. El 52,5 lo justifican por el deseo de tener una vivienda propia y el 38,7% prefieren la propiedad porque los alquileres son caros y con un esfuerzo adicional pueden hacerse con su propia vivienda.

El «Informe 2004»¹⁴ del Observatorio de Personas Mayores del IMSERSO, utilizando como fuente principal datos del INE, indicaba que el 87,2% de los mayores de 65 años son propietarios de su vivienda y solo el 5,4% de esas viviendas tiene cargas sobre ella. Cargas que en teoría no necesariamente debería suponer una exclusión de cualquier otro tipo de negocio sobre las mismas (pues aunque la carga pueda suponer un detrimento en el valor del inmueble, no supone que la parte libre de cargas no pueda tener un valor considerable).

Sin duda las cifras de propietarios de vivienda son altas en nuestro país, lo que indica las amplias posibilidades de desarrollo de las hipotecas inversas. Pero tampoco hay que olvidar otro importante factor: el valor de las viviendas, pues la hipoteca se basa en la conversión del inmueble en dinero. Es evidente que no solamente tiene importancia el valor inicial de la misma, sino su posible revalorización, hecho que también hace atractivo al mercado español, pues el incremento del precio de la vivienda ha sido en nuestro país del 10 al 18% anualmente en los últimos años¹⁵ y las previsiones aunque puedan recortarse parecen mantenerse en márgenes suficientemente rentables para estas operaciones.

Según el Consejo Económico y Social¹⁶, desde 2003 se está produciendo una moderación en el crecimiento de los precios de la vivienda, aunque su encarecimiento continua siendo el más alto de la zona euro. Asimismo, destaca el informe la importancia que tiene en nuestro país la compra de vivienda como inversión y la adquisición de segundas residencias (que en 2001 ya suponía el 16 del parque inmobiliario).

Sobre la oferta de edificación, esta se mantiene en niveles muy altos, en 2005 se iniciaron 786.257 viviendas¹⁷, lo que supone que el volumen de producción supera las necesidades deriva-

¹⁴ SANCHO CASTIELLO, Mayte (coord.), *Informe 2004, Las Personas Mayores en España*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad, Instituto de Mayores y Servicios Sociales, 2005,

¹⁵ Estadística de precios de vivienda del Ministerio de Vivienda, disponibles (1/3/2006) a través de: <http://www.mviv.es/>

¹⁶ CONSEJO ECONOMICO Y SOCIAL, *España 2005 memoria sobre la situación socioeconómica y laboral*, Madrid: Consejo Económico y Social, 2006.

¹⁷ *Ibid.*, pág. 459 citando datos del INE.

das de factores demográficos. La demanda de viviendas en régimen de propiedad se sitúa en algo más de doscientas mil, concentrándose más de la mitad de esta demanda en Madrid, Cataluña y Andalucía, las regiones con gran dinamismo demográfico y residencial.

Por lo que se refiere a factores financieros relacionados con la vivienda, señala el Consejo¹⁸ que el reciente periodo de intensa revalorización de los precios ha absorbido el efecto que la caída de los tipos había supuesto en las amortizaciones de las hipotecas y que la subida de los tipos de interés supondrá un aumento de la carga financiera de la mayoría de las familias, aunque la intensidad del impacto dependerá del plazo pendiente de amortizar. Además existe una tendencia actual al alargamiento de los plazos para amortizar el crédito, quizá influida por el incremento de la competencia financiera. Ni que decir tiene que estas circunstancias pueden ser determinantes en este tipo de negocios, así por ejemplo, pueden influir a la hora de calcular la renta e incluso en el futuro, si continúan alargándose los plazos, podríamos necesitar «invertir» una «hipoteca ordinaria» que no se ha terminado de pagar en una «hipoteca inversa».

RÉGIMEN DE TENENCIA DE LA VIVIENDA PRINCIPAL DE LA POBLACIÓN MAYOR SEGÚN EDAD Y SEXO, 2001

	Población de 65 y más años	Régimen de tenencia							
		Propiedad					Alquiler	Cesión gratuita	Otra forma
		Por compra		Por herencia o donación	Total propiedad	Totalmente pagada			
Con pagos pendientes (hipotecas,...)	Totalmente pagada	Por compra	Por herencia o donación				Total propiedad	Alquiler	Cesión gratuita
Total	6.796.936	68,6	5,4	13,2	87,2	8,2	1,5	3,1	
Grupos de edades									
65 - 69 años	2.071.821	70,2	6,4	11,9	88,5	7,3	1,2	3,0	
70 - 74 años	1.823.131	69,6	5,3	12,9	87,9	7,9	1,3	2,9	
75 - 79 años	1.410.131	68,3	4,8	13,7	86,8	8,6	1,6	3,0	
80 - 84 años	841.808	66,2	4,8	14,4	85,3	9,4	2,0	3,3	
85 - 89 años	446.662	64,3	4,8	15,2	84,4	9,5	2,3	3,8	
90 o más	203.383	63,5	4,8	16,4	84,7	8,8	2,4	4,0	
Sexo									
Varones	2.884.590	69,8	5,3	13,3	88,4	7,2	1,4	3,1	
Mujeres	3.912.346	67,7	5,5	13,2	86,4	8,9	1,6	3,1	

Fuente: INE. INEBASE: *Censos de Población y vivienda 2001*. INE 2004. Y elaboración propia¹⁹.

¹⁸ *Ibid.*, pág 456 y siguientes.

¹⁹ Extraído de: SANCHO CASTIELLO, Mayte (coord.), *Informe 2004, Las Personas Mayores en España*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad, Instituto de Mayores y Servicios Sociales, 2005.

Sin embargo, también debemos tener en cuenta algunos estudios que advierten de que, en términos generales, las viviendas de las personas mayores se encuentran en peor estado y condiciones que las de otros grupos de población, lo que sin duda tiene repercusiones a la hora de su valoración económica. Así, el estudio de Navarro Ruiz²⁰ sobre la exclusión en vivienda, señala a los mayores de 65 como uno de los principales grupos que la sufren. Bosch i Meda²¹ por su parte, en un estudio circunscrito al ámbito de Cataluña, concluye también que «es un hecho que los mayores catalanes viven en viviendas más antiguas, deficientes, mal equipadas, menos accesibles y muy a menudo sin ascensor, que las del resto de la población»²².

La edad

En lo que respecta al otro factor determinante, la edad avanzada del sujeto o sujetos que contrata la hipoteca, España también tiene características favorables para la existencia de mercado para estas operaciones, pues será en el 2050 el segundo país más envejecido del mundo después de Japón, con un 35% de personas mayores de 65 años²³ y con una esperanza de vida de los mayores de 65 años notable y en progresivo aumento (en 1998 era de 16,1 para los varones y de 20,1 en el caso de las mujeres, cifras superiores a la de la mayoría de los países europeos²⁴).

Aunque evidentemente existen unas normas estándar, cada hipoteca inversa es particular y está realizada en función de los condicionantes de la persona que la contrata. Normalmente se exige una edad mínima para contratar, que en España suele rondar los 70 años de edad (74 en el caso de matrimonios), a partir de ahí la cantidad a percibir, en el caso de las operaciones vitalicias no solo vendrá determinada por el valor de la vivienda, sino también por el tiempo que se prevea puede vivir el beneficiario.

En el caso de que sea una pareja los que desean realizar la operación, existen entidades que hacen medias entre ambas edades (teniendo en cuenta el factor sexo) y otras tienen en cuenta la edad del titular más joven.

4. DISTINTAS POSIBILIDADES PARA OBTENER RENTAS A PARTIR DE UN INMUEBLE: HIPOTECA INVERSAS Y FIGURAS AFINES

4.1. La hipoteca inversa

La hipoteca inversa, también llamada «pensión hipotecaria» por algunas entidades, es la figura más conocida de estos negocios. Se trata, como se ha señalado anteriormente, de celebrar un

²⁰ NAVARRO RUIZ, Carolina, *La Exclusión en Vivienda en España*, Madrid: Consejo Económico y Social, 2006.

²¹ BOSCH I MEDA, Jordi, *Envejecimiento y vivienda, El problema residencial de las personas mayores en Catalunya*, Barcelona: Fundación «la Caixa», 2005.

²² *Ibid.*, pag. 229

²³ SANCHO CASTIELLO, op. cit. pag. 62

²⁴ *Ibid.*, pag 118 y sig.

negocio por el que un particular recibirá una cantidad de dinero mensual a cambio de la propiedad de su vivienda, manteniendo la misma hasta su fallecimiento.

Habitualmente al celebrarse un contrato de estas características se ofrece la posibilidad de cobrar una suma puntual inicial, destinada generalmente a pagar los gastos originados por la celebración del contrato, hacer mejoras, reformas en la vivienda o cuestiones similares. A partir de ese momento se cobrarán cantidades periódicas que, en el caso de algunas de las entidades financieras españolas que lo realizan, pueden llegar al 90% de la tasación inicial de la vivienda.

En todos los casos existe una edad mínima para poder celebrar una hipoteca inversa, muchas veces superiores a los 65 años (como dijimos anteriormente en España suele rondar los 70 años).

Al fallecimiento de la persona que contrató la hipoteca inversa, suele existir la posibilidad de que los herederos tengan un plazo para decidir si prefieren que la entidad financiera venda la vivienda y recupere así el dinero que el fallecido obtuvo gracias a la hipoteca (pudiendo obtener el dinero restante de la venta, en caso que fuera superior a la suma del dinero desembolsado por la entidad financiera teniendo en cuenta los intereses) o pagar los herederos esa cantidad y liberar así a la vivienda de su carga, pudiendo heredarla como cualquier otro bien.

¿Renta temporal o renta vitalicia?

Otra cuestión fundamental, es decidir si celebrar un contrato por el cual se obtenga una renta temporal, es decir una cantidad económica durante un tiempo determinado (en concreto hasta completar el porcentaje del valor de la vivienda pactado), pudiendo ocurrir que una vez terminado ese tiempo no se reciban más rentas. O por el contrario, se prefiere la posibilidad de obtener una renta vitalicia (es decir, continuar cobrando mientras se viva), en este caso lo que se estará realizando es una operación financiera y la contratación de un seguro que garantice una cobertura vitalicia. En el caso de optar por esta segunda opción, es evidente que las cantidades económicas periódicas que se van a obtener serán menores (pues como es obvio, la entidad procurará que en ningún caso el beneficiario obtenga más dinero que el valor del inmueble), sin embargo esas rentas se obtendrán hasta el momento del fallecimiento, independientemente del tiempo transcurrido desde la celebración del negocio.

Evidentemente la edad y la esperanza de vida son factores muy a tener en cuenta a la hora de optar entre renta temporal y vitalicia siendo más recomendable las primeras cuanto más avanzada es la edad del receptor de las rentas.

La principal ventaja de la «hipoteca inversa» frente a otro tipo de operaciones similares, es su mejor tratamiento fiscal, pues es la menos gravosa de las operaciones que aquí se relatan, ya que la renta que percibe el mayor no tributa. Además, también puede ser percibido como positivo el que la persona mayor conserve la posesión y la propiedad, pudiendo continuar viviendo en ella, e incluso transmitirla por herencia (aunque con cargas).

Sin embargo el mayor inconveniente que plantea la «hipoteca inversa» es que habitualmente no tiene naturaleza vitalicia, teniendo que contratar de manera adicional el anteriormente mencionado seguro si lo que se desea obtener es una renta vitalicia. Dicha opción supone mayor tran-

quilidad para el contratante, pero también niveles de renta menores y mayores gastos de celebración, pues se contrata al menos un producto más. Otra cuestión a tener en cuenta es que las hipotecas inversas no suelen actualizarse con el IPC, pero pueden pactarse formulas por las cuales se obtienen rentas crecientes (incrementándose cada año en el porcentaje pactado previamente).

4.2. La hipoteca pensión

Consiste en suscribir un crédito hipotecario sobre una vivienda y con el dinero que se obtenga contratar una pensión vitalicia. Realmente nos encontramos aquí con dos negocios distintos, por un lado está el crédito hipotecario y por el otro la pensión.

La hipoteca contratada deberá estar siempre en periodo de carencia hasta la muerte del propietario (es decir, no generará derecho alguno para la entidad financiera hasta que muera el propietario), en ese momento sus herederos harán frente a la deuda con el inmueble, o podrán heredar la propiedad asumiendo la deuda. En cuanto a los intereses de la hipoteca, suele ser el propietario el que hace frente a los mismos con parte de la pensión.

Evidentemente la pensión a percibir dependerá del montante de la hipoteca (en definitiva, del valor de la vivienda) y de la edad del titular de la pensión, siendo más alta cuanto mayor sea la edad y el valor del inmueble. También en este caso, algunas entidades financieras ofrecen al cliente la posibilidad de obtener una renta creciente, es decir que cada año se incrementa porcentualmente sobre la cantidad del anterior, en vez de la cantidad fija habitual. Lo que puede, en cierto modo, paliar la pérdida de poder adquisitivo que se origina al cobrar siempre una misma cantidad fija.

Tanto en esta operación como en la vivienda pensión (que se explicará a continuación), es también frecuente incluir un capital asegurado para casos en los que el rentista fallezca al poco de celebrar la operación (un año o dos normalmente y dependiendo de otras variables como la edad). Esta cláusula, cuya dinámica puede recordar al funcionamiento de los seguros de vida, concede a los herederos la posibilidad de recuperar parte (e incluso el 100%) de lo no recibido por el que contrató la hipoteca y que falleció prematuramente. Obviamente estas cláusulas suelen incrementar el coste de la operación.

La principal ventaja de esta figura es su carácter vitalicio sin necesidad de contratar un seguro o hacer una operación adicional, además de continuar conservando la propiedad de la vivienda y poder seguir disfrutando de ella. La principal desventaja se refiere a su fiscalidad, pues debe tributar la renta proveniente de la pensión vitalicia.

4.3. La vivienda pensión

Esta figura consiste básicamente en la venta de la vivienda y la formalización de una pensión vitalicia con una compañía aseguradora. El dueño de la vivienda dejará de serlo (se vende la nuda propiedad), aunque seguirá viviendo en la casa, pues conserva el usufructo de la misma. El anti-

guo propietario obtendrá una pensión complementaria durante el resto de su vida y además, las formulas habituales de estos tipos de contrato conllevan que el antiguo propietario ya no tenga que correr con cargas ni gastos de la vivienda (IBI, comunidad, seguros, etc.), aunque podría tener que pagar una cantidad en concepto de alquiler de la vivienda. En ocasiones el rentista puede recibir cierta cantidad de dinero inicial si así se ha estipulado.

La edad mínima que suelen exigir las entidades para realizar la operación suele ser más elevada que en los casos anteriores, y también suelen conceder niveles de renta algo superiores a las de la hipoteca pensión, si bien la vivienda deja de pertenecer al rentista en el momento en que se formaliza el negocio. Es por esto, que alguna de las entidades que realiza este negocio en España, principalmente para evitar problemas con los futuros herederos, solicita a estos que muestren su conformidad previa con el negocio y que quede reflejado en escritura pública.

Se trata de un negocio complejo²⁵ que no toda entidad está dispuesta o tiene posibilidades de realizar, puesto que hay que asumir la titularidad de un inmueble con un inquilino determinado. También existen entidades que obran como intermediarios entre particulares, siendo otro particular el que adquiere la propiedad y queda obligado a pagar la renta.

Hasta el momento, es posible que la vivienda-pensión se trate de uno de los productos menos desarrollados, y que esté disponible en menos lugares que los anteriores (tan solo en grandes ciudades) y para viviendas de mayor valor.

La fiscalidad de este tipo de operaciones no es muy positiva en estos momentos, pues se deberá tributar por la pensión y no se puede desgravar por el alquiler de la vivienda que se tiene en usufructo.

4.4. La cesión para alquiler

Aunque esta opción es más difícilmente comparable con las anteriores, se incluye en el presente documento por ser un producto que se ofrece en el mercado español como alternativa a las anteriores, seguramente más por influencia de grandes grupos dedicados a prestar servicios residenciales para mayores, que por entidades bancarias, financieras o aseguradoras, como suele ser mayoritariamente en el caso de las anteriores.

Normalmente esta figura va precedida de la necesidad, o del deseo, por parte del propietario de la vivienda, de habitar en una residencia de mayores, apartamento tutelado u otro alojamiento alternativo (por necesitar cuidados adecuados o por preferir este tipo de alojamiento). Para financiar estos recursos el propietario cede la vivienda a una entidad que se encargará de su alquiler y que le garantizará el pago de ciertos ingresos a su propietario (este el inmueble alquilado o no en ese momento).

²⁵ Baste decir, para hacernos una idea de la complejidad que puede presentar el negocio, que si la entidad no establece las cláusulas adicionales adecuadas, el antiguo propietario pasa a ser usufructuario vitalicio, que podría transmitir y renegociar la cesión de su usufructo a otra persona ajena al negocio, pudiendo generarse una compleja maraña jurídica de derechos y deberes con y hacia terceros.

En esta operación el propietario no pierde la propiedad de la vivienda ni añade cargas a la misma, tan solo la cede para que la alquile otra entidad. La entidad que recibe la cesión y la gestiona, corre con los riesgos y con los gastos originados del mantenimiento y reparación, a cambio el propietario recibe una renta destinada al pago del servicio residencial que recibe. Renta que evidentemente será inferior al precio del alquiler en el mercado.

En caso de que las rentas obtenidas a cambio de la cesión no sean suficientes para cubrir los gastos del nuevo alojamiento, el propietario tendría que aportar el resto, hasta completar el precio de los servicios de los que disfruta. En el caso de que la renta obtenida sea mayor que el coste de los servicios que se reciben, el propietario dispondría del resto de la renta.

Sobre la fiscalidad de esta opción, aunque habría que aclarar en cada caso la configuración exacta del negocio, en principio las rentas por alquileres están gravadas en el IRPF. De positivo encontramos que si los alquileres se actualizan, también sería posible actualizar la renta (aunque también es probable que el coste de los servicios aumente anualmente).

Algunos estudios²⁶ destacan que un buen funcionamiento de este producto podría incidir favorablemente en la oferta de viviendas en alquiler, asimismo sugieren articular mecanismos para incluir este tipo de operaciones en los marcos de los planes oficiales sobre viviendas.

5. OTRAS CUESTIONES A TENER EN CUENTA

Las operaciones anteriormente descritas no son compartimentos estanco máxime cuando en la mayoría de los casos no hablamos de figuras con una delimitación legal propia que las defina exactamente. En ocasiones, algunas entidades ofrecen soluciones híbridas, intermedias o que tienen características de más de una operación. E incluso, algunas entidades ofrecen todo tipo de servicios adicionales dentro de una de estas operaciones, como pueden ser: teleasistencia domiciliaria, asistencia médica, seguros adicionales, posibilidades de contratar otros servicios en situaciones más ventajosas, asesoramiento financiero, liquidaciones de impuestos, etc.

¿Qué operación elegir?

La elección de una u otra operación se verán muy determinadas por la renta que se pueda obtener, para lo que son factores determinantes la edad del sujeto, su esperanza de vida, su sexo (pues dada la mayor esperanza de vida femenina, es posible que las entidades financieras otorguen menor nivel de renta a las mujeres) y por supuesto el valor de la vivienda.

Tampoco se deben obviar las limitaciones que pueden existir por causa de las circunstancias del mercado y de las entidades financieras que ofrecen estos productos, muchas de las cuales no aceptan viviendas por debajo de un valor considerable o en localidades donde les sea difícil o poco rentable realizar las gestiones pertinentes (por no disponer de oficinas cercanas, por entender que va a ser difícil vender a terceros el inmueble, etc.).

²⁶ EDAD & VIDA, *Conversión de activos inmobiliarios en renta*, Madrid: Edad&Vida, noviembre 2005.

Cuestión a tener en cuenta son los gastos y la fiscalidad. Según las estimaciones de algunas entidades financieras los gastos de formalización de una operación de estas características puede oscilar entre 3.000 y más de 6.000 euros (que habitualmente pueden ser financiados a costa de la propia hipoteca). A lo que hay que sumar los impuestos que gravan algunas de las acciones o supuestos que pueden estar implicados en las hipotecas inversas y las operaciones anteriormente descritas, como pueden ser: el Impuesto de Bienes Inmuebles, el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, el Impuesto sobre el Valor Añadido, o los impuestos relativos al incremento de los terrenos de naturaleza urbana. También es interesante tener en cuenta aquellos casos en lo que sí se permite que el rentista alquile la vivienda sobre la que ha recaído la hipoteca inversa, lo que constituiría otra fuente de ingresos adicional (aunque en este caso resulta evidente que no se podría utilizar la vivienda).

Hipoteca inversa y dependencia

Aunque la renta obtenida podría destinarse al mero disfrute del que obtiene la renta, también es cierto que podría destinarse a cubrir los innumerables gastos que una situación de dependencia puede llegar a generar.

En este sentido, existen algunas expectativas sobre la aprobación y el desarrollo futuro de la Ley de Promoción de Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia (conocida popularmente como «Ley de Dependencia»), y en los cambios que pueda suponer también en este ámbito.

El Informe extraordinario²⁷ del Síndic de Greuges de Catalunya realizado en el 2004 «La atención a las personas mayores dependientes en Catalunya» demandaba la toma de medidas legislativas para evitar abusos y medidas fiscales para favorecer este tipo de operaciones y que una parte importante de los mayores que sufren algún tipo de dependencia puedan disponer más fácilmente de liquidez para atender los gastos de la atención que requieren. El mismo informe señalaba alguna de las medidas de la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, como una iniciativa del Estado en la misma dirección que las hipotecas inversas.

Por ello ya se ha realizado alguna propuesta normativa reclamando cambios en la fiscalidad²⁸ de estas figuras, tratando de evitar un efecto desincentivador. Relacionando la necesidad de un marco fiscal más favorable con la finalidad de completar unos ingresos básicos y/o pagar situaciones de dependencia o necesidades económicas básicas.

Otros estudios²⁹ también han propuesto, la exención de tributos para evitar que las cargas impositivas reduzcan el valor líquido de los activos transmitidos, recomendando que «se debería esta-

²⁷ La atención a las personas mayores dependientes en Catalunya, Informe extraordinario del Síndic de Greuges de Catalunya, 2004.

²⁸ Como la *Proposición de Ley 122/000171 Beneficios fiscales a determinados actos de disposición de bienes que conforman el patrimonio inmobiliario personal para asistir las necesidades económicas de la vejez y la dependencia*, presentada en octubre de 2005 por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergencia y Unió).

²⁹ DIZY MENÉNDEZ, Dolores (dir.), *Las personas mayores en situación de dependencia, propuesta de un modelo mixto y estimación del coste de aseguramiento en España*, Madrid: Edad Et Vida, 2006.

blecer unos beneficios fiscales amplios que impulsarán la aceptación y el desarrollo de esta fórmula por las implicaciones socioeconómicas que reportan³⁰».

Factores sociológicos y/o psicológicos

Asimismo, en una operación de estas características no se deben obviar factores sociológicos y/o psicológicos, como son las reticencias y temores que provoca a una persona mayor desprenderse de uno de sus principales bienes, máxime cuando es su vivienda, conseguida quizá después de años de ahorro y donde ha transcurrido parte de su vida. También juegan un papel importante las cuestiones relativas a la herencia, tanto desde el punto de vista del mayor, que en ocasiones no está dispuesto a dejar a sus descendientes un bien hipotecado o directamente privar a sus descendientes de ese bien; como desde el punto de vista de la entidad, que no desea tener problema legal alguno con descendientes y puede tratar de evitar ciertas operaciones o de «blindar» sus posiciones, teniendo como consecuencia directa el encarecimiento de la operación y/o la exigencia a los herederos de participar en la operación o prestar de algún modo su consentimiento³¹.

El papel de los futuros herederos y/o personas del entorno cercano de la vivienda y el mayor tampoco se puede despreciar, tanto desde el punto de vista de apoyo a la operación, como de rechazo a la misma. Ya que por un lado, los futuros herederos ven «amenazado» un incremento futuro de su patrimonio, pues o no heredarán la vivienda (vivienda pensión) o la heredarán, en el mejor de los casos, con cargas. Lo que puede provocar presiones al titular del inmueble para que no celebre un negocio de estas características.

Por otro lado los familiares pueden ver la operación como una manera de costear las necesidades del mayor, o simplemente de que el mayor disfrute un mayor nivel de vida gracias a los bienes que posee. E incluso el mayor puede utilizar esa renta para contribuir o apoyar a otros integrantes de la familia o costear gastos que antes recaían en otras personas de su entorno. Un reciente estudio³² ha señalado que en 725.870 hogares españoles viven personas que prestan ayuda a personas mayores de 60 años con algún grado de dependencia, lo que configura a las hipotecas inversas y figuras afines como una de las posibilidades para afrontar los enormes gastos que pueden originar estas situaciones de dependencia.

Algunas entidades financieras, bien conocedoras de estos factores, utilizan en algunas ocasiones un lenguaje tremendista y/o afectivo, se apela a mensajes pesimistas sobre el futuro de las pensiones, a que «todos sabemos que hoy en día las pensiones son insuficientes», a la «injusta situación» de que «el valor del inmueble en el que se vive esté «desaprovechado», a los «muchos sacrificios» que «has tenido que hacer» para pagar el inmueble, incluso se llega a decir que «las pensiones de jubilación/viudedad, reducen claramente la calidad de vida». Mensaje que se vuelve dulce

³⁰ *Ibid.*, pág. 200.

³¹ También es posible encontrar a entidades que exigen a toda persona que viva en el inmueble, sean propietarias o no, familiares o no, que firmen la operación.

³² Instituto de Mayores y Servicios Sociales, *Cuidados a las Personas Mayores en los Hogares Españoles*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad, Instituto de Mayores y Servicios Sociales, 2005.

al referirse a la revalorización de la vivienda, a sus equipos profesionales «altamente cualificados», que muestran un «trato exquisito tanto antes de la operación, como una vez finalizada», o a la posibilidad de «hacer ese viaje que siempre has deseado»³³.

Otro negocio: invertir en nuda³⁴ propiedad

Evidentemente las hipotecas inversas provocan que cierto número de inmuebles pasen de ser propiedad de un particular a ser propiedad de una entidad, lo que puede suponer un problema o cuando menos un gasto adicional para la entidad. Esas casas hay que administrarlas, conservarlas, gestionar su venta, realizar los traspasos de titularidad, etc., en definitiva, un montón de operaciones no siempre deseadas por la entidad.

Por estas y otras razones, algunas de las entidades que celebran hipotecas inversas han comenzado ya ofrecer a particulares el comprar inmuebles sobre los que se celebran operaciones como la vivienda pensión o similares, en las que se transmite la propiedad directamente a un tercero. Es decir, la entidad financiera estaría haciendo de intermediario entre el mayor y un tercero, dando garantías de cobro a la persona mayor y facilitando al comprador la adquisición de una vivienda a un precio supuestamente menor que el de mercado. El comprador tendrá la «nuda propiedad» del inmueble, es decir, tendrá la propiedad pero no el «uso y disfrute» del inmueble, ya que el antiguo propietario se reserva el uso y disfrute (usufructo) del inmueble mientras viva.

La nuda propiedad de un inmueble es un derecho que puede ser puesto a la venta como otro cualquiera, generándose así un nuevo negocio: la inversión en nuda propiedad.

Otras propuestas

Aunque hemos visto en estas páginas las posibilidades más habituales y frecuentes para convertir en liquidez el patrimonio inmobiliario de las personas mayores, el repertorio de posibilidades es múltiple. Así es posible encontrar propuestas³⁵ que, por ejemplo, proponen la rehabilitación de viviendas propiedad de personas mayores por parte de las autoridades públicas, adquiriendo estas últimas la propiedad a cambio de algún tipo de renta vitalicia para los propietarios.

6. ALGUNAS CONCLUSIONES

- **La hipoteca inversa es un negocio.** La primera de las conclusiones podría ser en realidad una advertencia, no debemos creer que la hipoteca inversa es una solución para cualquier persona mayor, ni que cualquier persona mayor puede realizar una hipoteca inversa. Las hipotecas

³³ El entrecomillado de este párrafo son citas textuales de algunos documentos o folletos de entidades que ofrecen hipotecas inversas o similares, refiriéndose a dichas operaciones.

³⁴ Derecho de una persona sobre una cosa en la que su relación con ella es de ser solamente y únicamente propietario, es el dueño de la cosa, pero no puede usarla. Por el contrario, el usar y disfrutar una cosa que no se tiene en propiedad se denomina usufructo.

³⁵ Como la de Montserrat Pareja eastaway, Juli Ponce Solé y Lidia Garcia Ferrando en: PAREJA EASTAWAY, *et ali: Urbanismo i habitatge com a eines de desenvolupament sostenible*: Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autonòmics i Locals, 2004.

inversas son, fundamentalmente, como las no inversas, un negocio. Un negocio que puede tener ventajas para ambas partes, pero que en ningún caso se realiza de una manera desinteresada o sin la intención de obtener un beneficio económico.

- **Existen múltiples posibilidades contractuales relacionadas con las hipotecas inversas.** Como se ha visto, no existe una única posibilidad para convertir en renta la propiedad inmobiliaria, de hecho no existe un contrato específico de «hipoteca inversa» y normalmente es posible incluir cualquier cláusula o condición (siempre que no sea contraria a la legislación) a un contrato de estas características. Al ser las circunstancias de cada persona distintas, existen diferentes opciones a tener en cuenta, habrá que ver cual se adapta a cada caso, persona y necesidad concreta.
- **No todas las rentas son vitalicias.** Es importante no olvidar que no todas las operaciones suponen una renta de por vida (aunque pueda haber la opción de convertirla en vitalicia perdiendo algo de renta), ni reciben el mismo trato fiscal, asimismo, incluso en operaciones casi idénticas, cada entidad puede exigir condiciones distintas y puede ofrecer distintas rentas. Como en cualquier otro tipo de negocio es muy importante tener en cuenta los gastos, las comisiones y cualquier circunstancia que se pacte.
- **Las posibilidades de una hipoteca inversa están en relación al valor de la vivienda.** Como hemos visto, para celebrar el contrato, es necesario ser propietario de una vivienda. Sin embargo difícilmente podemos creer que todo aquel que disponga de una vivienda podrá celebrar una hipoteca inversa, el valor de la vivienda ha de ser suficiente como para que a la entidad le sea rentable la celebración de la hipoteca inversa.

Algunas entidades exigen que el valor de la vivienda sea superior a 200.000€, para otras entidades, por motivos organizativos y de negocio, es necesario que la vivienda se encuentre en una gran ciudad o en ciertas capitales de provincia. Es decir, las hipotecas inversas son un negocio disponible casi exclusivamente para propietarios de inmuebles medianos, en grandes ciudades, o de inmuebles de cierta entidad en ciudades más pequeñas o capitales de provincia. En este último caso, solo si las entidades financieras tienen presencia u ofrecen la posibilidad en esa localidad. Esto también puede poner en duda que las «hipotecas inversas» sean un recurso para complementar las pensiones más bajas, pues sus receptores no suelen ser propietarios de estas viviendas.

- **Existe una fuerte incidencia de factores sociológicos y/o psicológicos.** Son muchas veces factores externos a la propia operación pero que deben ser tenidos en cuenta por todos los actores implicados. Pueden influir en las tomas de decisiones y son utilizados por las partes implicadas y/o por aquellos que puedan sentirse beneficiados o perjudicados por la operación.
- **Existe una tendencia a identificar hipotecas inversas y dependencia.** Sin embargo esta relación no tiene por que ser cierta, pues ni todas las personas mayores son dependientes, ni el deseo de aumentar el nivel de renta disponible en una persona mayor tiene por que deberse a una situación de dependencia. Sin embargo, es cierto que la dependencia provoca un aumento del gasto y la necesidad de niveles de renta superior con los que costear servicios, las hipotecas inversas pueden ser una de las múltiples maneras con las que las personas hagan frente a dichos gastos.

- **En los próximos años son previsible cambios en torno a las hipotecas inversas y negocios afines.** Sin duda se trata de un sector en plena ebullición, en los próximos años se multiplicará el número de hipotecas inversas celebradas. Este fenómeno, junto con la influencia que puedan tener los cambios legislativos y sociales en torno a la dependencia y la presión de las entidades y los consumidores, puede originar cambios en la configuración y fiscalidad de este tipo de operaciones.

7. BIBLIOGRAFÍA

- AMERICAN ASSOCIATION OF RETIRED PERSONS: *Dinero hecho en casa, Hipotecas revertidas: guía para el consumidor*, Washington: American Association Of Retired Persons, 2005.
- ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil, II Derecho de obligaciones*, Barcelona: José María Bosh Editor SA, Volumen II, 1994.
- CONSEJO ECONOMICO Y SOCIAL, *España 2005 memoria sobre la situación socioeconómica y laboral*, Madrid: Consejo Económico y Social, 2006.
- COUNCIL OF MORTGAGE LENDERS, The, *Annual Report*, London: Council of Mortgage Lenders, 2005.
- DIZY MENÉNDEZ, D. (dir.): *Las personas mayores en situación de dependencia, propuesta de un modelo mixto y estimación del coste de aseguramiento en España*, Madrid: Edad & Vida, 2006.
- EDAD & VIDA: *Conversión de activos inmobiliarios en renta*, Madrid: Edad&Vida, noviembre 2005.
- GARCÍA MARTÍNEZ, M.: Los contratos aleatorios de aportación de vivienda a cambio de renta vitalicia de diversas especies, en el ámbito de las personas mayores. En: *Gerontología y Derecho*, Antonio MARTÍNEZ MAROTO (coord.), Madrid: Editorial Médica Panamericana, 2001.
- INSTITUTO DE MAYORES Y SERVICIOS SOCIALES, *Cuidados a las Personas Mayores en los Hogares Españoles*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad, Instituto de Mayores y Servicios Sociales, 2005.
- NAVARRO RUIZ, C.: *La Exclusión en Vivienda en España*, Madrid: Consejo Económico y Social, 2006.
- PAREJA EASTAWAY, M.; PONCE SOLÉ, J. y GARCÍA FERRANDO, L.: *Urbanismo i habitatge com a eines de desenvolupament sostenible*: Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autònomic i Locals.
- SANCHO CASTIELLO, M. (coord.): *Informe 2004, Las Personas Mayores en España*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad, Instituto de Mayores y Servicios Sociales, 2005.
- SÍNDIC DE GREUGES DE CATALUNYA, *La atención a las personas mayores dependientes en Catalunya*, Informe extraordinario del Síndic de Greuges de Catalunya, 2004.
- TAFFIN, C.: «La hipoteca Inversa o Vitalicia», Asociación Hipotecaria Española (Informes externos). 1/3/2006 en: http://www.ahe.es/web_PROFESIONALES/P_informes/principal.shtm

WAA, *Código Civil, Comentarios, jurisprudencia. Concordancias y referencias legales actualizadas*, Madrid: Constitución y Leyes SA, 2004.

ZURITA MARTÍN, I.: *Protección Civil de la Ancianidad*, Madrid: Editorial Dykinson, 2004.

7

EL TESTAMENTO Y
LA SUCESIÓN INTESTADA

Rafael Mélich Salazar
Abogados y Asesores Vertex, S.L.

**EL TESTAMENTO:
CLASES DE TESTAMENTOS
Y DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS**

I. INTRODUCCIÓN

En informe anterior analizábamos lo que es la sucesión en general, la manera en que los bienes y derechos de una persona que ha dejado de existir, por fallecimiento por supuesto, pasan a otra u otras personas que los adquieren y, como se analiza en otro tema, las particularidades de la sucesión intestada.

De una manera muy esquemática se puede decir que hay dos grandes tipos de sucesión: la voluntaria, en la que el destino y destinatarios de bienes y derechos se eligen por el causante, y la legal (intestada o legítima) en que destinatarios y destino de los bienes y derechos resulta predeterminado por la Ley.

Pues bien, el principal acto o negocio jurídico¹ *por el que una persona dispone para después de su muerte de todos o de parte de sus bienes y derechos*², es el testamento. Así es ni más ni menos como lo define el Código civil (artículo 667) en definición criticadísima por los juristas, pero que sencillamente resume y sintetiza más que las prolijas definiciones que dan estos autores, la sustancia de lo que sea este.

Créame que no le voy a aburrir con las doctísimas definiciones que dan estos autores, pues a los efectos de convertir este informe en algo que le pueda servir son inoperantes. Sí en cambio nos gustaría que se quedara con las principales características y notas del testamento.

- En primer lugar es un acto (o negocio jurídico) *mortis causa* este latinajo traducido literalmente significa por causa de muerte y viene a significar que el testamento es un acto «diferido» en el sentido de que quién expresa su voluntad no lo hace para que produzca efectos inmediatamente o después pero que pueda apreciarlos (como ocurriría en una compraventa), sino precisamente para después de que fallezca, cuando, evidentemente, ya no se percate del asunto. Pero también en el sentido de que la situación que se regula, ordena o contempla es futura y que aunque se sabe que va a llegar (la muerte) se ignora cuando.
- Es un acto además de *personal y unilateral, personalísimo*, solo se puede hacer por el testador, por lo que a diferencia de otros negocios jurídicos (p. ej. la misma compraventa) no se puede hacer por medio de apoderado aunque tenga un poder especialísimo.

Tampoco puede encomendarse a un tercero la subsistencia del testamento ni la designación de herederos o legatarios (aunque en algunos derechos forales como verá haya especialidades).

- Como acto personal, no admite la concurrencia de más persona que el testador en su formación. Por eso se prohíbe el testamento mancomunado que es el hecho por dos o más personas en un mismo documento, aunque la persona concurrente sea el cónyuge del testador (artículo 669 Código civil).³

¹ Calificación en la que los juristas, tan dados a discutirlo todo, no están de acuerdo.

² En absoluto el único, como verá Vd. al hablar de las particularidades en los derechos forales.

³ Nuevamente se verá que este principio quiebra en algunos derechos forales que permiten el testamento mancomunado amén de otras formas de concurrencia en los actos y negocios *mortis causa*.

- Es un acto o negocio jurídico libre, en el sentido que son inadmisibles las coacciones, los engaños y los fraudes en la formación de la voluntad del testador (artículo 673 C.c.) y si intervienen el testamento es nulo.
- Es un acto que requiere una **capacidad** específica (aunque es muy amplia) que en nuestro derecho se configura de forma negativa. Están capacitados para testar los que no se hallen encuadrados en una de las prohibiciones o incapacidades que la Ley señale (artículo 662). Pero estas son mínimas ya que el artículo 663 dice que no pueden testar los menores de 14 años y «*los que habitual o accidentalmente no se hallaren en su cabal juicio*» (expresión que significa incapacidad habitual que entonces tiene que estar declarada judicialmente o momentánea que debe de apreciar el notario, en su caso) sea como fuere la presunción en nuestro derecho es que la persona es capaz salva la prueba en contrario. No obstante determinados tipos de testamentos (p. ej. el ológrafo) requieren especiales requisitos de capacidad.
- Es un acto o negocio jurídico válido aunque voluntariamente se omita el destino de bienes y derechos.
- Es **siempre revocable**, aunque en el testamento se hubiera expresado la voluntad de no revocarlo (artículo 737 C.c.).
- Es un **acto o negocio jurídico formal**. Para que sea válido debe de cumplir los requisitos de forma que marcan las leyes (artículo 687 C.c. con carácter general, y 705 para el testamento abierto y 7115 para el cerrado).

2. CLASES DE TESTAMENTOS

Son muchas las clasificaciones que los autores nos ofrecen sobre las clases de testamentos, bien sea por la persona (o personas)⁴ que los hace, por su forma, por el lugar en que se hacen o por las circunstancias en que se hacen.

No le vamos a cansar con estas clasificaciones que a lo más tiene interés para abogados, jueces y autores, y entendiéndolo que este informe debe de ser eminente práctico en cuanto a la forma de hacer testamento o buscar determinados efectos las omitiremos salvo hacerle una breve mención a la propia clasificación que acogen nuestras leyes civiles.

Así el artículo 676 C.c. dice que el testamento puede ser común o especial, añadiendo que son comunes el ológrafo (u hológrafo pues también se puede escribir de esta forma), el abierto y el cerrado y especiales: el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero (art. 677).

Esta clasificación parte de las formalidades que se han de emplear en su confección las normales los comunes u otras particulares, bien sea por el lugar (testamentos hechos en país extranjero, marítimos) unido a veces como en el militar a la condición de la persona.

⁴ En los derechos que lo permiten.

Pero como verá Ud. los testamentos que el Código llama comunes presentan en determinadas circunstancias algunas particularidades, atendiendo a la condición del testador.

Se trata de aquellos testamentos en que el testador es minusválido por una u otra razón o se haya impedido siquiera sea temporalmente en alguno de sus sentidos, lo cual puede sucederle a personas de edad avanzada, bien sea porque no oyen bien, no puedan firmar etcétera... En estas ocasiones se regulan determinadas especialidades generalmente de carácter formal a fin de asegurarse de una parte la capacidad y libre voluntad de quien testa y de otra que su voluntad se pueda manifestar de forma adecuada.

Es también especial, y de qué modo, a pesar de que el Código no los mencione como tales, los testamentos hechos en peligro de muerte y en tiempos de epidemia, que viene a considerar una forma de testamento abierto, atendiendo a la propia definición que se da de este tipo de testamentos (luego lo veremos), pero que otros derechos (forales) suelen considerar tipos distintos de testamentos como haremos aquí, por las particularidades de todo tipo que presentan.

3. TESTAMENTOS OLÓGRAFOS ABIERTOS Y CERRADOS

3.1. El testamento ológrafo:

Parafraseando al artículo 678 se puede definir el testamento ológrafo como aquel que *escribe personalmente el testador con las formalidades legalmente previstas*.

Es pues un testamento a priori sencillo y barato, pero decimos «a priori» porque la supuesta facilidad puede verse complicada por los requisitos formales que el Código o las Leyes forales exigen para que sea válido y que en ocasiones hacen que este testamento no sea eficaz, pese (sobre todo a determinados herederos pleiteadores y a notarios) a que en no pocas ocasiones determinados requisitos han sido interpretados de un modo flexible por los tribunales.

En principio en cuanto a requisitos formales, el Código no exige nada fuera de lo normal, sólo que el testamento esté escrito *todo él* de mano propia del testador y firmado por el mismo expresando en dicho escrito el año, mes y día en que se redacte (y normalmente, aunque esto no lo dice el Código, la voluntad de disponer de todos o algunos de los bienes propios para después de la muerte, sin que sea necesario darle expresamente la denominación de «testamento»).

Hemos subrayado la expresión «todo él» porque esto es lo verdaderamente fundamental. No vale este tipo de testamento si se escribe a máquina o con ordenador, ni tampoco si se escribe por otra persona, de modo tal que quienes no sepan o no puedan por enfermedad u otra causa escribir no pueden utilizar este testamento.

La escritura y firma deben de ser las habituales, las que emplearíamos para escribir una carta a un amigo o la lista de la compra. Luego verá por qué.

Si hay tachaduras, enmiendas o frases o palabras escritas entre renglones es preciso que se salven baje firma (también le diremos cómo).

Exige además el Código civil que el testador sea mayor de edad, circunstancia ésta que a Ud. como persona mayor no le afecta, pero sí puede afectar a sus parientes y allegados.

Las principales particularidades de este testamento se producen después de haberse redactado y sobre todo al fallecimiento del testador.

- Después de haberse redactado decimos que hay particularidades por una razón muy sencilla, cuando Ud. va al notario el testamento que firma, el original, no se le entrega a Ud. personalmente sino que se lo queda el propio notario, que luego lo archiva en unos libros especiales que se llaman protocolos. A Ud. a lo sumo, le darán una copia. A lo que nos estamos refiriendo es que el testamento queda perfectamente (según el notario por supuesto) conservado y lo que es más importante, localizado al fallecimiento de quién hizo el testamento.

No ocurre lo mismo con el testamento ológrafo pues se otorga privadamente y nadie sabe (salvo excepciones) que Ud. lo ha confeccionado, planteándose pues con toda su crudeza el problema que tienen estos testamentos frente a sus indudables ventajas (sencillez, intermediación y secreto), y es que es un documento fácilmente «ocultable» (por no decir sustraible por una persona que no le guste) al no quedar constancia fidedigna de su redacción y al no quedar conservado en un archivo público o semi-público. De hecho en no pocas ocasiones el destino y utilización de estos testamentos queda diferido a los intereses del que pueda resultar beneficiado por él (que lo presenta) o perjudicado por el mismo (que lo oculta).

Sobre la conservación de este tipo de testamentos nada dice la Ley de modo que puede guardarlo Ud. hasta su muerte, encomendar la guarda a una persona de su confianza (p. ejemplo si ha tenido a bien nombrarla albacea o contador-partidor) o a uno de sus herederos interesados en sus bienes.

- La otra particularidad es que para que este testamento produzca efectos a su fallecimiento es preciso **protocolizarlo** (es decir hacer de él un documento notarial que se incluirá en el protocolo del notario) y **adverarlo**, esto quiere decir acreditar de modo inequívoco que se trata del testamento de mano propia del testador, comprobándose a estos efectos la letra y firma.

La protocolización (en la terminología que emplea el Código y algunas leyes forales) del testamento ológrafo consta de dos fases: la averación y la protocolización propiamente dicha. La primera es una fase que se ventila ante el Juzgado y la segunda ante el notario.

Vamos a intentar resumirle estas dos fases, que en el fondo no son interesantes en sí al testador, si no más bien a los presuntos y reales herederos o legatarios, a fin de que comprenda por qué en la práctica, aparte del desconocimiento que de esta forma de testamento tiene no poca gente, es un testamento que se emplea menos de lo que merecería.

- Conforme a la Ley, este testamento para que sea válido debe de presentarse en el plazo de 5 años contados desde el fallecimiento del testador. Pasados estos cinco años aunque apareciera el testamento ya no es válido.
- La persona que tenga en su poder el testamento: albacea, heredero, amigo... debe presentar el testamento en el plazo de 10 días desde que conociera el fallecimiento del testador, bajo sanción de ser responsable de los daños y perjuicios que causara su dilación.

- Ante el Juez, presentado, debe de acreditarse, el hecho fundamental del fallecimiento del testador, lo que normalmente se hace mediante el certificado de defunción. Acreditado el fallecimiento el Juez debe de abrirlo, si estuviera cerrado y firmar junto con el secretario todas las hojas del testamento.
- El Juez debe de comprobar la autenticidad de la firma y letra del testador por medio de tres testigos que las conozcan y que declaren que «*no abrigan duda racional de hallarse el testamento escrito y firmado de mano propia del testador*». A falta de estos testigos o si estos no pudieran hacer esa declaración de autenticidad, se acudirá a un procedimiento especial que se llama cotejo de letras (su propio nombre dice lo que es).
- Para la práctica de la averación del testamento, el Juez ha de citar necesariamente al cónyuge superviviente –si lo hubiere– a los descendientes y ascendientes del testador –también si los hubiere– y en defecto de estos parientes, a los hermanos. Si no existiere ni un solo pariente o cónyuge, o se desconociera su paradero se hace la citación al fiscal.

Estos parientes pueden concurrir a la declaración de los testigos o en su caso al cotejo de letras (si bien hay que señalar que será al acto en que se presente el cotejo por el perito calígrafo) y hacer a los testigos y al perito las preguntas que estimen pertinentes y conducentes a autentificar el testamento presentado.

Estando todo conforme, es decir, acreditada la autenticidad del testamento y que este es el último efectuado por el testador, se dicta auto por el Juez ordenando que se protocolice. Esto como ya le hemos dicho se hace por el notario, quien efectúa un acta con el testamento ológrafo, el auto del juez y demás documentos. Del acta se pueden sacar cuantas copias por los interesados en la herencia se deseen, por supuesto pagándolas a su costa el petitionerio.

El auto judicial, solo lo es a efectos de protocolización del mismo, pero no prejuzga más que a este efecto que el testamento sea realmente auténtico. Así si el heredero, real o presunto, cree pese a lo actuado en el Juzgado, o porque no pudo actuar en él, que el testamento es falso, puede interponer una demanda ante el Juzgado y contra los herederos nombrados en el testamento ológrafo, para que se declare la nulidad de aquel.

3.2. Testamentos notariales: requisitos generales de estos, los testigos y el juicio de capacidad

Sencillamente testamento notarial es aquel en cuyo otorgamiento interviene un fedatario público, que en España es el notario.

Tal intervención sea redactándolo conforme a las instrucciones del testador o dando fe de que se ha otorgado y que se halla en el sobre o cubierta que se le presenta da una serie de garantías, en cuanto a la capacidad del testador, la inexistencia de presiones de los eventuales herederos o beneficiarios, de autenticidad... que no posee el testamento ológrafo.

El testamento en que interviene el notario es un acto rigurosamente formal, que se rige primordialmente por las disposiciones del Código civil, o las legislaciones forales sobre la materia y supletoriamente por la legislación notarial.

El notario que autorice un testamento debe pues cumplir varios requisitos formales inexcusables so pena de nulidad del testamento.

- El primero es la llamada «fe de conocimiento» o mejor la identificación del testador.

Este es un requisito obvio, para evitar suplantaciones de personalidad en la persona que va a testar (no vaya a ser que ocurra como en la opera «Gianni Schicchi»).

La identificación se hace de varias formas (artículo 685 C.c.):

- a) por el conocimiento que el notario tiene del testador. Tradicionalmente era la principal, pero en una ciudad grande es prácticamente imposible salvo que sea cliente habitual del mismo notario.
- b) Si el notario no conoce al testador, mediante dos testigos que le conozcan y sean conocidos del mismo notario (supuesto aun más raro que el anterior).
- c) Mediante la utilización de documentos expedidos por las autoridades cuyo objeto sea identificar a las personas (v. gr: el DNI).

Esta es la forma habitual de identificar al testador, aún incluso con aquellos notarios que le conozcan, de hecho lo primero que hará el notario antes de empezar la lectura de su testamento será pedírselo.

- El segundo es el Juicio de capacidad:

Este «juicio» es la declaración que hace el notario de que «a su juicio» tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar. Tal exigencia se reitera además cuando se habla específicamente del testamento abierto (artículo 696) y del cerrado (art. 707).

Tal declaración por supuesto, puede ser enervada por la prueba en contrario, pero en principio y según nuestros tribunales crea una presunción de que el testador era plenamente capaz para disponer de sus bienes y hacer testamento.

- La intervención de los testigos: Esta intervención de los testigos solía encuadrarse por los juristas como el tercer requisito común a los testamentos notariales, pues se exigía su presencia siempre, en diferente número. Lo cierto es que tras las reformas en la materia de principios de los años noventa del siglo pasado (un poco siguiendo la estela de algunos derechos forales o en simultaneidad con estos derechos especiales) que con carácter general suprime la necesidad presencia de los testigos tanto en los testamentos abiertos como en los cerrados, hablar de ellos y de su intervención, no es lo primordial.

Ello no significa sin embargo que postestigos no intervengan ya nunca. De hecho como verá su presencia es necesaria en circunstancias particulares, que coinciden con esas minusvalías de que se le habló; por ejemplo no poder firmar, ser ciego...

En estos casos los testigos deben de ser idóneos. Esta palabra técnica que emplea el Código debe de ser entendida como persona en la que no concurra una causa de inhabilidad o una prohibición legal. Así el Código establece que no pueden ser testigos:

1.º Los menores de edad, salvo en el testamento en caso de epidemia.

- 2.º Los ciegos y los totalmente sordos o mudos.
- 3.º Los que no entiendan el idioma del testador.
- 4.º Los que no estén en su sano juicio.
- 5.º El cónyuge o los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del notario autorizante y quienes tengan con este una relación de trabajo.

Además en el testamento abierto tampoco pueden ser testigos «*los herederos o legatarios en él instituidos, sus cónyuges, ni los parientes de aquellos dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad*» (artículos 681 y 682).

No nos queda en esta parte más que decirle que de todo testamento que autoriza, sea abierto o cerrado, el notario remite un parte o información al registro Central de Actos de Ultima Voluntad para que quede constancia del otorgamiento y para información de los presuntos beneficiarios por el testamento.

3.2.1. El testamento Abierto:

Nuestro Código define el testamento abierto diciendo que es aquel en el que *el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto quedando enteradas de lo que en él se dispone* (conforme artículo 679 C.c.).

La definición que da el Código pretende abarcar cualquier tipo de testamento en que se revela la última voluntad, puesto que considera también abierto el testamento hecho en peligro de muerte, que si bien (por supuesto) se adapta a la definición legal, en realidad es un tipo especialísimo, por las condiciones y formalidades de testamento, como se verá más adelante.

En la práctica testamento abierto es el que se realiza (autoriza) ante y por notario, con las formas y solemnidades marcadas por la Ley (El Código civil, las legislaciones forales en su caso y la legislación notarial en lo que sea de aplicación supletoria).

En el derecho común los requisitos y solemnidades son las siguientes, distinguiendo primero las que se exigen de manera normal y corriente a todo testador, y a continuación las que se añaden cuando en el testador concurre alguna circunstancia o minusvalía que puede limitar sus capacidades (p. ej. ceguera, sordomudez etc...).

- a) Expresión de la última voluntad al notario autorizantes. Esta expresión puede ser hecha verbalmente o por escrito, (art. 695) pero siempre debe de existir y habida cuenta el carácter personalísimo del testamento debe ser hecha por el propio testador sin que valga que se haga por otra persona.
- b) Redacción del testamento. Este es un acto que debe realizar el notario en base a aquella declaración de última voluntad, aunque evidentemente no se trata de la mera transcripción de lo que le haya dicho el testador, pues el notario, debe de acomodar aquella, a las formalidades legales, plasmarla de acuerdo a la ley material de modo que las disposiciones testamentarias puedan cumplir con su finalidad y atendiendo a las prescripciones de la legislación notarial.

Como requisitos de esta redacción el Código exige que se exprese el lugar, día, mes y año del otorgamiento (art. 695) pero por supuesto en la redacción concurrirán los requisitos comunes de identificación de la persona y el juicio de capacidad, como señala el artículo 696.

- c) Lectura del testamento. Redactado el testamento el notario debe obligatoriamente leer el testamento al testador para que *«manifieste si está conforme con su voluntad»*. El Código señala que el notario debe advertir al testador de su derecho a leerlo por sí mismo; es decir antes de que se produzca la lectura por el notario. La lectura que haga el testador de lo escrito es facultativa (aunque muy recomendable) pero el notario necesariamente tiene que leerlo salvo determinadas minusvalías (sordera) en que la lectura debe hacerla el propio testador.
- d) Firma y autorización del notario. Estando todo conforme, el testador normalmente se lo manifestará al notario y lo firmará (salvo que no pueda hacerlo) la firma expresa la conformidad del testador a lo plasmado. De no poder firmar el testador lo harán por él los testigos que debieran de concurrir.

Firmado el testamento por el testador lo autorizará el notario con su firma, signo y sello.

- e) Unidad de acto. El acto otorgamiento que comienza con la lectura del testamento, firma y autorización deben de realizarse en un sólo acto (no en varios) salvo accidente pasajero (artículo 699).

Si intervienen testigos cuando en la persona del testador concurren circunstancias especiales, centrada en determinadas minusvalías sean permanentes o de carácter temporal, algunas de las cuales pueden afectar a las personas mayores.

En el testamento abierto se exige que concurren dos testigos idóneos cuando (artículo 697 C.c.):

1. Cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento.
2. Cuando el testador aunque pueda firmarlo, sea ciego, o declare que no sabe o no puede leer por sí el testamento.
3. Cuando el testador o el notario lo soliciten.

3.2.2. El testamento cerrado:

Este tipo de testamentos en el que a diferencia del ológrafo hay constancia de su otorgamiento por intervenir un fedatario público como es el notario (o el cónsul como luego veremos), fue más frecuente en otras épocas, y no en exceso, y hoy está en práctico desuso.

Se concebía como un testamento intermedio (por así decirlo) entre el testamento abierto y el ológrafo, combinando las ventajas de uno, constancia fidedigna de que se otorgó y de otra dejar en secreto (sin necesidad de revelar la última voluntad) el contenido. Así se empleó como medio de reconocer a hijos ilegítimos sin que se enteraran los testigos, notario y demás personas que hicieran copias del testamento, y sobre todo la familia legítima hasta después del fallecimiento del testador.

La forma de vida moderna, muy particularmente en ciudades grandes, el que ya no sea necesario la presencia de testigos, el incremento del tráfico jurídico que hace que sean más el número de

escrituras autorizadas por el notario, (que hacen que en realidad el contenido de un testamento abierto pueda ser tan desconocido como el cerrado), el propio desconocimiento de la existencia de esta particular forma de testar... todo ello unido a que por tener que redactarse el acta de otorgamiento en la cubierta o sobre del testamento en vez de por medios informáticos, a mano por el notario u otra persona con letra legible hace, como decimos, que este testamento sea rarísimo, bastante más que el ológrafo.

Tenga en cuenta que este testamento está vedado a los ciegos y a los que no sepan o no puedan leer (artículo 708), lo cual no es porque se presuma alguna incapacidad de su parte, sino para impedir que se suplante el testamento escrito por otro dentro del sobre.

Si por un casual le pica la curiosidad vamos a decirle la regulación de este testamento.

A) La primera fase, redacción, de este testamento es de confección privada.

Se hace por el testador u otra persona a su ruego. Así dice el artículo 706 *«El testamento cerrado habrá de ser escrito.»* (Luego, no vale que se haga mediante una cinta de video, DVD u otro medio por más moderno que sea, pero sí que el escrito como ahora se verá se haga por medios mecánicos, informáticos etcétera). Ahora bien, esta escritura no presupone necesariamente que deba ser autógrafa, de hecho puede ser manuscrito o *«estar escrito por cualquier medio mecánico»* e incluso *«por otra persona al ruego del testador»* pero en estos casos deberá el testador *«poner su firma en todas sus hojas y al pie del testamento»* (artículo 706, párrafo 2).

Se añade la previsión de que *«Cuando el testador no sepa o no pueda firmar, lo hará a su ruego y al pie y en todas las hojas otra persona, expresando la causa de la imposibilidad»*.

«En todo caso, antes de la firma se salvarán las palabras enmendadas, tachadas o escritas entre renglones».

B) Fase de otorgamiento: es la que se realiza ante el notario que autoriza, una acta dando fe de que se ha otorgado un testamento y que este está dentro del sobre o cubierta que se le presenta, por esto los pasos que establece el artículo 707 del Código son los siguientes:

1. El testamento debe de introducirse dentro de un sobre o cubierta que se sellará y cerrará, asegurando que no se pueda extraer el contenido sin romper tal sobre.
2. Dicho «cierre» (de ahí el nombre de este testamento) puede realizarse de modo privado o en la propia notaría.
3. El testamento se autoriza, como decimos, mediante acta, de modo que previo a su redacción, es necesario que el propio testador, que debe de ir a la notaría, manifieste al notario: que el sobre o cubierta contiene el testamento, describiendo cómo se escribió, si personalmente (autógrafo) por el testador, por algún medio mecánico (máquina de escribir u ordenador) o por otra persona, y en estos dos últimos casos si está firmado por el testador o por otra persona a su ruego.
4. Con estas manifestaciones el notario redacta el acta que da constancia del otorgamiento del testamento, y a diferencia de otros instrumentos, escrituras o actas, no se extiende en papel notarial, sino en el propio sobre o cubierta, expresándose por el notario: los datos generales de las actas, el lugar, hora, día, mes y año del otorgamiento (art. 707. 6.ª), la identificación del testador, que éste tiene juicio y capacidad suficiente para testar, fecha, etcé-

tera... y además la marca de los sellos con que estuviera cerrado y por supuesto la manifestación del testador de cómo está escrito el testamento.

5. Extendida el acta se leerá, y la firmará el testador si pudiera hacerlo (obviamente si ya el testamento no fue firmado por él y no pudo antes es difícil que pueda ahora), si no lo hará uno de los dos testigos que en este caso deben concurrir obligatoriamente, consignándose esta circunstancia en el acta.
6. Conforme, lo autorizará el notario con su signo y firma (y también con su sello).
7. Autorizado el testamento, el notario se lo entregará al testador, llevando a su libro de protocolo (el archivo) copia autorizada del acta de otorgamiento (artículo 710 CC) siendo hoy por hoy el único caso en que el documento original, con las firmas del testador, se entrega al interesado, pasando la copia al protocolo.

El testamento así otorgado, o mejor dicho la cubierta que lo encierra, puede ser guardado por el propio testador, por una persona de confianza del testador (p. ej. la que vaya a ser albacea que es un cargo de confianza del testador) o por el propio notario. En este caso el notario lo guardará, dando recibo al testador de que se lo ha quedado. Por supuesto los notarios cobran por el desempeño de este servicio de guarda y custodia del testamento.

Brevemente le explicaremos ahora que pasa al fallecimiento del testador.

Lo primero es que el testamento metido dentro del sobre o cubierta debe de presentarse al Juez competente (que por cierto es el de Primera Instancia). Para ello se impone al notario o la persona que lo tuviere en su poder en el momento de la muerte que lo presente en el plazo de 10 días, desde que conozca la muerte, y si no lo hace es responsable de los daños y perjuicios que origine por la no presentación.

Si la no presentación es maliciosa, además de los daños y perjuicios, el custodio pierde su derecho a la herencia por testamento o intestado que pudiera tener.

Igual responsabilidad tiene el que lo oculte, rompa o inutilice de cualquier forma sin perjuicio de las consecuencias jurídicas en otro orden (penal).

Presentado el testamento procede a su apertura el juez y el secretario con intervención de los herederos presuntos.

- Plantea especialidades el testamento cerrado del que (en eufemismo del propio código) «*no pueda expresarse verbalmente pero sí escribir*» (artículo 709), con lo que se está refiriendo al mudo o sordomudo independientemente que esta circunstancia sea habitual o accidental.

En estos casos se exige que el testamento esté siempre firmado por el propio testador, es decir que no vale que lo firme otra persona, debiendo el testador, que recordemos no puede hablar, escribir en la propia cubierta, en presencia del notario, que dentro del sobre está su testamento y la manera en que está escrita y por supuesto aseverando que está firmado de mano propia.

Es muy importante conservar el testamento en perfecto estado de cierre, sin romper la cubierta o sobre y sin quebrar los sellos que lo aseguran, pues el Código civil presume revocado el testamen-

to cerrado en que el sobre esté roto rasgado o abierto, con raspados en las firmas del acta o los sellos rotos o quebrantados (artículo 742).

4. TESTAMENTOS ESPECIALES: EN PELIGRO DE MUERTE, TESTAMENTO MILITAR, TESTAMENTO MARÍTIMO, Y TESTAMENTO HECHO EN PAÍS EXTRANJERO

Lo primero una aclaración. O mejor dos.

De la primera ya se le ha hecho una breve referencia. Es la correspondiente a los testamentos en peligro de muerte y en caso de epidemia, y es que nuestro Código regula estos dos testamentos bajo la misma rubrica del testamento abierto, considerándolos una variedad de aquél.

Quizá la decisión de hablar siquiera brevemente de estos testamentos de forma diferenciada, separándonos del plan del Código civil, pueda chirriar a algunos tratadistas juristas y aun a compañeros de profesión.

Hemos preferido sin embargo separar el tratamiento de estos dos testamentos del de aquél considerando que en realidad se trata de dos testamentos muy especiales, cuya peculiaridad resalta respecto de lo que el propio Código regula como testamento abierto, que es precisamente el prototipo del testamento autorizado por notario. La peculiaridad de estos dos testamentos tras las últimas reformas habidas en esta materia testamentaria queda aun más resaltada por la necesidad de testigos, y de ahí que prefiramos tratarlo de manera aparte y propia.

Otra de las razones que nos aconsejan su tratamiento separado e incluirlo entre los testamentos especiales es también la consideración a las legislaciones forales, pues muchas de ellas tratan este tipo de testamentos en circunstancias peliagudas para las personas como testamentos especiales o al menos claramente distintos de los testamentos comunes u ordinarios.

La segunda aclaración es referente a la propia consideración por parte del Código de los testamentos especiales. Se ha de señalar que en realidad la ley (la común) no los define y se limita a decirnos que son testamentos especiales los militares, los marítimos y los hechos en país extranjero.

Como se desprende de esta enumeración parece que la especialidad que establece el Código civil está en el lugar y circunstancia en que se realiza el testamento, que se supone que no son las del común: así para el testamento militar deben concurrir que se trate de un militar y que esté en tiempo de guerra, de los marítimos que las personas, eventuales testadoras, se hallen a bordo de un barco sea de guerra o sea mercante, de los hechos en país extranjero, como su propio nombre indica se trata de que un español, se halle en otro país.

Vamos a ver estos testamentos:

4.1. Testamentos en peligro de muerte y testamento en caso de epidemia

Si el testamento es precisamente un acto por el que se dispone de bienes y derechos, para después de la muerte, que facilita la continuidad de las relaciones jurídicas, es lógico que las legisla-

ciones, traten de favorecer o facilitar que se pueda otorgar el testamento en situaciones de inminencia de la muerte o cuando se pueda presumir esta.

1. El testamento en peligro de muerte: debe de partirse de la base que este testamento en peligro de muerte es un testamento de carácter excepcional, por lo que solo puede acudirse a él cuando efectivamente se pueda temer la muerte, por enfermedad actual y grave que haga presumir fundadamente que desembocará en muerte en pocos días, por accidente... de modo tal que la simple enfermedad, la edad (lo cual le atañe a Vd. especialmente), no son causas para acudir a este tipo de testamento.

Por supuesto ello no impide que estando en peligro de muerte pueda otorgar su testamento (el abierto por supuesto) normalmente, llamando al notario (de hecho son frecuentes las anécdotas de notarios en las UVIs) y realmente la mejora en los medios de transporte, que hacen que el notario pueda desplazarse sin las limitaciones de la época en que se redactó originalmente el código, ha supuesto en no pocas ocasiones la inoperancia de este tipo de testamento, que es infrecuente.

El Código regula este tipo de testamento en peligro de muerte como una especialidad al testamento abierto, por eso sus requisitos formales son los de este con las siguientes especialidades:

- a) Es precisa la concurrencia de cinco testigos hábiles.⁵
 - b) la última voluntad se expresará oralmente ante estos cinco testigos.
 - c) El testamento se escribirá, se entiende que por uno de los testigos, y después se firmará por los mismos y por el testador si pudiera, siendo posible, pero es siempre válido aunque no se escriba, manteniéndose entonces dicha última voluntad por los testigos que se declarará, fallecido el testador en la protocolización del testamento.
2. El testamento en caso de epidemia. El fundamento de este testamento, también de carácter excepcional, que no sencillamente especial, está en encontrarse el testador en unas circunstancias de crisis en la sociedad, que pueden dar lugar a restricciones de circulación de las personas y evidentemente a la imposibilidad de acudir o que acuda un notario.

Téngase en cuenta que en la época en que se redactó el Código la existencia de una epidemia en un país o zona podía dar lugar a cuarentenas más o menos largas, con restricciones a la entrada y salida de personas de la zona afectada.

Que está la base para su excepcionalidad lo demuestra el hecho de que no es necesario que la persona que teste se halle afectada por la enfermedad epidémica, basta con que esté en la zona de la epidemia, por supuesto la epidemia tiene que estar declarada por autoridad competente.

Como en el caso del testamento abierto los requisitos formales son los del abierto con las particularidades:

⁵ Es decir, en los que no concurra causa de incapacidad conforme al artículo 681 y 682.

- a) El testamento se otorga en presencia de tres testigos mayores de 16 años. Lo cual es una excepción a la norma de que los testigos han de ser mayores de edad.
- b) La última voluntad se expresará oralmente ante estos tres testigos.
- c) El testamento se escribirá, se entiende que por uno de los testigos, y después se firmará por los mismos y por el testador si pudiera, siendo posible, pero es siempre válido aunque no se escriba, manteniéndose entonces dicha última voluntad por los testigos que se declarará, fallecido el testador en la protocolización del testamento.

Muy Importante: Ambas clases de testamentos, dado su carácter excepcional pierden su eficacia: (artículos 703 y 704 CC)

- A los dos meses desde que el testador haya dejado de estar en peligro de muerte o cesado la epidemia.
- A los tres meses, aun si falleciere el testador dentro de los dos meses, si en ese plazo no se adviera y protocoliza, elevándose a escritura pública, en la forma establecida por la leyes de procedimiento Civil, lo cual le vamos a ahorrar.

4.2. El testamento militar:

De este testamento vamos a tratar muy sucintamente, por la extremada rareza de su otorgamiento y a que, evidentemente, a Ud. como persona mayor, poco o muy poco le afecta y le puede afectar.

Este testamento está destinado a los militares o empleados del ejército (en cualquier grado, desde soldado a oficial) para facilitarles dictar sus últimas voluntades en tiempo de guerra. Dentro de España o fuera de sus límites.

La concurrencia de estas dos circunstancias ser militar y hallarse en guerra hace que en los últimos tiempos haya sido un testamento rarísimo y que en el futuro siga siéndolo, toda vez que por muy militar que se sea, si no se está en periodo de guerra debe de testar en la forma ordinaria.

Más aun si el testamento militar es abierto, caduca a los cuatro meses de que el testador haya dejado de estar en campaña (artículo 719).

Este tipo de testamentos adoptan las formas comunes de abierto y cerrado.

Si el testamento es abierto, en vez de ante notario se otorga ante un oficial que tenga al menos el rango de capitán y siempre ante dos testigos (artículo 716). Se exceptúan los casos en que el testador este enfermo o en destacamento, en que el testamento puede ser autorizado por el capellán castrense o el médico que le asista o un oficial cualquiera, aunque sea subalterno.

En caso de peligro inminente de batalla, asalto, se permite que se otorgue «testamento abierto» sin presencia de oficial e incluso de palabra pero siempre ante dos testigos, los cuales tienen obligación de formalizarlo (es decir declarar su existencia y contenido ante un auditor de guerra.) como vera se trata de una especie de testamento en peligro de muerte (artículo 720).

Si el testamento es cerrado se otorgará como el testamento cerrado común con la especialidad de que no se hace ante un notario (que no van a la guerra), sino ante un oficial de la intervención militar (que han sustituido a los comisarios de que habla el Código en el artículo 717). En peligro de batalla, asalto o acción de guerra el interventor o auditor puede ser sustituido por un oficial con rango de capitán (artículo 721).

Si falleciere el testador en este tiempo de guerra se prevén una serie de formalidades para la conservación, apertura y protocolización del testamento. Lo cual le omitimos para no serle farragoso.

4.3. El testamento marítimo:

Literalmente, el testamento marítimo es el que se hace por los pasajeros, tripulantes o en su caso marinos durante un viaje a bordo de un buque o nave, (conforme artículo 722).

Como se observará, pues el testamento así hecho tiene un carácter puramente accidental, pues se trata de que la persona que teste se encuentre en un viaje marítimo.

Este testamento a diferencia del militar, está abierto a todos, sean marinos (militares de la armada) sean tripulantes de un buque mercante, o sean los pasajeros del mismo.

Pero no se emocione y piense en lo bonito que sería hacer testamento en un barco durante las vacaciones y que lo autorice el capitán del barco o un oficial del mismo, pues dado el carácter accidental al que aludíamos, lo cierto es que estos testamentos caducan. Es decir pierden su validez pasado cierto tiempo. Algo así si recuerda pasaba con los testamentos en peligro de muerte.

En el caso de los testamentos marítimos, abiertos o cerrados, caducan, pierden su validez a los 4 meses «desde que el testador desembarque en un punto donde pueda testar en la forma ordinaria» (artículo 730).

Las formas que reviste el testamento marítimo son la abierta y cerrada, en la forma que hemos visto con la sustitución de la persona del autorizante (el notario), por el capitán del buque si este es mercante o por el contador –o el que ejerza sus funciones– si la nave es militar.

La otra particularidad a diferencia del testamento con notario es que siempre es necesaria la presencia de dos testigos (artículo 722).

El Código además de esta regulación desgrana una serie de actuaciones posteriores al otorgamiento para la custodia del testamento, conservación y entrega a las autoridades portuarias, con diferentes procedimientos según el testamento sea abierto, cerrado, perteneciera a un extranjero etc... se hace también mención a la obligación que tienen capitanes y comandantes de naves de hacer mención de los testamentos ológrafo y de conservarlos (fallecido el testador) hasta la arribada a puerto, (artículo 729).

Obviamente no le vamos a aburrir con la mención de los pasos que debe de dar el capitán o el comandante.

4.4. El testamento hecho en país extranjero.

Bajo este epígrafe el Código civil, no está regulando nada más que eso, el testamento que un español hace fuera del territorio nacional, señalando que lo puede hacer conforme a las leyes que rigen en el país en que testa.

Por supuesto se trata de la forma del testamento, no del fondo, que será regulado en todo caso por la ley del propio testador.

Así por ejemplo imagínese Ud. que ha visto una película americana en que el difunto hacía un testamento a través de un video o DVD y en el que aparte de distribuir sus bienes se dedicaba a poner verdes a sus herederos y legatarios. Tanto le ha gustado a ud. la idea que decide ponerla en práctica aprovechando que, jubilado, se ha ido a hacer un viaje atravesando el charco. Pues bien tan extravagante testamento sería válido en cuanto a su forma.

Por supuesto también puede hacer testamento en el extranjero de acuerdo con las formas admitidas por la legislación española (artículo 11 del Código civil) añadiéndose, por si las moscas, que este puede ser el ológrafo «aun en los países cuyas leyes no admitan dicho testamento» (artículo 732).

La única excepción que establece nuestro Código es el **testamento mancomunado** (el que se hace por dos personas en provecho recíproco o de un tercero, pero en un mismo documento), aun cuando lo autoricen las leyes de la nación donde se hubiera otorgado (artículo 733), aunque esto debe de matizarse por el hecho de haber legislaciones civiles dentro de España que sí admiten esta clase de testamentos (v.gr. el fuero de Navarra). Esto lo veremos al hablar de las especialidades forales.

Por último el Código regula, bajo el epígrafe de testamento hecho en país extranjero, el que el español que se encuentren en otra nación otorgue ante el funcionario diplomático o consular español que ejerza sus funciones en el país que se pretenda otorgar el testamento (artículos 734 y siguientes).

Aquí se trata de un testamento normal que autoriza el cónsul o diplomático en la embajada o consulado correspondiente, dado que los cónsules y determinados diplomáticos (de acuerdo con el Reglamento específico en la materia) ejercen la fe pública (a la manera de los notarios) en el extranjero.

Obviamente el Cónsul o diplomático debe ser el competente y designado para ese territorio o Estado, no cualquiera que pasare por el consulado de que se trate por un casual.

Las formas de este testamento son las ya vistas para los abiertos y cerrados con los mismos requisitos, también vistos, que cuando actúa el notario.

Dichos testamentos abiertos o cerrados otorgados ante cónsul o diplomático tienen plena validez en territorio español sin necesidad alguna de otro requisitos, tipo legalización o adveración (salvo los que pueden requerir su propia naturaleza como ocurre con el cerrado).

5. PASOS PARA HACER TESTAMENTO

Hacer testamento, de cualquier clase que sea, tiene más importancia práctica de lo que la gente suele creer. No se trata solamente de «facilitar la vida» a los herederos y a los legatarios, sino de alguna manera dejar arreglado aspectos de su patrimonio, de su vida personal e incluso intentar que no haya disputa entre sus hijos o descendientes por sus bienes efectuando una serie de disposiciones de las que trataremos en el epígrafe siguiente, y que son mucho más variadas de lo que también se suele suponer.

En algunas ocasiones hemos podido observar que ciertas personas mayores (y otras no tan mayores) tienen una especie de prevención a testar.

A veces la razón que esgrimen es de carácter supersticioso: les parece que hacer testamento es como anticipar la muerte, otras la causa es la apatía, las ganas de no complicarse la vida con cuestiones jurídicas que *prima facie* les suenan como complicadas (y ahora veremos que no es así) pensando que «ya se arreglarán sus hijos, o nietos». Otras nos han venido a decir que no quieren «ir al notario» porque no están decididos del todo y quieren ver cómo se comportan sus hijos con ellos pensando que el testamento es como si fuera una donación que una vez hecha te priva de disposición del bien.⁶ En no pocas tiene mucha influencia la cuestión económica pensando que ir al notario o al abogado le va a suponer un notable desembolso.

Bueno pues deseche, si alguna vez las ha tenido, estas ideas. Ni hacer testamento adelanta la muerte, ni hacer testamento es complicarse la vida, sino al contrario, ni los testamentos aun los que se hacen en el notario son caros. Y por supuesto tenga siempre en cuenta que siendo el testamento un acto siempre revocable, expresa o tácitamente, como le dijimos más arriba al hablar de las características del mismo, no queda vinculado por lo que hizo en un testamento anterior, puede revocarlo total o parcialmente (es decir modificarlo) cuantas veces quiera, pueda o le convenga, según actúen sus herederos presuntos, con ud. o por las razones que le vengán en gana, pues nadie le va a pedir explicaciones. Como se suele decir, testamento se puede hacer todos los días si quiere, pero tampoco se lo tome como un entretenimiento.

Como quiera que en estos informes nos hemos propuesto ofrecer a las personas de la tercera edad soluciones prácticas, que no sabemos si siempre lo habremos conseguido, es por lo que aquí le vamos a ofrecer unas sencillas instrucciones de cómo hacer el testamento, dejando para otro informe el otro aspecto: ¿Cómo actuar si Ud. ha sido el beneficiado en un testamento?, no sin dejar de hacerle notar que vamos a referirnos a los testamento comunes, no a los especiales ni a los hechos en peligro de muerte.

a) Testamento Ológrafo:

- Coja un papel en blanco, o varios si cree que va a escribir mucho. No importa nada la forma del mismo.
- Coja asimismo un medio de escritura (bolígrafo, pluma...) procure que sea indeleble.

⁶ En el correspondiente informe sobre donaciones verá que no siempre la donación es irrevocable, aquí obviamente por razones de espacio no podemos tratarle esta cuestión.

- Para que no se le olvide escriba en la parte superior el día, mes y año en que redacta su testamento. Es conveniente y más si Ud. sabe o presume que puede estar sujeto a algún derecho foral que ponga el lugar en que hace el testamento: p. ej. como si escribiera un carta ponga «Madrid a 30 de septiembre de 2005» (o el lugar y día que sea).
- A continuación escriba sus disposiciones de última voluntad. Todas ellas manuscritas. Aunque no se exige legalmente es conveniente hacer siquiera sea una breve referencia a que esa es su voluntad testamentaria, de disponer para después de su muerte; como si por ejemplo dijera, «este es mi testamento» o «a mi fallecimiento quiero que mis bienes vayan a ...» o cualesquiera otras que demuestren bien a las claras su voluntad de disponer de sus bienes para después de su muerte.
- Firme el testamento con su firma habitual.
- Si hubiera cometido errores, tales como tachar una palabra, intercalar otras o meter una línea de escritura, debajo de la firma tiene que «salvar» estos errores. ¿Cómo se hace esto? Es fácil. Señale el lugar del error por ejemplo si ha tachado una palabra en la línea cinco diga «La tachadura de la línea cinco vale». Lo mismo haga con las enmiendas o interlineados. Al final de las correcciones vuelva a firmar.

B) Testamento Abierto:

- Al igual que en todo testamento piense previamente cómo quiere repartir sus bienes entre sus potenciales herederos y legatarios.
- Llame a una notaría o acuda directamente a ella, para pedir cita a fin de hacer testamento. Le darán un determinado día en que le recibirá un oficial de la notaría (es rarísimo salvo en zonas rurales que le reciba el notario directamente aunque esto es lo que marca la Ley, pero en la práctica como le decimos verá al notario cuando vaya a firmar).
- El día de la cita lleve su carné de identidad. En presencia del Oficial (o del notario) diga cómo quiere hacer su testamento, cómo quiere dejar sus bienes y aquellas disposiciones que sin ser hereditarias o de legado quiera que consten en el mismo.

Aquí ya empezamos a encontrar problemas:

Problema número uno: algunas notarias sobre todo en capitales o pueblos grandes suelen poner reparos a los testamentos, no por el testamento en sí, sino por hacerlo. La causa es muchas veces el exceso de trabajo y otra que se trata de documentos relativamente baratos que sin embargo pueden llegar a revestir cierta complejidad, por lo que no compensan tanto como por ejemplo una compraventa de piso o una hipoteca.

En este caso proteste e insista. Es una obligación del notario autorizar los testamentos, y entra dentro de su profesión. En cualquier caso sepa que hay un servicio que recoge las quejas contra las actuaciones de los notarios en los colegios notariales.⁷

⁷ Este problema, no es ni muchísimo menos lo frecuente. En realidad hay muchos, muchísimos notarios cuya actividad y dedicación, según las peticiones de sus clientes, han innovado y abierto nuevos caminos en materia sucesoria y de testamento. Lo contrario a este problema y al siguiente también se lo puede encontrar, que se trate de un notario con un especial gusto por la materia y que ante disposiciones poco corrientes, u omitidas por la ley no es que se tome interés, sino que le hará un testamento irreprochable o casi. Este informe precisamente va dedicado a uno de ellos.

Problema número dos: como le hemos dicho lo general suele ser que le reciba un oficial de la notaría al que Ud. le dirá cual es su voluntad testamentaria. Estos oficiales, personas las más de las veces capacitadísimas y sobrecargadas de trabajo, suelen sin embargo tener una especial propensión a reconducir los asuntos a aquello en lo que ya tienen experiencia y más particularmente a algún formulario en su ordenador. De esta manera (y no siendo en ocasiones licenciados en derecho) si Ud. presenta ante el oficial un testamento poco «al uso» o con disposiciones que no son las habituales, se encontrará ya no con reparos, sino con malas caras y en ocasiones con contestaciones del tipo que eso no se puede hacer.

(Para ilustrarle el problema le pondré un caso verídico: cierto cliente acudió a un notario de Madrid con el objeto de hacer testamento en el que al tiempo en que iba a disponer de sus bienes a favor de determinados parientes desheredaba a un hijo con el cual había tenido un pleito por causa de ciertos malos tratos –un juicio de faltas– que el hijo le había inferido. No puede Ud. imaginarse lo que le costó, de hecho, tuvo que ir a otra notaría en la que no le ponía tantas pegas ante una previsión legal).

La solución a este problema es insistir y pedir ver al notario directamente, que según nuestra experiencia suelen actuar con la profesionalidad que les caracteriza y solucionar el asunto. Como en el caso anterior, ante cualquier problema reclamar siempre.

- Si todo ha ido bien, el oficial o le pasará directamente con el notario para que firme el testamento o le citará para otro día en que pueda firmar el notario. En uno u otro caso pida a quién le haya atendido que le deje leer el testamento, sin perjuicio de la que pueda hacer el notario antes de la firma.
- Si es el caso de que Ud. por su edad o por otra causa tiene alguna de las incapacidades que le señalábamos al tratar de este tipo de testamentos ya en la notaría le dirán lo pertinente acerca de los testigos que deben de intervenir o en su caso el intérprete de las disposiciones testamentarias si es extranjero.
- Llegado el día de la firma, sea el mismo día u otro que le hayan dado los empleados del notario, y siempre provisto de su DNI, lea el testamento, pues lo más probable es que le den una especie de borrador, antes de imprimirlo en el papel timbrado que emplean los notarios, obviamente si esta todo conforme con su voluntad, manifiéstelo así. Le pasaran, si tiene suerte y no hay mucha gente esperando, con el notario, el cual después de pedirle su carné de identidad y de comprobar que se trata de Ud. le hará una lectura del testamento. Muchas veces el notario le hará una lectura explicativa, diciéndole qué es lo que pone, en un lenguaje más coloquial, y preguntándole si es eso lo que Ud. quería decir y disponer. Terminada, le preguntará si está de acuerdo con el contenido. Si lo está, lo dice así y firma el testamento (el lugar ya se lo indicará el propio notario) y después lo firmará el notario.
- Aunque no es necesario, sí es conveniente que pida una copia, siquiera sea simple, que es más barata, del testamento, más que nada para saber Ud. lo que hizo, esta copia se la darán después de que pague los honorarios del notario.

C) Testamento Cerrado:

Este testamento es, como se le apuntaba más arriba, una mezcla del testamento ológrafo y del testamento otorgado con presencia notarial, pues al mismo tiempo que haya una fase privada de otorgamiento, haya otra en el que el notario da fe de que el testamento existe.

A efectos prácticos vamos a decirle que este tipo de testamentos es rarísimo de ver, de hecho este letrado sólo ha tenido ocasión de intervenir en uno, por lo que si Ud. se presenta en la notaría y dice que va a otorgar un testamento cerrado pueden ocurrirle dos cosas: o que el notario (o quien le reciba) se asuste (en sentido figurado por supuesto) y pretenda reconducirle al testamento abierto, o que por lo novedoso o raro se muestren encantados de hacérselo.

Sea como fuere vamos a indicarle las particularidades en las dos fases.

- En la fase privada, es Ud. mismo quien redacta su testamento; esta fase es parecida en cuanto a sus requisitos al testamento ológrafo, aunque hay más posibilidades, así el escrito puede estar totalmente escrito y firmado por Ud., puede estar escrito a maquina o con ordenador y firmado por Ud., o puede estar escrito por otra persona (con la letra de esa persona se entiende) y firmado por Ud. Y aún se permite que lo firme otra persona a su ruego, si por cualquier causa Ud. testador no puede hacerlo, si bien en este caso debe de hacerse constar ante el notario.

En cualquier caso lo mejor es ser pragmático y dado que como le decíamos más arriba, si el testamento cerrado por haber sido rota la cubierta es invalidado como tal testamento cerrado, pero puede reconvertirse en testamento ológrafo a posteriori, lo mejor y más sencillo es escribirlo del puño y letra de uno y firmarlo, siempre y cuando se pueda estar en disposición de hacerlo.

- La fase ante notario, queda bien reflejada en lo que anteriormente se expuso sobre este testamento. De hecho ya en el propio Código aparece bien explicado. Allí se lo dijimos y no lo vamos a repetir.

El consejo nos obstante es claro. Lea. Lea siempre lo que va a firmar aunque se lo lea después el notario y ante cualquier problema no dude en hacer valer sus derechos.

También le hablamos en la parte «teórica» de este informe sobre la conservación, y le exponíamos las ventajas e inconvenientes de una y otra, en cualquier caso recuerde siempre guardar el sobre con cuidado, de forma que no se abra, siquiera sea accidentalmente, pues ya sabe que se puede considerar revocado el testamento cerrado que contrariamente a su nombre aparezca roto, abierto o con los sellos quebrantados. Quizá por eso la mejor manera de conservarlo sea depositándolo en la notaría, aunque le cobren por tal depósito.

6. ESPECIALIDADES EN LOS DERECHOS FORALES

Tradicionalmente, en los temas, informes, tratados, manuales en que se habla de materia testamentaria o sucesoria, la regulación contenida en las legislaciones forales, se suele tratar como un apéndice a lo que establece el Código civil, muchas veces sin mayor trascendencia e incluso en las facultades en territorio en que rige exclusivamente el derecho común (o sea el Código civil y leyes

complementarias) es una materia, algunos hemos tenido la oportunidad de sufrirlo, que prácticamente ni se ve, ni se examina de ella.

La verdad es que por no hacer este informe farragoso y amplio en exceso vamos a caer en el vicio que criticamos, no sin reconocer que hoy por hoy, tras la aprobación de la Constitución Española que reconoce y ampara las legislaciones forales, y lo que es más importante, permite su actualización y desarrollo por los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas en que rige este tipo de derechos (sea en todo su territorio o en parte de él), estas legislaciones han pasado de ser venerables piezas de museo con instituciones en desuso, (en algunas ocasiones, que no en todas), a convertirse en derecho vivo y dinámico, que dedican a estas materias sucesorias tanto o más espacio que el propio Código civil, por lo que merecerían por sí solas un informe aparte; (el ejemplo más característico es el de las sustituciones, muy rico y variado en el Derecho catalán y parquísimo en el Código civil).

Vaya pues por delante nuestra disculpa a aquellos de nuestros mayores residentes en Comunidades Autónomas con especialidades forales, por no detenernos más en el estudio de estas legislaciones, si bien encontrarán notables tratadistas y juristas que les podrán ilustrar mejor que yo.

En tema de testamentos frente a legislaciones con formas testamentarias muy particulares, encontramos otras muy semejantes a la regulación del Código civil, con testamentos de carácter especial, o a los que se añade instituciones no contempladas por el derecho común.

Con la brevedad posible vamos a verlos:

6. 1. El fuero de Vizcaya:

En principio este fuero se remite a «*las formas de testar reguladas por la legislación civil general*» (artículo 29 Ley del derecho civil foral del País Vasco) permitiendo como especialidad un testamento en inminente peligro de muerte que aquí se denomina «*hil buruko*» y presentar algunas especialidades que están prohibidas por el derecho común, como es el poder testatorio y el testamento mancomunado.

a) El testamento «*Hil buruko*» es un testamento en peligro inminente de muerte, que coincide muy sustancialmente con la regulación que hemos visto más arriba, del Código civil.

Pero si en éste se exigen cinco testigos idóneos, en el fuero de Vizcaya sólo son necesarios tres testigos.

De igual modo que en territorio común, el testamento pierde su eficacia si pasan dos meses sin que el testador fallezca, y aún fallecido, si en el plazo de tres meses no se advera y protocoliza conforme a las leyes procesales.

Se permite sin embargo que el testamento conserve su validez si, aún no habiendo fallecido el testador, queda incapacitado para otorgar otro nuevo en la forma ordinaria.

b) El poder testatorio y el testamento hecho por comisario:

En rigor más que una formalidad del testamento, que en sí no se puede hacer por poder, aunque sea especial, se trata de una particularidad del contenido del testamento.

En efecto este testamento por comisario, consiste en que el testador encomiende a uno o varios comisarios (apoderados) la designación de los sucesores, la distribución de los bienes y todas las facultades que le corresponderían al propio testador para la sucesión (artículo 32 LDCPV).

Ahora bien, la designación de este o estos comisarios sólo puede hacerse en testamento otorgado ante notario, que se convierte en válido aunque sólo contenga esta disposición, apoderamiento o nombramiento de comisario, por lo que por así decirlo, el testamento se convierte en un poder a otra u otras personas para ordenar la herencia.

Excepcionalmente los cónyuges pueden nombrarse recíprocamente comisarios, en capitulaciones matrimoniales.

c) El testamento mancomunado o de hermandad:

Es el testamento que los cónyuges (y sólo los cónyuges) hacen conjuntamente para disponer de sus bienes recíprocamente (es decir a favor el uno del otro) o favor de un tercero (artículo 49 LDCPV).

Este testamento mancomunado sólo puede otorgarse ante notario.

6.2. El Código de Sucesiones Catalán:

Mediante esta ley, se extrajo de la Compilación del derecho foral catalán esta materia sucesoria.

En materia de testamentos, el Código de Sucesiones catalán establece una regulación prácticamente idéntica a la del Código en lo que son los testamentos notariales (así los denomina), sean abiertos o cerrados y testamento ológrafo, aunque exige que el testador exprese el lugar del otorgamiento de este testamento (artículo 120 CSC), particularidades son:

a) La posibilidad de otorgar codicilos o memorias testamentarias:

- El codicilo se emplea para disponer de bienes no incluidos en capitulaciones matrimoniales (que contengan un pacto sucesorio)⁸ para adicionar (por ejemplo con bienes que hubieran venido después de haber hecho testamento sin que se quiera revocar éste) o reformar un testamento e incluso para que una persona sin bienes y derechos presentes haga disposiciones con cargo a sus derechos *ab intestato* (como si se dijera en dicho codicilo que se quiere que los derechos que le pudieran corresponder en la herencia de un hijo sin descendientes, quiere que vayan a la esposa o a otro hijo). También se puede hacer en codicilo la designación de los beneficiarios de seguros de vida o cambiar el nombramiento que se hubiera hecho anteriormente (artículo 122 CSC).

Lo que no se puede hacer en el codicilo es instituir heredero o revocar al que se había nombrado, desheredar ni excluir a ningún heredero.

⁸ Tema de pactos sucesorios que tanto en el derecho común, cuyo ámbito es muy limitado y desconocido por la generalidad de los ciudadanos, como en el derecho foral, en que se contemplan las diversas variantes con mayor amplitud, dejamos para otro informe.

- Las memorias testamentarias, se conciben como una forma de codicilo siempre que estén firmadas en todas sus hojas por el testador y que aludan a un testamento anterior. Pero aun con estas prevenciones, en estas memorias sólo pueden hacerse disposiciones referentes a la vigésima parte del caudal y a objetos personales (artículo 123 CSC). También se puede en las memorias testamentarias disponer sobre el destino de órganos o restos mortales y sobre la forma de entierro (incineración, inhumación...).

- b) La obligatoriedad para la validez del testamento de que éste contenga institución de heredero, se convierte no sólo en un contenido obligatorio del testamento sino también en un requisito forma (artículo 136 CSC).
- c) El testamento ante párroco: (artículos 117 a 119) en aquellas localidades en que no haya notaría o esté vacante se permite otorgar el testamento en forma de abierto ante el párroco del lugar en que se halle el testador. Y dos testigos idóneos que deben de firmar el testamento junto con el párroco y el testador que esté en posibilidad de hacerlo.

La forma de este testamento es, como decimos, la del abierto notarial, cuyos requisitos han de cumplirse por el párroco, quién puede custodiarlo en la parroquia o protocolizarlo ante notario más próximo o cuando ocupe la plaza. Tal protocolización se hace obligatoria, cuando fallecido el testador lo solicite cualquier interesado en la herencia.

6.3. Baleares: (artículo 53 Compilación)

Presentaba especialidades antes de la reforma del Código civil, (de 1991) en el sentido de no exigir la presencia de testigos en los testamentos notariales salvo en los supuestos tasados que el citado artículo enumeraba.

6.4. Navarra:

La compilación Navarra ya de por sí presenta la particularidad de que sus disposiciones no se denominan artículos sino leyes, por lo que si citamos estas no piense que se trata de una ley específica sino de una disposición de la misma compilación.

En esta materia de testamentos nos encontramos las siguientes particularidades forales:

- a) Intervención de testigos en los testamentos notariales. Así la Ley 188 dispone que en el testamento abierto deben de intervenir dos testigos y en los cerrados siete, en lo demás como en el Código civil.
- b) Testamentos en peligro de muerte: que adopta dos modalidades, el testamento ante párroco u otro clérigo ordenado de presbítero y el testamento antes testigos.

Ambos requieren la inminencia de la muerte del testador y que no sea posible la presencia de notario que autorice el testamento.

El testamento ante párroco requiere la presencia de dos testigos y el hecho ante testigos exclusivamente tres de estos.

En cualquier caso han de cumplirse los siguientes requisitos:

- Debe de escribirse, con expresión del día, mes y años de su otorgamiento.
- Debe de firmarse por el testador, los testigos y el párroco (si interviniere).
- El párroco o los testigos deben de custodiar el testamento así otorgado.
- Caduca o pierde su eficacia a los dos meses de que el testador haya salido del peligro de muerte.
- También queda ineficaz, si fallecido el testador no se advera y protocoliza en el plazo de un año y un día.

c) El testamento de hermandad (leyes 199 y siguientes).

Bajo este nombre se designa al testamento mancomunado, que como sabe es el que hacen dos ó mas personas en un sólo instrumento (entendido como documento).

A diferencia del testamento de hermandad vizcaíno, en Navarra se permite a cualesquiera personas, ya lo hagan en institución reciproca (p. ejemplo los dos testadores se designa herederos para el caso de que fallezca el otro) o en provecho de un tercero (p. ejemplo dos padres testan a favor de su hijo).

Es más, la compilación navarra dispone expresamente que «*Los Navarros pueden otorgar testamento de hermandad tanto en Navarra como fuera de ella, así en España, como en el extranjero*» (ley 200). Lo que contrasta con la prohibición del Código civil para los españoles en el extranjero (artículo 732 CC).

Este testamento de hermandad puede otorgarse de cualquier forma salvo en la ológrafa. (Ley 199).

d) El codicilo y las memorias testamentarias:

Regula también la compilación navarra codicilos y memorias testamentarias.

El codicilo (ley 194) es considerado un acto de última voluntad de adición o modificación del testamento anterior.

Se otorga con las mismas formalidades que el testamento y pueden contener cualquier disposición de última voluntad salvo la institución de heredero, sustituciones hereditarias, modificación de una u otra, así como tampoco se puede mediante codicilo desheredar o hacer la institución en la legítima foral.⁹

La memorias testamentarias son asimismo una «rectificación o complemento de un testamento anterior» (Ley 196), que exige como presupuesto formal básico que el testador o testadores se hubiera o hubieran reservado la facultad de otorgarlas (que puede ser tácita, como si dijera «respecto del destino de mis joyas como disponga en memoria testamentaria») y en

⁹ Que carece de contenido patrimonial ya que es (ley 267) «La atribución meramente formal a cada uno de los herederos forzosos de cinco sueldos febles o "carlines" por bienes muebles y una robada de tierra en los montes comunes por inmuebles». Tal atribución puede no ser una desheredación legal, pero sí en el fondo pues al heredero forzoso no se le deja nada en realidad.

segundo lugar debe de determinarse en el testamento cuáles van a ser los lemas, signos o requisitos que hayan de contener para su validez.

Fuera de esto su forma es la escrita a mano o mecánicamente, pero con la firma del testador en todas sus hojas y al pie, además debe de llevar aquellos lemas o signos que hubiera establecido en el testamento.

Al ser «cuasi ológrafas» (en el sentido de escritas sin intervención de fedatario o testigos) deben de adverbarse y protocolizarse en el término de cinco años contados desde el fallecimiento del testador. Si pasa este plazo, aunque se encontraran, ya no valen.

- e) Mandas pías: dice la ley 187 *«En los testamentos abiertos, otorgados ante notario, párroco u otro clérigo ordenado de presbítero, deberá consignarse la advertencia hecha al testador sobre si desea o no ordenar mandas pías o benéficas».*

6.5. Aragón:

Como en el caso de Cataluña, la regulación de la materia testamentaria (y por supuesto la sucesoria) de su compilación ha pasado a una ley específica (Ley de Sucesiones por Causa de muerte).

Las particularidades más relevantes en esta ley sucesoria aragonesa giran en torno al testamento mancomunado: y de hecho gran parte del articulado dirigido a regular las formas de los testamentos están pensando en esta institución típica del derecho aragonés.

El testamento mancomunado que se define como *«el acto naturalmente revocable por el cual dos personas ordenan en un mismo instrumento, para después de su muerte, con o sin liberalidades mutuas y disposiciones correspondientes, el destino de todos sus bienes o de parte de ellos».*

En consecuencia el testamento mancomunado puede ser otorgado por los cónyuges o por otras dos personas sean o no parientes (artículo 102).

Añadiéndose la previsión de que si uno de los testadores es aragonés y el otro no lo tiene prohibido por su ley personal (como sucede con los ciudadanos de territorio común), pueden testar mancomunadamente incluso fuera de Aragón.

Conforme a la citada Ley de Sucesiones aragonesa, el testamento mancomunado puede revestir cualquier forma común, especial o excepcional, por lo que cabe el testamento mancomunado ológrafo, que puede estar escrito por uno sólo de los testadores, siempre que el que no escriba manifieste por escrito en el mismo que *«valga igualmente como testamento suyo»* y firme en todas las hojas y al pie del mismo (artículo 96).

Si este testamento mancomunado fuera cerrado basta con que esté escrito de puño y letra (en esta modalidad) por uno cualquiera de los testadores, siempre que lo firmen ambos y ambos comparezcan ante el notario (artículo 97).

7. CONTENIDO DEL TESTAMENTO: LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS

En todo testamento el testador expresa su última voluntad, como se le ha venido reiterando a lo largo de todo este informe, por lo que pretender reducir el contenido del testamento a un patrón o estándar es en realidad inútil, pues su contenido es todo aquello que el testador quiera ordenar. Y como las voluntades son muy diversas, un testamento contendrá unas disposiciones con exclusión de otras, otros omitirán otra y así...

Ahora bien, si el testamento tiene alguna virtualidad, de acuerdo con su propia definición y finalidad, es disponer de los bienes y derechos para después de la muerte, por lo que su contenido se podrá encuadrar aquí, en la forma en que se hace esta disposición.

La disposición de los bienes y derechos es considerada por algunos autores y tratadistas como el contenido típico del testamento en contraposición, con aquellas disposiciones de carácter familiar que considerarían como atípico (lo que no significa en absoluto inválido o raro sino simplemente eso, no típico, no corriente).

El contenido típico y principal, en cuanto que disposición de bienes y derechos se puede hacer por dos vías:

- a) A título universal: institución de heredero.
- b) A título particular: el legado.

Sobre estas dos formas de disponer se volverá más adelante en otro informe, por lo que no vamos a extendernos mucho.

Si hay no obstante que precisarle algunos conceptos:

La disposición a título universal implica dejar a una persona la totalidad o una fracción del patrimonio del testador-causante. Al dejársele esta totalidad o parte del patrimonio, la persona a quién se le deja sucede en la totalidad de estos bienes y derechos como si continuase la relación que con ellos tenía el difunto.

La forma de esta disposición a título universal es la institución de heredero. Quien es nombrado heredero sucede, colocándose en el lugar del difunto, en la totalidad o parte de su patrimonio, y no sólo en la parte activa sino también haciéndose cargo del pasivo: deudas del difunto, viniendo a decirse que el heredero continúa la personalidad del difunto.

Por el contrario en la disposición a título particular, cuya principal figura es el legado, sucede únicamente en el bien o derecho concreto, de tal forma que lo adquiere y no se ve obligado a responder de las deudas del difunto con su propio patrimonio.

Sobre estas cuestiones, como le decimos, volveremos más adelante, pues no carecen de importancia y de consecuencias, baste por ahora con que se quede con el dato, para hacer su testamento, a diferencia de lo que ocurre en determinados derechos (fieles seguidores del Romano) en

la legislación civil española (salvo en Cataluña). El testamento «*es válido aunque no contenga institución de heredero, o esta no comprenda la totalidad de los bienes y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar*».

*En estos casos se cumplirán las disposiciones testamentarias hechas con arreglo a las leyes y el remanente de los bienes pasará a los herederos legítimos*¹⁰ (artículo 764).

Ello quiere decir que Ud. al hacer testamento puede nombrar heredero o herederos o no nombrarlos, dejar su herencia toda en legados o incluso no disponer de parte de sus bienes por olvido o con consciencia y no por ello su testamento será nulo. Como verá mayor libertad no puede tener.

Si la institución de heredero o herederos y el nombramiento de legatario o legatarios es el contenido típico principal, existe otro contenido típico de carácter instrumental, cuyos principales exponentes son el nombramiento de albacea y el de contador-partidor, personas que cada una de ellas en su ámbito, se encargan de velar por el cumplimiento del testamento y el reparto del patrimonio.

Sobre estas figuras hablaremos en otro informe con el detenimiento que merece su nombramiento.

Por último, como le hemos dicho, el testamento puede contener otra serie de disposiciones no dirigidas a regir el destino y reparto de la herencia, que se consideran atípicas o extrañas a la sucesión y tienen una índole familiar evidente.

Ejemplo de esto es el nombramiento de tutor o tutores para un hijo menor o incapacitado (artículo 234.3 C.c., el reconocimiento de hijos no-matrimoniales (artículos 120 y 124 C.c.) y otras de carácter semejante.

8. EL TESTAMENTO VITAL

El testamento vital no es un testamento en el sentido que lo estamos analizando en este informe, pues si el testamento es un negocio que produce efectos después de la muerte de la persona testadora, el «testamento vital» es un documento o instrucción para producir efecto en vida de la persona, normalmente un paciente. Es por esto que también suele denominarse como «instrucciones previas» (que es la terminología legal) o de «voluntades previas».

Debe también señalarse que es una institución que pese a la indudable importancia que tiene es aún poco conocida y lo que es peor, poco empleada por los pacientes.

Con carácter general se regula esta institución en la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, reguladora de la Autonomía del Paciente, si bien no pocas Comunidades Autónomas han establecido regulaciones específicas.

¹⁰ Es decir los herederos *ab intestato* designados por la Ley directamente. (véase el informe correspondiente de la sucesión intestada).

El artículo 11 de esa Ley lo define como «*el documento realizado por una persona mayor de edad, capaz y libre, por el que manifiesta anticipadamente su voluntad con objeto de que esta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarla personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud, o una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo*».

El documento puede además contener la designación de un representante, para que llegado el caso sirva de enlace, interlocutor, o instrumento de manifestación de esa voluntad frente a médico u hospital y encargarse del cumplimiento de la voluntad expresada en el testamento vital o voluntades previas.

La forma de este testamento, como indica el artículo 11 que le hemos citado ha de ser la escrita.

Además de los requisitos de fondo (ser mayor de edad, tener capacidad legal y por supuesto libre y espontáneo, libre de coacción o violencia, que produce su nulidad) los formales son los siguientes.

- a) En forma privada debe de redactarse por escrito (existiendo formularios de estos testamentos vitales o instrucciones bastante completas) debiéndose firmar por el «testador» y tres testigos de los cuales dos no tienen que tener relación de parentesco ni patrimoniales con el otorgante (valdría en este sentido como supletorias las incapacidades establecidas para los testamentos).
- b) Ante notario, y en la forma prescrita por la legislación notarial, siendo el propio notario el que dará fe de su capacidad, libre voluntad y mayoría de edad, y encargándose de llenar las lagunas u olvidos de forma.

No vamos a entrar aquí en el contenido de fondo de estos «testamentos vitales» pero sí en las causas de su ineficacia que según el artículo 11.3 son: cuando sean contrarias a la ley, cuando atenten a una buena practica sanitaria y cuando la situación real (la enfermedad) no se corresponda con las instrucciones.

LA SUCESIÓN INTESTADA

1. INTRODUCCIÓN: CASOS EN LOS QUE PROCEDE:

Las personas físicas, es decir ud. y yo, a lo largo de nuestra vida vamos acumulando una serie de bienes (léase un piso, una cuenta en el banco con unos ahorrillos, quizá una casa en el pueblo que heredamos de nuestros padres o abuelos etcétera...), y en el peor de los casos una serie de obligaciones (deudas, hipotecas...). Todo ello constituye un patrimonio del que a lo largo de la vida disponemos (así por ejemplo vendemos nuestra casa, compramos otra etcétera).

Pero por ser personas con una duración limitada de vida, por más que podamos durar, y por más que la esperanza de vida aumente en España, un día u otro morimos y ¿qué sucede con esos bienes (o deudas) que hemos acumulado a lo largo de la vida? ¿Se extinguen y se pierden al fallecimiento? Ud. sabe por experiencia que esto no es así.

En efecto en un ordenamiento jurídico como el nuestro en el que prevalece el derecho de la personalidad, en el que de acuerdo con el artículo 33.1 de la Constitución Española, *se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia*.

Tales circunstancias suponen dos cosas: de un lado que su bienes y derechos (salvo los personalísimos), no se extingan en el momento de su muerte, y segundo y consecuente, que se puedan transmitir.

Este tipo de transmisión por causa de muerte tiene su cauce más adecuado en el testamento (u otros negocios sucesorios) en el que la propia persona ya no sólo decide la transmisión de sus bienes y derechos para después de su muerte, sino que además decide a qué personas van a ser transmitidas. Estas circunstancias, ha tenido ocasión de verlo más extensamente en los temas dedicados a la sucesión y al testamento.

Pero pese a que la legislación da esta posibilidad a las personas de disponer voluntariamente, expresamente, del destino de sus bienes y derechos después de su muerte, no es nada infrecuente, en realidad es más frecuente de lo que pudiera ser deseable, que la persona fallezca sin haber hecho testamento (u otro acto dispositivo análogo permitido por algunas legislaciones forales) ¿Entonces, qué sucede? Pues evidentemente y como también sabrá por propia experiencia, bien sea porque le ha ocurrido, bien sea porque ha sabido de casos así, en estos casos la propia ley llama a los parientes más próximos del difunto a sucederle.

Cuando ocurre esto decimos que se ha abierto la sucesión intestada, *ab intestato* o legítima, pues de todas estas maneras se puede denominar.¹¹

La naturaleza y fundamento de estos llamamientos que hace el Código civil o las respectivas leyes forales es discutida.

De una parte se sitúan los que entienden que la sucesión intestada tiene un fundamento de derecho natural-biológico. Se viene a decir que de la misma manera que los padres tienen hijos y que estos heredan sus características físicas, también los hijos deben de suceder naturalmente en los

¹¹ También legal en algunos territorios de derecho foral.

bienes y derechos de sus progenitores. Obviamente esta teoría no explica muchas cosas, como los supuestos de herencia de los colaterales.

Para solucionar los «peros» de la anterior teoría se creó, (hoy tampoco cuenta con muchos partidarios), la de la llamada **copropiedad familiar**. Esta teoría viene a decir que existiendo entre los miembros de una familia una especie de consorcio en cuanto a los bienes y derechos de que son titulares, el derecho de disponer *mortis causa* de dichos bienes queda limitado por la existencia de esta familia en la que deben de recaer los bienes del difunto, en ella y sólo a ella. Se basa pues esta doctrina en una especie de comunidad presunta de herederos entre los familiares, a los cuales ha de beneficiar la herencia. Esta doctrina hace de la sucesión intestada una sucesión de carácter primario y primordial y por el contrario la testamentaria sería secundaria e imitativa de la anterior. Claro que Ud. ya habrá deducido que si en tiempos anteriores –con familias más patriarcales–, pudiera tener alguna validez, en la actualidad carece de sentido.

De otro lado se colocan los que consideran los llamamientos hechos por la ley como una especie de presunción que hace de esta voluntad del causante (el difunto en la terminología jurídica) a manera de un estándar de testamento en defecto de éste. Así, de la misma manera que en las obligaciones la ley establece una regulación en defecto de convenio de las partes (o parte), sucedería aquí lo mismo: la ley se limita a colmar las lagunas y a determinar quién hereda. Esta teoría ha sido invocada en no pocas ocasiones para establecer determinados derechos sucesorios no contemplados expresamente en la Ley¹².

En cualquier caso debe de tenerse en cuenta que dichas teorías sólo valen en cuanto que una legislación admita la propiedad privada y el derecho a la herencia esté favorecido o al menos permitido, pues de otro modo sería ininteligibles.

1.2. Casos en que tiene lugar:

Dejando de lado teorías más o menos acertadas sobre la sucesión intestada, habría que determinar cuándo se aplica la misma.

La solución sería simplista si dijéramos que cuando falta el testamento. Sería cierto por supuesto, y es hoy por hoy lo más frecuente, pero hay más casos. Así nuestro Código civil (artículo 912) la enumera de la siguiente manera.

- 1.º *Cuando uno muere sin testamento, o con testamento nulo o que haya perdido después su validez.*
- 2.º *Cuando el testamento no contiene institución de heredero en todo o en parte de los bienes o no dispone de todos los que corresponden al testador. En este caso la sucesión legítima tendrá lugar solamente respecto de los bienes de que no hubiese dispuesto.*

(Se trata como observará de una sucesión intestada parcial, pues se hacen los llamamientos no respecto de toda la herencia sino sólo respecto de aquellos bienes que no tuvieran destino por habérselo encomendado el testador o causante).

¹² Por ejemplo la de la pareja de hecho.

3.º *Cuando falta la condición puesta a la institución de heredero, o este muere antes que el testador, o repudia la herencia sin tener sustituto y sin que haya lugar al derecho de acrecer.*

(Aquí estamos en un supuesto de apertura por circunstancias sobrevenidas de falta de sucesor –heredero– porque no quiera o no pueda heredar. Lógicamente la apertura será también parcial si hubiera otros sucesores –legatarios–).

4.º *Cuando el heredero Instituido es incapaz de suceder.*

(Estas causas de incapacidad las ha visto con anterioridad – tema de testamentos).

Estas causas son meramente enunciativas y no agotan los supuestos en que pueda dar lugar la sucesión intestada. Algunos autores (Valverde) enuncian hasta diez supuestos contados los que regula el Código, y aun así muestra sus dudas de que sean únicos.

En las legislaciones forales hay además otros supuestos:

- En Cataluña (Código de Sucesiones) habría que añadir el supuesto de que el causante no hubiera otorgado heredamiento (que es un contrato sucesorio hecho por el causante con el heredero o con otra persona).
- En el fuero de Vizcaya se abriría esta sucesión cuando faltare un pacto sucesorio (en capitulaciones matrimoniales, donación o simple pacto), o en su caso el poder testamentario, que faculta al apoderado para distribuir la herencia, por lo que no se abriría por falta de heredero.
- En Aragón: en defecto de pacto sucesorio.
- En Navarra: cuya legislación denomina a la sucesión intestada sucesión legal, cuando no se haya dispuesto de la herencia por testamento pacto sucesorio o de cualquier otro modo en que se defiera la sucesión de acuerdo a la compilación (que son varios: capitulaciones, donaciones *mortis causa*...)

2. CLASES DE SUCESORES: ÓRDENES Y GRADOS.

2. 1. Ordenes Sucesorios:

Generalmente se dice que cuando una persona fallece *ab intestato* la ley llama a sus más próximos parientes para ser herederos. Esto sin ser del todo falso, no es exacto.

En realidad, a quién llama la ley es a grupos de sucesores (herederos); grupos a los que se les da el nombre de **órdenes** o **clases**. Estos grupos de personas u ordenes tienen la virtualidad de que mientras haya miembros o componentes de un orden no se puede pasar al siguiente orden sucesorio, y que en todo caso (con las limitaciones que luego veremos) un orden excluye a los demás.

El artículo 913 del Código establece que a falta de herederos testamentarios, la ley defiere la herencia a los parientes del difunto, al viudo o viuda y al Estado, parecería a primera vista la existencia de tres ordenes sucesorios: parientes, cónyuge viudo y Estado. Pero ni está todo el mundo en considerar al viudo o viuda un orden (que en todo caso sería unipersonal), ni hay acuerdo entre los autores en considerar al Estado un verdadero heredero.

En realidad es sólo dentro del grupo de los parientes donde hay órdenes sucesorios. Estos están en correspondencia con las líneas de parentesco (descendientes, ascendientes y colaterales); pero como ahora veremos no siempre sucede así, porque hay unos colaterales que son los hermanos e hijos de hermanos, que por su especial situación, o si quiere parentesco, se colocan por encima de los demás colaterales (a los que en realidad pertenecerían), y constituyen por sí mismos un orden sucesorio que hasta que no se agota, no se puede llamar al siguiente, que son los colaterales ordinarios.

2.2. Los grados de parentesco:

La preferencia entre uno u otros parientes se determina por la llamada proximidad de **grado**, de modo que los parientes más próximos en grado dentro de un mismo orden sucesorio excluyen a los que tiene un parentesco más lejano (artículo 921.1 Código civil).

El Código civil (con una sistemática un poco defectuosa al menos en lo que a éste tema se refiere), sitúa en sede de sucesión intestada o legítima –como la llama– la teoría general acerca de los grados de parentesco (artículos 915 a 919).

Resumiendo esta doctrina general, el parentesco se computa por generaciones, de tal manera que cada generación forma un grado de parentesco. La generación es la puramente biológica (a la que se asimila en la actualidad la adoptiva) así como entre la madre y el hijo hay una sola generación se computa un grado de parentesco.

Dado que entre los parientes, pues, hay una serie de grados, o si se quiere de generaciones, se distinguen en este parentesco las líneas que se forman denominadas directa –o recta– y colateral. La línea recta esta formada por los parientes que descienden unos de otros como ocurre entre los abuelos, los padres y los hijos.

La colateral, en cambio, es la línea formada por aquellos parientes (o serie de grados según la terminología legal) que sin descender unas de otras sí tienen un ascendiente que se llama tronco común (artículo 916). Por eso la línea colateral es la formada por los hermanos, pues tienen a sus padres como común, los primos, pues tienen a los abuelos como tronco común, y así sucesivamente.

La línea recta puede ser ascendente o descendente. El Código señala que la primera es la que liga a una persona con aquellos que descienden de él (hijos, nietos...). Descendente es la que asocia a la persona con aquellos de quienes desciende (padres, abuelos, bisabuelos...). Como observará la distinción es meramente posicional, pues la línea es única y lo que varía es la persona desde la que se hace el cómputo. Así, si se cuenta desde el abuelo sus hijos y nietos serán línea descendente, pero si partimos desde el nieto del mismo abuelo, sus padres y el abuelo serán línea ascendente.

Determinadas las líneas de parentesco se debe de saber cómo se cuentan. Sabiendo que cada generación forma un grado de parentesco, en las líneas rectas se cuenta directamente el número de generaciones desde la persona desde la que se cuenta el grado de parentesco hasta aquella con la que se hace el cómputo.

Para simplificar las cosas el Código nos dice que se pueden contar generaciones o personas, pero en este caso descontando siempre una: la del progenitor.

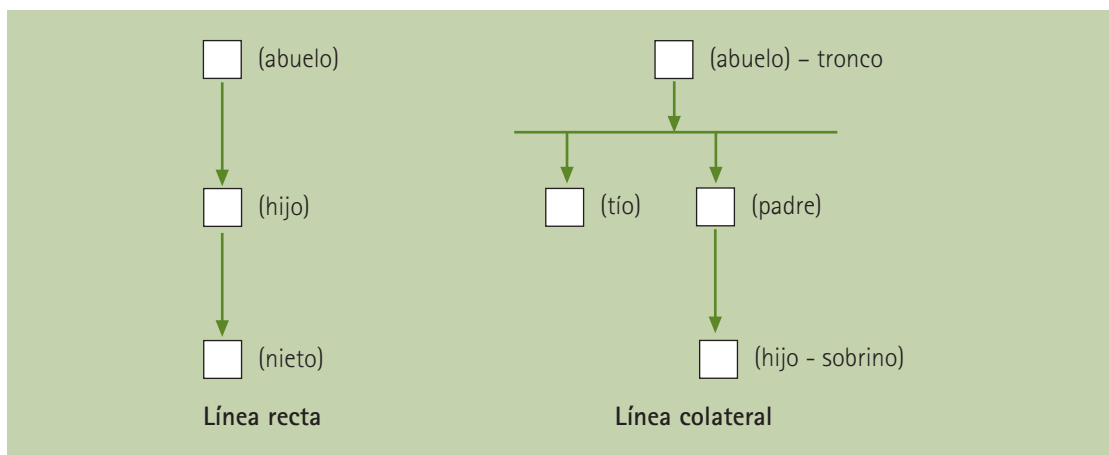
En la línea colateral se sube por la línea recta, contando generaciones o personas, hasta el ascendiente (tronco común), y después desde éste se baja por la línea descendente hasta llegar al pariente con el que se quiere hacer el cómputo. «Por esto el hermano dista dos grados del hermano, tres del tío, hermano de su padre o de su madre, cuatro del primo hermano y así en adelante» (artículo 918).

Como esto le puede parecer un poco complicado vamos a ponerle varios ejemplos ayudados de algunos esquemas.

1.º Grado de parentesco del nieto respecto de su abuelo: se cuenta las generaciones; del abuelo al padre: una generación. Del padre al nieto (su hijo), una generación. En total dos generaciones y por tanto el nieto está de sus abuelos en el segundo grado de parentesco.

2.º Grado de parentesco del tío respecto de su sobrino: se cuentan las generaciones hasta el tronco común. Del tío a su padre (que es el abuelo del sobrino): una generación. Del abuelo al hijo (que es el hermano del tío), otra generación; del hijo al sobrino (su propio hijo) otra generación.

En total tres generaciones, por lo que el sobrino y el tío están en el tercer grado de parentesco.



(cada línea vertical representa una generación o grado)

Este cómputo legal, nada tiene que ver con el cómputo vulgar que se emplea para denominar a los parientes, y que se basa en otro tipo de cómputo, el germánico, porque como tendrá ocasión de comprobar, se denominan primos hermanos a parientes que están en el cuarto grado y primos segundos a los que están en el sexto grado de parentesco.

Dentro del parentesco colateral éste puede ser de vínculo sencillo y de doble vínculo. Es de vínculo sencillo cuando él mismo procede, o sólo del padre o sólo de la madre. De vínculo doble cuando procede del padre y de la madre. Así los hermanos hijos de su padre y de su madre son de doble vínculo. Por contra, los hermanos uterinos o consanguíneos son de vínculo sencillo.

Importantísimo es que recuerde que en toda sucesión intestada el grado de parentesco se cuenta siempre en relación con el difunto.

Tenga ud. en cuenta siempre que en las herencias intestadas el pariente de grado más próximo excluye a los de grado más remoto, salvo los supuestos de representación (artículo 921. 1). Así por ejemplo dentro de los ascendientes, el padre como más próximo a su hijo, excluye al abuelo, el abuelo al bisabuelo y así sucesivamente.

2.3. Modos de distribución de la herencia:

Las reglas de la sucesión intestada, no sólo se ocupan de determinar quienes son los llamados a la herencia del difunto que ha muerto sin disponer para después de su muerte sus bienes, sino que se tiene que ocupar también de fijar cómo se distribuye la herencia entre los que son llamados.

Se siguen varios sistemas, teniendo en cuenta que ninguno de ellos se emplea de manera pura sino que con más frecuencia suelen combinarse. Estos son:

1. Distribución por cabezas o por tantas partes como personas sean llamadas. Las partes son iguales salvo en determinados supuestos como el de la herencia de los hermanos de doble vínculo respecto de los medio hermanos, pues los primeros tiene porción doble que los segundos (artículo 921.2 Código civil).
2. Por líneas: consiste en dividir la herencia en dos partes. Uno para los parientes paternos y otro para los maternos, sin consideración al número de personas que haya en cada línea.
3. Por stirpes: éste es un modo especial de dividir la herencia que tiene lugar en el caso de que los herederos concurren «representando» a otro heredero. En nuestro derecho se llama derecho de representación y exige un examen aparte.
4. Por troncos o troncal: es una forma de distribuir la herencia según el origen de los bienes del difunto. Consiste en determinar si aquellos bienes y derechos pertenecieron a la familia del padre o de la madre para atribuírselos con exclusión de otros sucesores a los más próximos parientes de la línea (o tronco de donde procedían). Este tipo de sucesión troncal propia de algunos derechos forales como luego tendremos ocasión de ver, no se aplica sobre el total de la herencia, sino únicamente sobre los bienes que tuvieron el mencionado origen, dado que la herencia del difunto puede estar compuesta por bienes y derechos que propio causante hubiera adquirido con su trabajo o esfuerzo. Por eso se suele combinar con las otras formas de suceder.

2.4. El derecho de representación:

Conforme al Código civil se llama derecho de representación «*el que tienen los parientes de una persona para sucederle en todos los derechos que tendría si viviera o hubiera podido heredar*» (artículo 924).

Lo que sucede cuando se dice que existe derecho de representación es que la herencia se divide de una manera muy especial, así en vez de excluir los parientes de grado más próximo a los de

grado más remoto, concurren en cambio parientes más próximos y más lejanos, que toman en la herencia la porción que hubiera tomado el pariente intermedio que no pudo o no quiso heredar.

Al pariente intermedio que no puede o no quiere heredar, y que normalmente es un ascendiente (padre) de los que heredan por derecho de representación, se le denomina representado, y a los primeros, representantes.

Ahora bien, la terminología que emplea el Código y las legislaciones forales, salvo en Aragón, es inexacta, pues parece presuponer que los representantes suceden al representado y éste al causante, cuando en realidad los representantes suceden directamente al causante.

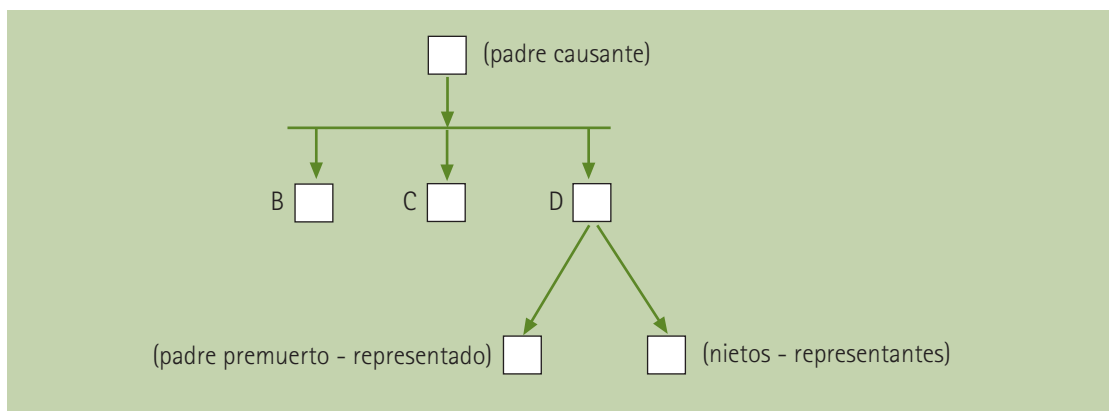
Por eso el mismo Código dice que no se pierde el derecho a «representar» a una persona por el hecho de haber repudiado su herencia (artículo 928). Por esto alguna sentencia de nuestro Tribunal Supremo prefiere hablar de sustitución en virtud de una disposición legal.

El derecho de representación se da siempre en la línea recta descendente (así los nietos por el hijo premuerto, los biznietos por el nieto y padre y así sucesivamente), y en la línea colateral sólo a favor de los hijos de hermanos. Nunca tiene lugar en la línea ascendente (artículo 925).

Cuando se hereda por derecho de representación, como hemos dicho, se distribuye la herencia de un modo especial, que se denomina por estirpes «de modo que el representante o representantes no hereden más de lo que heredaría el representado si viviera» (artículo 926).

Bajo esta fórmula lo que se está diciendo es lo siguiente: si un difunto tiene varios hijos, cada uno de ellos tiene una porción en la herencia igual a la de sus hermanos. Pero si por cualquier causa uno de los hijos hubiera fallecido o no pudiera heredar (incapacidad para suceder), la porción de este hijo pasa en su totalidad a los posibles hijos que pudiera tener.

Por ejemplo:



En este esquema A es el causante; B, C y D los hijos que ha tenido, de los cuales D murió antes que A, de modo que los nietos (hijos de D) le sustituyen o representan en la herencia, heredando lo que a éste le correspondía.

El derecho de representación procede no sólo cuando el representado o pariente intermedio ha fallecido, sino también cuando él mismo es incapaz de suceder (véase el informe correspondien-

te) o ha sido desheredado (artículo 929 «no puede representarse a una persona viva sino en los casos de desheredación o incapacidad» a sensu contrario), en cuyo caso los hijos del indigno, incapaz o desheredado se colocan en su posición sucediendo en todos los derechos que le hubieran correspondido.

De ahí se deduce que el derecho de representación no es algo atinente solo a la sucesión intestada, sino que puede llegar a aplicarse en la testada respecto de las legítimas de los hijos y descendientes.

3. ORDEN DE LOS LLAMAMIENTOS EN EL CÓDIGO CIVIL Y EN LOS DISTINTOS DERECHOS FORALES

3.1. En el Código civil:

a) La línea recta descendente: En el sistema del Código civil, y vamos a adelantarle que en casi todos los derechos forales, los primeros sucesores a los que llama la Ley son los descendientes. Toda la línea descendiente de acuerdo con la proximidad de grado, es decir primero los hijos, después los nietos, biznietos y así sucesivamente...

– Las reglas que establece el Código son las siguientes (artículos 930 a 934):

Los hijos y sus descendientes suceden a sus padres y demás ascendientes sin distinción de edad, sexo, o filiación. Esto significa principalmente, (pues ya a nadie se le puede ocurrir que las mujeres sean de peor derecho que los varones) ,que los hijos matrimoniales y los no matrimoniales tiene los mismos derechos en la herencia de sus padres, abuelos, bisabuelos, etc.

Cuando en la herencia sólo concurren los hijos, heredan dividiendo la herencia en tantas partes iguales como hijos sean.

Si solo heredan nietos la división de la herencia se hace por estirpes o por derecho de representación. Es decir la herencia del abuelo se divide en tantas porciones como hijos hubiera tenido y la porción de cada hijo se divide entre los nietos, hijos del padre (hijo del abuelo causante) que hubiera fallecido antes. La porción de cada hijo previamente fallecido se divide en partes iguales entre sus hijos-herederos.

Si concurren hijos y nietos a la herencia de una ascendiente los primeros toman su porción como tales hijos, heredan por derecho propio, según dice el Código, pero los nietos heredan por derecho de representación, de modo que toman la porción que le hubiera correspondido a su padre en la herencia de su abuelo y si fueran varios los nietos hijos del mismo padre dividen su porción en partes iguales.

b) La línea recta ascendente. Se abre esta sucesión cuando la persona no tiene descendientes de ningún grado, pues habiendo un sólo miembro de la línea recta descendente no se pasa a la sucesión de los ascendientes.

- Las reglas que establece el Código civil son las siguientes (arts. 935 a 942):

Si existe padre y madre ambos heredan por partes iguales.

Si sólo queda uno de los dos progenitores, padre o madre este sucede en toda la herencia del hijo difunto, por el principio de que es el ascendiente más próximo en grado.

En defecto de padre o de madre heredan a difunto los ascendientes de grado más próximo.

Pero si hubiera varios de estos ascendientes de grado más próximo, por ejemplo varios abuelos, sucede lo siguiente:

- Si pertenecen a la misma línea (p. ejemplo son el abuelo y la abuela maternos), heredan por cabezas dividiendo la herencia por partes iguales.
- Si son de distinta línea (p. ejemplo hay dos abuelos maternos y un abuelo paterno), heredan por líneas de manera que la mitad de la herencia irá a la línea materna y la otra a la línea paterna. En cada línea la herencia se hará por cabezas.

Además en la herencia de los ascendientes se da, con carácter limitado, el principio de troncalidad, pues los ascendientes suceden con preferencia al resto de los ascendientes respecto de los bienes que le hubieran dejado a sus hijos o descendientes (artículo 812). Así por ejemplo si ud. dona a su nieto un piso en la costa y resulta que luego su nieto muere sin descendencia, tiene derecho preferente al piso, en relación con el resto de sus herederos (incluidos los testamentarios)¹³.

c) El cónyuge viudo: (artículos 943 a 945 del Código civil)

A falta de descendientes y ascendientes del difunto le hereda en todos sus bienes y derechos el cónyuge viudo, que no estuviera separado por sentencia o de hecho por mutuo acuerdo, que conste fehacientemente (por ejemplo en documento notarial).

Este derecho sucesorio lo es sobre todos los bienes y derechos y a título de propiedad, no de usufructo, como sucede respecto de la legítima.

Hay que tener en cuenta de todos modos que el cónyuge viudo concurre respecto de los anteriores sucesores, descendientes y ascendientes sobre la herencia de difunto en cuanto a su legítima sobre la herencia, que como sabe, es a título de usufructo en distintas cuotas según el pariente con el que concurra (hijos, padres, etcétera.)

d) Los colaterales privilegiados.

A falta de descendientes, ascendientes o cónyuge viudo, la ley llama al siguiente orden sucesorio que son los colaterales privilegiados. Se denominan colaterales privilegiados a los hermanos del difunto y a los sobrinos hijos de hermanos.

¹³ Respecto de la sucesión de los descendientes y ascendientes hay una serie de peculiaridades tanto respecto de los descendientes adoptivos como de los ascendientes adoptantes, que dependen de la ley vigente en cada momento, de que la adopción fuera plena o menos plena... Como quiera además que en 1981 se alteró el orden sucesorio al colocar a los viudos por delante de los colaterales privilegiados, la determinación de cuál es el puesto de estos sucesores es un poquito compleja. Si se encuentra en este caso consulte con un abogado u otro jurista.

Antes de 1981 estos colaterales heredaban antes que el cónyuge viudo, de ahí su nombre de privilegiados pues se les distinguía del resto por su preferencia antes que el viudo o viuda.

Tras la reforma a este grupo de parientes se les distingue por dos rasgos:

- Uno que es admitir el derecho de representación a favor de los hijos de los hermanos. Lo que no ocurre con el resto de los colaterales.
- La quiebra del principio fundamental de las herencias intestadas de que el grado más próximo excluye al más remoto, pues los hijos de hermanos como colaterales privilegiados excluyen a los tíos (hermanos de padre o de madre) pese a que unos y otros están en el tercer grado colateral.

Las reglas que para la sucesión de estos colaterales establece el Código civil son las siguientes (artículos 946 a 951 del Código civil):

- Los hermanos e hijos de hermanos heredan al difunto antes que el resto de los colaterales (pese a lo que hemos dicho que pueden estar en el mismo grado de parentesco).
- Los hermanos de doble vínculo heredan todos por partes iguales.
- Si concurren hermanos de doble vínculo y medio hermanos del padre o de madre los primeros toman doble porción en la herencia que los segundos.
- De concurrir sólo medio hermanos, de padre o de madre, heredan todos por cabezas a partes iguales sin distinción de bienes (es decir no opera el principio de troncalidad)
- Si concurren hermanos de doble vínculo con sobrinos hijos de hermanos de doble vínculo, los primeros heredan por cabezas y los segundos por estirpes.
- Si sólo existen sobrinos heredan por partes iguales (artículo 927).
- Los hijos de los medio hermanos suceden por cabezas o por estirpes, según las reglas establecidas para los hermanos de doble vínculo.

e) Los restantes colaterales.

Si no existen colaterales privilegiados, le toca el turno al siguiente orden sucesorio que es el de los restantes colaterales.

El derecho de estos colaterales a la herencia no se extiende más allá del cuarto grado de parentesco (artículo 954).

La sucesión de estos colaterales se verifica conforme a los principios de proximidad de parentesco. Heredan los de grado más próximo, sin preferencia de líneas y dividiendo la herencia por cabezas los que estén en el mismo grado, sin que haya derecho de representación.

f) La sucesión del Estado.

A falta de parientes –hasta el cuarto grado colateral–, o de cónyuge viudo, corresponde heredar al Estado.

La sucesión del Estado (o de las Comunidades Autónomas en aquellos derechos forales que así lo recogen), puede ser mal entendido como una forma de apropiación de bienes por este a falta de herederos. Pero en realidad esto no es así.

Como ya hemos tenido ocasión de hablar en cuanto a los principios de la sucesión en general (vea Ud. el correspondiente informe), el punto central de esta es la determinación de una persona o personas que continúen las relaciones jurídicas del difunto, adquieran sus bienes, continúen sus derechos y cumplan sus obligaciones. Si resulta que el difunto ni ha dispuesto de sus bienes y derechos, ni tiene parientes, ni deja viudo o viuda, ¿qué sucede con sus bienes derechos y obligaciones? ¿quién los adquiere o cumple? ¿cualquiera, el primero que llegue? evidentemente no.

El fundamento de la sucesión del Estado (o CC.AA.) está en la base de considerar al ciudadano inserto en una comunidad política, que pone las bases para el desarrollo de la actividad de las personas de modo que si ésta falta y no tiene herederos debe también beneficiarse de los bienes y derechos de ésta. Pero del mismo modo, la idea de comunidad implica que si no haya, nadie para continuar las relaciones jurídicas de una persona, deba ser la propia comunidad la que se encargue de recoger los bienes y de cumplir las obligaciones pendientes a la muerte del causante de la sucesión.

El Código civil recoge y regula este llamamiento al Estado en los artículos 956 y siguientes.

El derecho del Estado a la sucesión es como la de cualquier otro heredero intestado. Es heredero porque así le llama la Ley y ocupa en la sucesión del difunto la misma posición que cualquier otro heredero. Continúa su posición jurídica, adquiere sus bienes y derechos y debe cumplir sus obligaciones. Así lo dice el artículo 957.

«Los derechos y obligaciones del Estado... serán los mismos que los de los demás herederos...»

Lo que ocurre es que el Estado goza, si así se puede llamar, de un privilegio, y es que cuando sucede *ab intestato* se entiende aceptada la herencia a beneficio de inventario, es decir con la reserva de no responder de las deudas del difunto sino hasta dónde alcance el caudal hereditario.

De ello se desprenden dos cosas: que el Estado nunca puede renunciar a la herencia a la que es llamado en definitivo lugar por falta de parientes o viudo, sino que por el hecho del llamamiento la adquiere automáticamente (previa declaración de herederos como veremos en el apartado siguiente); y en segundo lugar que sólo debe responder de las deudas del difunto con los bienes de la propia herencia y no con los propios del Estado.

Que no pueda renunciar (como pueden hacer el resto de los herederos testamentarios o *ab intestato*) es lógico pues el fundamento de este llamamiento es que bienes, derechos y obligaciones no queden sin titular, vacantes, abandonados... lo segundo se hace en justa correspondencia, si se obliga al Estado a aceptar la herencia sólo faltaría que encima tenga que responder de las deudas del difunto con los bienes de todos.

El Estado que hereda debe de asignar los bienes por terceras partes a: Instituciones municipales, entendiéndose que se trata del municipio del propio difunto, de carácter benéfico, de instrucción, acción social, profesional, de carácter público o privado; otra tercera parte a instituciones provinciales, o comunitarias, prefiriéndose en ambos casos aquellas a las que hubiera pertenecido el difunto. La última parte se ingresará en el tesoro público. Todo ello sin perjuicio de que por la naturaleza de los bienes se acuerde darles otro destino más adecuado (imagínese que en la herencia hay cuadros valiosos, o antigüedades...).

3. 2. En los distintos derechos forales:

- a) Cataluña: El código de sucesiones catalán establece en líneas generales un orden muy similar al del código con las siguientes particularidades:
- En el orden de los llamamientos el viudo o viuda precede a los ascendientes de cualquier grado.
 - En defecto de parientes colaterales hasta el cuarto grado sucederá en toda la herencia la «Generalitat de Catalunya».
- b) País Vasco (fuero de Vizcaya) se sigue el siguiente orden:
- En primer lugar los hijos y demás descendientes sobre todos los bienes del difunto que muera sin testamento o pacto sucesorio.
 - En defecto de hijos o descendientes rige el principio troncal del siguiente modo:
 1. Sobre los bienes troncales (los que le hubieran provenido al difunto de su padre o de su madre u otro ascendiente) pasarán al ascendiente de grado más próximo de la línea de la que procedían los bienes, si en esa línea no hubiera ascendientes a los parientes colaterales de la misma.
 2. Sobre los bienes no troncales (p. ej. los adquiridos por el difunto por su trabajo o industria) sucederán ambos padres o el que de ellos sobreviva. De no haber padres, los bienes no troncales se dividirán entre las dos líneas de ascendientes (paternos y maternos) a partes iguales «sea cual fuere la proximidad de parentesco en una y otra línea.» De no haber ascendientes más que en una sola línea heredaran todos los bienes (no troncales) estos ascendientes.
 - A falta de ascendientes sucederá el cónyuge viudo en los bienes no troncales.
 - A falta de ascendientes y cónyuge los bienes no troncales se repartirán por mitad entre las dos líneas colaterales hasta el cuarto grado de parentesco, sea cual fuere la proximidad de parentesco. De no existir colaterales más que en una sola de las líneas los bienes pasan íntegramente a estos colaterales.
 - A falta de colaterales será llamada como heredera la Diputación foral del territorio histórico correspondiente a la vecindad del causante.
- c) Navarra: La compilación del derecho foral de Navarra establece las siguientes particularidades influidas como en el caso de Vizcaya por el principio de troncalidad de los bienes.
- En los bienes no troncales el orden es el siguiente:
 - Los hijos matrimoniales, los adoptados y los no matrimoniales cuya filiación esté determinada legalmente (heredan todos a partes iguales) con derecho de representación a favor de sus respectivos descendientes.
 - Los hermanos de doble vínculo, con derecho de representación a favor de sus descendientes.
 - Los hermanos de vínculo sencillo con el mismo derecho de representación a favor de sus descendientes.

- Los ascendientes de grado más próximo.
 - El cónyuge no excluido del usufructo de fidelidad.
 - Los colaterales (que no sean los hermanos e hijos de hermanos) hasta el sexto grado de parentesco y sin distinción de doble vínculo o no.
 - En defecto de todos los parientes, sucederá la Comunidad Foral Navarra.
- En los Bienes troncales se sucede por los parientes en el siguiente orden.
 - Los hijos y descendientes si bien para ser más exactos la sucesión en los bienes troncales sólo se abre cuando faltan los hijos y descendientes (ley 305).
 - Los hermanos de la línea de la que procedían los bienes sin preferencia por razón del doble vínculo (pues basta con que sean de la línea de origen de los bienes) y con derecho de representación a favor de sus hijos y descendientes.
 - El ascendiente de grado más próximo de la línea de la que procedían los bienes.
 - Los restantes parientes colaterales hasta el cuarto grado de la línea de la que procedían los bienes, sin derecho de representación y excluyendo del más próximo al más remoto.
 - En defecto de estos parientes la sucesión se defiere conforme a los establecido para los bienes no troncales.
- d) Aragón: de acuerdo con la Ley de sucesiones por causa de muerte el orden en la sucesión intestada (que denomina sucesión legal) se verifica de la siguiente manera:
- La línea recta descendente con derecho de representación (que aquí se llama sustitución legal) a favor de sus respectivos descendientes.
 - No habiendo descendientes hay que distinguir los bienes troncales y los no troncales:
 - En los bienes troncales y recobrables suceden las personas que tengan el derecho de recobro de los bienes o los parientes troncales según el caso.
 - En los bienes no troncales y no recobrables el orden de los llamamientos es semejante al del Código civil, llamando en defecto de colaterales hasta el 4.º grado a la Comunidad Autónoma de Aragón y en su caso al Hospital de Nuestra Señora de Gracia (hoy Provincial de Zaragoza) respecto de los fallecidos en dicha clínica.
- e) Mallorca: (como en el Código civil) con la particularidad de la diferente cuantía de la legítima del viudo o viuda.

4. DECLARACIÓN DE HEREDEROS *AB INTESTATO*: PASOS.

El simple hecho de ser llamado a la herencia no implica, por sí, que el heredero pueda tomar por su propia autoridad posesión de la herencia por más que la ley le haya llamado para ello.

Para que adquiera la condición de heredero, para que pueda tomar posesión real de los bienes hereditarios que haya dejado el causante, ha de preceder una previa declaración de su condición de heredero: es lo que se llama declaración de herederos (o heredero si es uno sólo) *ab intestato*.

Tal declaración no es ni más ni menos que una homologación, una comprobación de que en el pretense heredero y en la herencia concurren todas las circunstancias legales para la apertura de la herencia intestada, para la verificación de que concurre en él el llamamiento que efectúa la ley, determinar si no hay parientes o herederos de mejor derecho y en definitiva cuántos son o pueden ser los llamados como herederos.

Esta declaración correspondía siempre al Juez de Primera Instancia del domicilio del fallecido. Pero como en realidad, como decimos, en este tipo de declaraciones lo que hay es una verificación de la regularidad de la apertura de la herencia intestada y una comprobación del llamamiento y derecho a la herencia que se pretende, sin que haya contienda entre las partes, una gran parte de las declaraciones *ab intestato* se hacen en la actualidad ante notario. Así pues, según la clase de pariente o sucesor que se sea se hará la declaración notarialmente o judicialmente.

Los ascendientes, descendientes y el cónyuge viudo pueden obtener la declaración de ser herederos *ab intestato* por medio de Acta de Notoriedad autorizada por un notario, que ha de ser el del último domicilio del difunto-causante (artículo 979 ley de Enjuiciamiento Civil de 1881).

Por el contrario el resto de los parientes: colaterales privilegiados, ordinarios y el Estado (o Comunidad Autónoma de que se trate) solo pueden obtener la declaración de ser herederos *ab intestato* por medio de un auto judicial después de tramitarse un proceso de jurisdicción voluntaria (artículo 980 Ley de Enjuiciamiento Civil).

4.1. La declaración de herederos ab intestato por medio de acta notarial: Pasos y documentos. Efectos del acta.

Regulada este tipo de actas que se llaman de notoriedad en el artículo 209 bis del Reglamento Notarial. Vamos a intentar explicarlo de la manera más práctica posible.

Como ya le hemos dicho este tipo de declaraciones-actas sólo se aplican cuando el herederos *ab intestato* es un descendiente (hijo, nieto...) un ascendiente (padre, abuelo...) o el cónyuge viudo, por ser estas circunstancias bastante fáciles de determinar.

Vamos a pensar que Ud. ya persona mayor sabe, tiene un nieto (que no tiene hijos, ni padre y para colmo de males es soltero porque ninguna mujer ha querido aguantarle) ha fallecido como consecuencia de un accidente de tráfico (que desgraciadamente son cada vez más frecuentes). Su nieto que trabajaba, tenía un piso, un coche y unos ahorrillos (pocos o muchos) en el banco. Ud. es la única abuela que le queda a su nieto, y sabe que (porque se lo hemos dicho más arriba) por no tener descendientes su nieto, ni mujer, y no haber ni padres ni otros abuelos es su único heredero y quiere tomar posesión de la herencia.

Como Ud. está dentro de la línea ascendente, sabe que puede obtener la declaración de herederos en un notario y se pregunta, ¿cómo?

Pues muy bien. En primer lugar vaya al notario del lugar en que vivía su nieto y tenía su domicilio habitual (si en la localidad del domicilio de su nieto hay varios notarios puede ir a cualquiera de ellos) pero ¡jojo! sólo vale el notario del domicilio de su nieto difunto.

Si su nieto no hubiera tenido domicilio en España, vale el notario del lugar en que hubiera fallecido (en España por supuesto) y si hubiera fallecido fuera de España el notario del lugar en que estuviera una parte sustancial de los bienes del difunto (artículo 209. bis 1.ª).

El notario (o el oficial de notaría que le reciba) le tomara una especie de declaración sobre los hechos, en los que Ud. deberá aseverar que su nieto ha fallecido, que no tenía descendientes, ni cónyuge, que sus padres están fallecidos y que Ud. como su abuela es su única heredera.

El notario le pedirá que presente la siguiente documentación (artículo 209. bis 4.ª):

- Certificado de defunción en el que conste el hecho del fallecimiento de su nieto.
- Certificado del registro general de Actos de Última Voluntad, en el que por supuesto debe de constar que el difunto (su nieto) no otorgó ningún testamento (o acto por el que se defiera la herencia en territorio de Derecho Foral).
- Debe presentar el Libro de Familia del causante, y certificaciones del registro civil acreditativas del parentesco entre el heredero (Ud.) que insta el acta y el difunto. En su caso debe presentar los certificados de filiación de su propio hijo (padre o madre de su nieto) y el certificado de nacimiento del nieto. Además le pedirán certificados de defunción del hijo, de su cónyuge, y en definitiva de todos aquellos parientes a los que, de no haber fallecido con anterioridad, les hubiera correspondido la sucesión.
- El notario le pedirá además dos testigos mayores de edad que aseveren los hechos objeto del acta; es decir que ha muerto su nieto, que no existen otros herederos etcétera...
- El notario le puede pedir otros documentos o pruebas de los hechos objeto de la declaración que estime pertinentes, para acreditar los hechos.

Con la documentación presentada el notario (o el oficial por él) redactará el acta siempre que quede acreditado el hecho, a su juicio, de que procede la sucesión intestada y que Ud. es el único derecho. Lo consignará así en dicha acta como asimismo los derechos que le corresponden en la herencia (artículo 209. bis 6.ª). Toda la documentación presentada y las declaraciones de los testigos se incorporarán al acta y se reseñarán en ésta respectivamente.

Del acta así autorizada se le dará (si quiere) copia, que podrá hacer valer frente a terceros o para adquirir o hacer la partición de la herencia.

El acta de notoriedad para la declaración de herederos *ab intestato* tiene el valor de un testamento y es un título que le legitima a Ud. para tomar posesión de la herencia, partirla (si concurrieren más herederos) etcétera...

4.2. Declaración judicial de herederos

Ya le hemos dicho que si el heredero *ab intestato* es un colateral o el Estado, sólo puede obtener la declaración por medio del Juez en una resolución en forma de auto.

La Legislación procesal establece que no es necesaria la intervención de abogado ni de procurador salvo que la herencia exceda en su cuantía de 2.400 €, nuestra particular recomendación es

que se provea de estos profesionales por lo que pueda pasar, pues hasta el caso más sencillo siempre puede complicarse.

El Juez y Juzgado competente para conocer estas declaraciones es, como en el acta de Notoriedad, (variando notario por Juez) el del domicilio del difunto, y si no hubiera vivido en España el del lugar de su fallecimiento o el del lugar donde estuviera la mayor parte de los bienes del difunto si hubiera muerto fuera de España.

El procedimiento se inicia por medio de escrito (semejante a una demanda) en la que se consignarán los hechos que dan origen a la sucesión intestada de la persona de que se trate así como que Ud. como peticionario es el único (o únicos herederos si lo pide por Ud. mismo y por otra u otras personas).

A la «demanda» o escrito se adjuntarán los mismos documentos que para el acta y todos aquellos que acrediten su condición de heredero *ab intestato* y se ofrecerá, citádoles por su nombre y apellidos e indicando su domicilio, dos testigos que declaren que el finado ha muerto sin testamento (o sin testamento válido) y que el peticionario es el único heredero o heredero con otros que deben aparecer también designados en la «demanda».

Del expediente (demanda y documentos) y de la declaración de los testigos se dará vista al Ministerio Fiscal para que manifieste lo que estime procedente sobre si es todo conforme o es necesaria mayor justificación o es necesario subsanar algún aspecto. En estos últimos casos se requerirá al solicitante o solicitantes para que subsanen los defectos observados en el plazo que se fije.

Si el Juez o el fiscal, por lo que resulta de los documentos y declaraciones de los testigos creyeren que puede haber otros herederos (colaterales) además de los que se mencionan en la solicitud que sean de mejor o igual derecho que el solicitante o solicitantes, ordenará el Juez que se fijen edictos en el tablón de anuncios del Juzgado y en los del pueblo de origen del finado anunciando la muerte y los nombres y grados de parentesco de los que reclaman la herencia y citádoles si a su derecho conviniera, a los que se crean herederos de igual o mejor derecho para que comparezcan en el Juzgado en el plazo de treinta días.

Los edictos se publicarán también en el Boletín Oficial de la provincia o de la Comunidad Autónoma del lugar donde se siga el procedimiento. Excepcionalmente se publicara en el B.O.E. si a criterio del Juez las circunstancias del caso lo exigieren.

Finalmente si está todo conforme el Juez dictará auto haciendo la declaración de herederos o en sus caso denegándola (si el asunto no está del todo claro) contra dicho auto cabe recurso de apelación ante la Audiencia provincial o bien ejercer un proceso ordinario entre los herederillos presuntos (juicio en el que sí es precisa la presencia de abogados y procuradores).

El auto dictado por el Juez por el que se hace la declaración de herederos una vez firme, tiene el mismo efecto que el acta de notoriedad a los efectos de legitimar al heredero o herederos declarados.



¿QUÉ PUEDO HACER EN UN TESTAMENTO?

Patricio Monzón Moreno

Notario. Director Ejecutivo de la Fundación AEquitas

1. INTRODUCCIÓN

Decía Cicerón que «La vida de los muertos está en la memoria de los vivos». En verdad que pueden estar en la memoria de los presentes pero, desde antiguo, también pueden estar los ya difuntos en muchos otros sitios de nuestra vida diaria, como en la estabilidad patrimonial, en el plan de vida, en la decisión de dónde vivimos, con quién,... es posible, al cabo, que las decisiones de los fallecidos afecten a los sobrevivientes.

Y es que el paso del tiempo hace reflexionar a todos. Sin duda, una de las reflexiones más solidarias que podemos tener es la que no lleve a preguntarnos qué ocurrirá después de nuestra desaparición. En esta tesitura desaparecen muchos de los condicionantes que, de ordinario, influyen en nuestras decisiones: ya da igual nuestro patrimonio, nuestro futuro y la opinión de los demás. Sólo importan nuestros deseos libérrimos, nuestros amores, nuestros odios y cómo nos gustaría que fuese el futuro de los que quedan en este mundo para cuando no estemos.

Sabemos que no es posible predecir el futuro pero, dependiendo de las circunstancias, podemos manifestar nuestras intenciones en un documento que nadie conocerá hasta después de nuestra muerte y que obligará sin necesidad de negociar con los interesados. Así reza un aforismo romano: *«dicat testator et erit lex voluntas eius»*, diga el testador y será ley su voluntad. Se trata de la máxima expresión del principio de la autonomía de la voluntad, eso sí, con ciertos límites que sólo establece la ley, pero por una vez podemos ser reyes absolutos para imaginar el futuro de lo que quede y cómo se relacionará con lo sobrevivientes.

Es cierto que existe un tipo de testamento que es el más empleado, el que vulgarmente se llama «de uno para el otro» en el que simplemente se favorece al cónyuge que sobreviva con el usufructo de todos los bienes y derechos, para luego instituir herederos a los descendientes por partes iguales. No me cabe ninguna duda de que suele ser un buen testamento: protege al marido o mujer en su status quo hasta su muerte y, cumplido este fin, favorece a los hijos en todo lo demás posible. Tiene también la ventaja de que es globalmente conocido y todo el mundo lo entiende.

Sin embargo, este cauce tan claro y sencillo puede que no sea el que mejor le venga a nuestras previsiones o intenciones y es que el testamento es un lienzo en blanco en el que podemos poner casi cualquier cosa. Pueden hacerse disposiciones sobre la totalidad o parte de su patrimonio, pero también puede condicionar o modalizar sus disposiciones de forma que los beneficiarios no adquieran bienes si no cumplen con ciertos requisitos o hacen ciertas cosas... en cierto modo, si se desea, coaccionará a los herederos y legatarios. Puede reconocer filiaciones, constituir fundaciones, partir bienes, delegar en su cónyuge ciertas facultades, etc.

Por un precio casi irrisorio (a día de hoy aproximadamente unos 36 Euros), tendrá a su disposición un profesional del derecho de primera línea, como es un notario y un equipo a su cargo, que están obligados a asesorarle gratuitamente (sólo se cobra a la firma del testamento, si es que lle-

ga a firmarse). Otros profesionales del derecho le cobrarán más y no excluirán la intervención del Notario que es del todo recomendable. Además, siempre que tenga capacidad para hacerlo podrá modificarlo.

El régimen que voy a explicar es aplicable a toda España, el cual es, con frecuencia, similar al de otros países, pero encuentra ciertas excepciones contenidas en la llamada normativa foral, es decir, Baleares, Aragón, Cataluña, Navarra, País Vasco y Galicia. Las diferencias pueden ser de escaso calado, como la Gallega, o más relevantes, como la Navarra (Comunidad en la que no hay legítima material, es decir, no hay obligación de dejar bienes a los hijos y descendientes). Si alguna vez ha residido en alguna de esas Comunidades Autónomas durante un periodo superior a 10 años puede que su herencia quede sometida a un derecho especial, se trata de los llamados conflictos de leyes personales y territoriales y requiere un estudio específico de la cuestión.

Pretendo, con estas notas, divulgar algunos de los conceptos más importantes que manejamos los profesionales del derecho en este proceloso mundo de las herencias y, sobre todo, preparar al sujeto responsable que quiere testar, para entender las posibilidades y los efectos que tiene el documento podría otorgar. No se trata de un estudio profundo, ni encontrará en el lector una depurada ciencia jurídica, por ello, al jurista que acceda a este documento le pido comprensión y, si es posible, comentarios que estaré gustoso de recibir. Por lo tanto he omitido las citas bibliográficas son infinitas.

Por último, es el otorgamiento de un testamento un acto de responsabilidad porque evita problemas y trámites futuros, recuerde que es más complicado declarar los herederos sin testamento que con testamento. Quisiera recordar la afirmación de Leonardo da Vinci: «Así como una jornada bien empleada produce un dulce sueño, así una vida bien usada causa una dulce muerte».

2. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DEL TESTAMENTO

Dice el artículo 667 del Código civil que: «El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, se llama testamento».

Se trata de un precepto equívoco dado que no llega a completar el auténtico significado del testamento. Ni son todos los que están ni están todos los que son.

En primer lugar, no están todos los que son porque cabe que un testamento no contenga disposición alguna de bienes (cosa que, por otro lado, no es habitual pero posible al cabo). Es, por ejemplo, un testamento el documento que, otorgado con las formalidades correspondientes, únicamente contuviera un reconocimiento de un hijo (así, resulta del Art. 120.1.º del Código civil). Olvida aquí el Código todas las posibles disposiciones no patrimoniales, con frecuencia importantes, y que pueden abundar en un testamento. Reservo su estudio a un apartado posterior.

En segundo lugar, no están todos los que son porque no toda disposición de bienes para después de la muerte es testamento. De hecho el artículo ha prescindido de indicar los caracteres que son propios y se predicen del testamento. Cabría, por ejemplo, donar un bien a otra persona en un

contrato en el que se pacte que el donatario no recibirá el bien hasta la muerte del donante, y esto sería una donación y no un testamento.

Se dice que el testamento es el acto formal, unipersonal, personalísimo, unilateral y esencialmente revocable por el cual una persona dispone de todos o parte de sus bienes para después de su muerte o realiza otras disposiciones por razón de ésta. De este concepto resultan sus características, veamos cada una de ellas.

2.1. Formalidad

De todas ellas, sin duda, destaca el dato de ser un **acto formal**.

Es un acto formal porque sólo es válido si se ajusta a alguna de las formas especiales típicas establecidas en la Ley. Así aunque una persona haya confesado su última voluntad ante miles de personas, y lo haya grabado en un DVD y haya certeza de que esa era su voluntad, no será válido el testamento y se tendrá por no realizado. Se aplica aquí un antiguo aforismo romano que dice: *forma dat esse rei* (la forma da el ser a la cosa). Sólo valen las formas típicas, es decir, especialmente reguladas para esta finalidad y sujetas a unas especiales características. Es el artículo 672 del Código civil el que expresa esta característica un modo un tanto extraño, al decir:

«Toda disposición que sobre institución de heredero, mandas o legados haga el testador, refiriéndose a cédulas o papeles privados que después de su muerte aparezcan en su domicilio o fuera de él, será nula si en las cédulas o papeles no concurren los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo».

Así hay testamentos comunes y especiales, entre los primeros está el testamento abierto (es decir, por escrito en hoja que no está en pliego o sobre sellado y lacrado), el cerrado (el que sí lo está) y el ológrafo (el escrito de la propia mano del testador, pero con ciertos requisitos especiales en su elaboración y posteriores a la muerte, como el procedimiento judicial de adverbación); entre los especiales el militar, el marítimo y el hecho en peligro de muerte. Además, en ciertas Comunidades Autónomas existen otros testamentos especialmente regulados.

También cabe que el testamento se haya otorgado en el extranjero. Actualmente no se exige, para que un testamento sea válido, que se haya realizado conforme a la ley sucesoria del difunto. Por tanto, es posible que una persona que haya fallecido en Francia, con nacionalidad española, tenga un testamento practicado ante notario alemán. En este caso ese testamento será válido, pero la ley sucesoria (la que decide cómo se practica la herencia, quienes son los legitimarios, etc., será la Ley Española).

De hecho, hay un Convenio de la Haya (5 de octubre de 1961) sobre disposiciones testamentarias firmado por España que reconoce la validez de las que se hubieren hecho con arreglo a la ley del lugar en que se hizo la disposición; o de la nacionalidad, domicilio o residencia habitual del disponente, ya al tiempo de la disposición, ya al tiempo de la muerte; o, respecto inmuebles, la ley del lugar en que éstos radiquen.

La conclusión, simplificada, es que la forma en que se haya celebrado el testamento va a ser reconocida en España si era válida en el país del que procede.

Ahora bien, que sea reconocida y, por tanto, válida, no quiere decir que sea la forma más conveniente. De hecho no lo es por los siguientes motivos:

- En España, existiendo profesionales especialmente preparados para ello, resultan los más baratos puestos a comparar tarifas.
- Son los que mejor conocen el derecho español, con lo que los hechos ante notario español producirán con más seguridad los efectos buscados.
- Los testamentos extranjeros necesitarán de un procedimiento de reconocimiento ante el derecho español, que dependerá del país del origen y del tipo de documento (judicial, notarial, privado) que encarece y complica el proceso.
- Hoy por hoy, no existe un Registro de actos de última voluntad internacional, con lo que cuando se abra la sucesión de un español ningún registro español publicará la existencia del testamento y puede que se prescinda de él por malicia o desconocimiento. Esto no puede ocurrir en el caso de los testamentos ante autoridad española dado que están obligados a comunicar al Registro General de Actos de Última Voluntad la simple existencia del testamento (que sigue siendo secreto). Cuando se abre la sucesión, siempre se examina este registro para comprobar qué testamentos ha otorgado el difunto. Se trata del comúnmente llamado «certificado de últimas voluntades», que no es más que el certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad, Registro, éste que depende de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Ministerio de Justicia). Hoy tiene su sede en la Plaza de Jacinto Benavente 3 de Madrid. Puede accederse a la información *on-line* en www.mju.es.

Sin duda, la forma más sencilla, más segura y, a la postre, más barata de hacer testamento es el llamado testamento abierto ante notario español.

2.2. Revocabilidad

Todo lo hecho en testamento puede modificarse o revocarse posteriormente.

Esto quiere decir que la voluntad del testador nunca queda vinculada a la de otra persona y podrá cambiar de idea en el futuro sin necesidad de alegar causa alguna. Basta con otorgar el testamento en la forma debida. Así resulta de los artículos 737 y siguientes del Código civil. La única excepción a esta irrevocabilidad es el artículo 741 que regula el reconocimiento testamentario del hijo.

La llamada, revocabilidad esencial del testamento, hace que aún cuando dos cónyuges otorguen testamentos el mismo día, juntos y ante el mismo notario (pero, necesariamente, en documentos separados), cada uno de ellos pueda, sin el conocimiento del otro, revocar su testamento incluso en el mismo día. Por este motivo, en los testamentos ante notario siempre se hace constar la hora de otorgamiento, de modo que no quepa duda de cuál fue el último otorgado. Esta posibilidad ha dado lugar a alguna desagradable sorpresa.

Por ello debe concluirse que aunque hayamos presenciado el otorgamiento de un testamento, el otorgante siempre puede cambiarlo sin que tengamos noticias de ello.

De hecho, por el simple otorgamiento de uno nuevo, se presume revocado el anterior. Así dice el Artículo 739 del Código civil: «El testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte. Sin embargo, el testamento anterior recobra su fuerza si el testador revoca después el posterior, y declara expresamente ser su voluntad que valga el primero».

Esta presunción facilita el funcionamiento de la apertura del testamento, dado que así sólo hay que acudir al último testamento otorgado, que suele ser el que figura en primer lugar en el antedicho Certificado del Registro General del Actos de Última Voluntad prescindiendo de los restantes.

Ello es así con dos excepciones: una, que el propio testamento contenga la reserva de un testamento anterior (cosa que es fácilmente comprobable); y dos, cuando puede deducirse de un modo evidente de la lectura de ambos testamentos que lo que realmente quiso el testador fue mantener la vigencia del testamento previo. Esta última posibilidad ha sido alguna vez utilizada por el Tribunal Supremo, pero lo ha sido (afortunadamente) de forma excepcional.

La conclusión que puede obtenerse es que hay que tener el cuidado al otorgar un testamento de que éste contenga la totalidad de la regulación de la sucesión, dado que así se facilita la dinámica posterior en su apertura y se evitan discusiones judiciales. Debe prescindirse de regulaciones fragmentarias y en documentos separados.

Lo dicho en este apartado sobre la revocabilidad tiene una consecuencia: el testamento no es un contrato. Tanto es así que el Código civil se preocupa en prohibir expresamente los contratos sobre la herencia futura (artículo 1271) y sobre la legítima (artículo 816 y siguientes). No hay forma, en derecho civil común (aunque sí en las comunidades autónomas con Derecho Foral o Especial) de asegurarse que no se va a cambiar el testamento. Esta opción legislativa ha sido ampliamente criticada por la doctrina dado que se ha comprobado que no hay nada que perjudique a la salud pública en que alguien comprometa su herencia.

No obstante, esta prohibición encuentra algunas excepciones como son las siguientes:

- La promesa de mejorar del artículo 826, la cual permite que sólo por capitulaciones matrimoniales se obligue alguno de los otorgantes a mejorar (es decir, a dejar una mayor parte de la herencia a alguno de los hijos o descendientes).
- El carácter de mejora de la donación de ciertos bienes entregados en capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso en el que intervenga un tercero (artículo 827), cuyo uso ha sido casi inexistente en nuestra práctica jurídica.

2.3. El carácter unipersonal, personalísimo y unilateral

Se dice que el testamento es un acto unipersonal porque sólo puede ser otorgado por una persona, de modo que no cabe el llamado testamento mancomunado. Dicho de otra forma, en el otorgamiento del testamento sólo se puede recoger la voluntad de una persona por documento, si hay otras personas presentes es porque o son testigos o es el propio notario autorizante que recoge y redacta la voluntad del testador, o bien es algún facultativo que va a apreciar la capaci-

dad del testador, que pese a tener alguna demencia, está es un intervalo lúcido (artículo 665 del Código civil).

Se dice que es personalísimo porque no se puede delegar su celebración en otra persona. No caben los testamentos por comisario o apoderado, de hecho, todo poder se extingue por la muerte de poderdante (Art. 1732). No obstante, el artículo 831 que permite que la distribución de los bienes (la partición) y la facultad de mejorar a alguno de los hijos comunes sean ejercitadas por el cónyuge que sobreviva. Esta norma la explicaré más adelante como disposición con contenido patrimonial.

Existen dos figuras en nuestro derecho que son extrañas a lo aquí dicho. Se trata de las llamadas sustituciones ejemplares y pupilares y que según algunos autores permiten hacer testamento en nombre de un descendiente que sea menor de 14 años o bien incapacitado, para otros no es más que una simple sustitución fideicomisaria (figura, esta que veremos más adelante). No han sido muy utilizados.

Se dice, también, que es un acto unilateral porque nadie recibe la declaración de voluntad contenida en el testamento para aceptarla, al menos hasta la apertura de la sucesión (la muerte del testador) por lo que en nada le compromete. Esta característica se relaciona con el hecho de ser esencialmente revocable.

3. EL CONTENIDO PATRIMONIAL

La primera distinción a la que ha de atenderse cuando se plantea el contenido patrimonial de un testamento es la de si se quiere dejar algún bien o derecho concreto a alguien o si, por el contrario, se le pretende beneficiar en todo lo restante que haya en la herencia (o en una parte alícuota de esta). Esta distinción es la que la propia Ley hace entre legado (el primero) e institución de heredero. Se dice que aquella es una disposición a título particular y ésta lo es a título universal.

Así, cabe que un testador deje a determinada persona una casa concreta en concepto de legado. De esta forma sí, posteriormente la casa es vendida por el testador o la pierde por cualquier motivo, el legado caduca y deja de tener valor (artículo 869 del Código civil). Por eso hay que tener cuidado con los legados, pueden modificar su eficacia si el bien ha salido del patrimonio del testador al tiempo de su muerte. El propio Código regula el llamado legado de cosa ajena, distinguiendo si el testador sabía que lo era o no para establecer su eficacia. Resulta en extremo recomendable que el que quiera legar un bien concreto regula a su satisfacción lo que ocurre si el bien ya no está en la herencia al tiempo de su muerte. A veces no está tan clara la propiedad de los bienes, piénsese en el profano que sepa si es propietario o usufructuario, o en el solar privativo sobre el que se construye una casa a cargo de los gananciales (es decir, a cargo de los bienes adquiridos durante el matrimonio), dicho bien es privativo, pero aún hay españoles que, quizás influidos por la normativa anterior a 1981 creen que el suelo pasa a ser ganancial. Por ello conviene poner en conocimiento estas dudas al notario cuando se pretende disponer de algún bien concreto.

Es también legado el atribuir un derecho concreto a favor una persona, por ejemplo, el derecho a percibir una renta, o alimentos, o gastos de estudio, o un derecho de habitación, o incluso una

obligación cualquiera que haya de satisfacer él o los herederos. Puede incluso gravarse un legado con otro legado. La creatividad en este punto puede ser infinita.

Debe quedar claro que el legatario no es responsable de las deudas del difunto, es decir, no debe nada a los acreedores del testador, pero no podrá cobrar su legado hasta que se pague a los acreedores.

Sin embargo, cuando se instituye heredero se está haciendo una cosa muy distinta, se está señalando al sucesor (o sucesores) en la totalidad de las relaciones jurídicas que correspondían al testador. Por eso es el heredero el que podrá adicionar bienes en la herencia que el testador no tuvo en cuenta, es al que corresponden derechos no típicamente patrimoniales, como los contenidos en la Ley de Propiedad Intelectual (por ejemplo el derecho a exigir el respeto por la integridad de la obra científica, artística o literaria) y, en general, en cualquier cuestión que surja, será considerado como el propio testador, incluso el pago de las deudas de éste. Tanto es así que si acepta la herencia pura y simplemente y no hay bienes suficientes en la herencia para pagar las deudas (la llamada) deuda deficitaria, los acreedores podrán reclamar contra el patrimonio del heredero. La forma de evitar esto es o bien renunciar a la herencia o bien aceptar a beneficio de inventario.

Todo testamento debería tener una institución de heredero en, al menos, una persona. Aunque el Código recoja la posibilidad de que toda la herencia se distribuya en legados, es sin duda el modo más usual y más recomendable. Si no existiera tal institución, será preciso que se proceda a la declaración de heredero por medio de acta notarial o por resolución judicial. Contrariamente a lo con frecuencia creído, puede declararse heredero *ab intestato* (por estos procedimientos) pese a existir un testamento válido, cuando no surte efecto, o no hay heredero en el testamento, pero debemos evitar complicar la sucesión con estas cuestiones.

Por tanto, prepárese para la pregunta de quién o quienes quiere que sean su herederos, y en qué proporción.

Es posible, no obstante, que personas designadas en el testamento como herederos o legatarios no puedan o no quieran suceder. Para estos casos está regulada la llamada sustitución vulgar. De esta forma se prevé a quién llamar a la herencia para estos casos. De ahí la frecuente mención recogida en los testamentos de: «sustituidos por su descendientes para el caso de que no puedan o no quieran aceptar la herencia». Se ha convertido en una cláusula de estilo que tiene un efecto que puede llegar a ser paradójico: supongamos que una persona ha dejado su herencia por partes iguales a sus tres hijos, con esta cláusula de sustitución. Luego, tras su muerte, resulta que uno de los hijos tiene una mayor necesidad que los otros por tener una discapacidad, y sus hermanos están dispuestos a renunciar la herencia a favor del mismo. Pues si estos renunciantes tienen hijos, serán estos, y ni el hermano, los beneficiados por la renuncia, cosa que no hubiera ocurrido si los herederos hubiesen sucedido *ab intestato* (por el simple hecho de haber fallecido sin testamento, siguiendo el orden sucesorio establecido en la Ley). Si quieren que su hermano se lleve la herencia, es preciso que acepten la herencia y luego la donen al mismo, pagando las necesarias consecuencias fiscales.

Tengo serias dudas de si los que hacen testamento son conscientes de este efecto de las sustituciones vulgares, aunque es la interpretación más obvia al consentimiento escrito. Con esto quiero decir que se debe reflexionar con precisión sobre qué se quiere que ocurra con un legado o con la

institución de heredero ante los casos en que no se quiera o no se pueda suceder. Planteando honestamente todas las posibilidades (recuérdese que el que muere antes que el testador no puede heredar, y la disposición a su favor se tiene por no puesta) y manifestar al notario nuestras preocupaciones al respecto. Sólo así lograremos que lo que ocurra tras la apertura del testamento se ajuste a nuestro plan ideal.

También se puede designar beneficiario del seguro de vida, tal como recoge la Ley del Contrato de Seguro 50/1980 en su artículo 84.

Cabe establecer determinadas cláusulas o modalidades sobre las disposiciones. Así puede incorporarse la obligación de realizar una determinada prestación (pagar una renta, satisfacer alimentos, acoger en su casa y compañía, etc.), cuyo incumplimiento regule el propio testamento (todo a salvo las legítimas, como veremos a continuación). Estas cláusulas pueden ser desde un simple ruego (que en ocasiones vemos en los testamentos), hasta una obligación en toda regla (es lo que en derecho se denomina modo), o establecerlo bajo la forma de condición, es decir, que su incumplimiento únicamente determine la pérdida de la disposición ya practicada. Son cláusulas que deben meditarse mucho, porque el tiempo todo lo muta y a veces, la existencia de una condición impide que pueda venderse un bien que es imprescindible para la economía familiar o, ante un advenimiento de circunstancias inesperadas resulta del todo contrario al sentido que quería el testador atribuirle.

Asímismo es posible que se marque un destino de los bienes, diciendo que tales bienes (o la herencia o una parte alícuota de la misma) pase a una persona y luego a su muerte, o tras cumplirse cierta condición hagan tránsito a favor de otra. Son las llamadas sustituciones fideicomisarias.

Como dice el Código (Art. 814) «a salvo las legítimas, tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador», con lo que en principio, el único límite es el que paso a explicar.

3.1. Los límites a la libertad de testar: Las legítimas

Tributario nuestro derecho de normas muy antiguas, herederas de los principios germánicos en la sucesión y con influencias romanas, se ha mantenido en el Código civil la obligación de dejar cierta proporción de bienes o valores a determinados parientes, si es que existen. El cónyuge siempre tiene derecho a una participación en forma de usufructo (que no atribuye la propiedad, pero sí el derecho de poseer y disfrutar de los bienes y derechos, obteniendo las rentas, pero con la obligación de devolverlos a su muerte, o de otro tanto de su misma naturaleza, según el caso). La posibilidad de deshederar es escasa y complicada en nuestro derecho (sólo en casos muy graves y previa prueba, vid. artículos 841 y siguientes del Código). Así las cosas hay que dejar siempre a los legitimarios (también llamados herederos forzosos) ciertos bienes, si no se hace, pueden estos tras la muerte, reclamar su importe. Hay no obstante que reconocer que un testamento que perjudique la legítima de estos parientes será siempre perfectamente válido y, además, no podrá impugnarse si los legitimarios no pueden suceder (por causa de muerte antes que el testador, o porque tengan alguna incapacidad para suceder, cosa ésta última que ocurre cuando cometen ciertas conductas indignas especialmente graves), o bien cuando se dan por conformes y renuncian a la legítima (cosa que sólo cabe tras la muerte del testador).

Veamos cuál es el importe de estas legítimas:

A. Testador con cónyuge y descendientes:

- A.1. Los hijos o descendientes tendrán derecho a un tercio que habrá de distribuirse de forma igualitaria entre los hijos o estirpes (legítima estricta). Y otro tercio como quiera el testador pero entre las mismas personas (llamado tercio de mejora).
- A.2. El cónyuge tiene derecho al usufructo de un tercio (que es el de mejora). Por lo tanto queda libre un tercio del que se puede dejar a quien se quiera.

B. Testador con descendientes y sin cónyuge:

Los hijos tiene igual derecho que el indicado en el apartado A.1 pero sin la carga del usufructo.

C. Testador sin descendientes, con padres o ascendientes y con cónyuge:

- C.1. Los padres o ascendientes tienen derecho a la mitad de la herencia.
- C.2. Al cónyuge corresponde el usufructo de la mitad de la herencia.

D. Testador sin descendientes, ni cónyuge, pero con ascendientes:

- D.1. Los padres tienen el derecho indicado en el apartado C.1 anterior.

E. Testador sin descendientes, ni ascendientes, pero con cónyuge:

El cónyuge tiene derecho al usufructo de dos tercios de la herencia.

F. Si no hay ni ascendientes ni descendientes ni cónyuge, la herencia es entera libre.

Más recientemente, gracias a la Ley 41/2003 se ha incorporado la protección de las personas con discapacidad estableciendo un mejor tratamiento para lo que pudiera adquirir por herencia:

- Se ha establecido que si el testador le deja el derecho de habitación sobre su vivienda, éste importe no se tendrá en cuenta en la herencia a efectos de legítima. Es decir, para calcular las legítimas, el valor de ese derecho de habitación no existe y, por tanto, no puede impugnarse (artículo 822). De hecho este derecho puede que llegue a atribuirse al discapaz directamente por obra de la ley y sin necesidad de que se diga en el testamento.
- Se ha permitido que se haga una sustitución fideicomisaria sobre la totalidad de la herencia que será inimpugable por los otros legitimarios. Esta figura permite nombrar heredero a la persona con discapacidad sobre la totalidad de la herencia y aunque tenga hermanos o sobrinos (lo cual, cabalmente, perjudica su legítima) siempre que se establezca que a su muerte los bienes pasen a los otros legitimarios (artículo 808).

La legítima ha sido siempre una obsesión de las leyes españolas y de otras normativas de su entorno. A juicio de algunos de los mejores juristas (y pienso que de la mayoría de los ciudadanos) debería desaparecer y ser sustituida por alguna protección a determinadas personas (menores, discapaces o puede que el viudo o viuda) en forma de alimentos.

Paradójicamente, el testamento más común en España es uno que perjudica lo que se llama la legítima cualitativa de los hijos. Se le llama de forma vulgar «de uno para el otro», aunque su denominación entre los juristas es la del testamento con cláusula de *cautela socini*. Supuesto el

caso de un matrimonio con hijos, lo más natural es querer otorgar el usufructo universal de los bienes al cónyuge que sobreviva y sólo tras la muerte del sobreviviente, entrarían los hijos en posesión de los mismos. Este planteamiento es, en principio, incompatible con la norma que prohíbe imponer cargas o gravámenes a la legítima (como es el usufructo), a eso se le llama «intangibilidad cualitativa de la legítima». La práctica notarial lleva a hacer tal disposición pero estableciendo que si alguno de los legitimarios perjudicados (los hijos) reclamaran en contra de tal disposición pidiendo la entrega de algo de modo inmediato, la voluntad del testador es que tal hijo quede privado de todo lo que no sea lo que por legítima estricta le corresponde. Por ejemplo, si hay tres hijos, cada uno de ellos recibiría un tercio de la herencia en propiedad tras extinguirse el usufructo (a este derecho: propiedad menos usufructo, se le denomina nuda propiedad), pero al hijo que se queja se le daría, por este hecho tan sólo una novena parte de la herencia (un tercio de un tercio), aunque en pleno dominio, es decir, desde la muerte del testador.

3.2. La facultad del artículo 831

Principia este artículo diciendo que: *«No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrán conferirse facultades al cónyuge en testamento para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar».*

Merced a este artículo cabe encomendar al cónyuge la partición de los bienes y la mejora de los hijos y descendientes comunes, siempre que haya más de un hijo, estirpe de descendientes. Dicho de otro modo, esta es una excepción a la prohibición de hacer testamento por poder, a través de la cual el cónyuge sobreviviente queda investido de unas facultades que le permitirán en lo sucesivo castigar o beneficiar al hijo o descendiente común que prefiera, según su propio criterio. Es, sin duda, el instrumento más potente en nuestro derecho para proteger al viudo o viuda, tanto que, con frecuencia, provoca los celos del testador y prescinde de él. A un lado están los hijos, que son a quienes les debemos la tierra y a otro el viudo/a al que tenemos el deber de cuidar más allá de la muerte. La tesitura no es fácil, ya que ¿qué pasa si el viuda/o se busca un nuevo novio y se envilecen las relaciones con los hijos comunes? por otro lado, ¿acaso no será el cónyuge sobreviviente el que mejor sabrá que hay que hacer con los bienes en el futuro, atendiendo a las circunstancias? no existiendo tal cláusula, ¿es justo que el superviviente tenga que soportar el comportamiento díscolo de uno de los hijos, el cual sabe que los bienes que posee serán suyos algún día? ¿Quién sabe?

4. DISPOSICIONES NO PATRIMONIALES

Comentaba con anterioridad lo variado del tipo de disposiciones patrimoniales que pueden hacerse y cómo estas pueden vincular los herederos o legatarios. Por esta vía se puede, por tanto, favorecer patrimonialmente a quien queramos, pero también, a veces, definir otras cuestiones bajo la amenaza de: si no cuidas de tal persona, no recibirás tal cosa.

Sin embargo, en todo testamento pueden hacerse también disposiciones no patrimoniales puras, es decir, que no tengan ningún significado económico pero que tengan efectos jurídicos. Sin duda, el patrimonio ha sido una obsesión del derecho civil en los últimos siglos. Sólo hay que leer los principales textos normativos para comprobar cómo parece que la única preocupación del legislador era el destino de los bienes y su posible embargo o ejecución. Es desde luego muy importante la cuestión económica, pero ello no debe desdeñar los efectos llamados personales del derecho civil. No hay una tábula rasa de cuales sean estos, ni de qué materias pueden establecerse en testamento. Intentaré ilustrar algunas de las posibles disposiciones que pueden resultar interesantes bajo el amparo de la autonomía de la voluntad:

- Nombrar administrador. O lo que es lo mismo, designar una persona que se encargue de gestionar y disponer (es necesario) de ciertos bienes y derechos.

Existe una extraña desconfianza social en torno al administrador de bienes que debe ser aclarada. El administrador no puede disfrutar ni usar lo bienes que son objeto de la administración, dicha conducta podría dar lugar a sanciones civiles o, incluso, penales. Antes al contrario: el administrador sólo puede gestionar los bienes objeto de su administración para cumplir los fines que se le han encomendado. Por ello, si el testador quiere disponer de bienes a favor de una persona que no puede administrarlos por sí misma (porque sea menor o porque sea incapaz), podrá establecer un régimen de administración de sus bienes, que puede ser tan original como quiera: uno o varios administradores, unos con unas facultades y otros con otra, un organismo rector o controlador continuo, un régimen de autorización previa para algunos actos, etc. Lo más frecuente es que nombre y confíe sin más en una persona concreta. El Código civil recoge esta posibilidad para cualquier disposición a título gratuito, es decir, las donaciones y las disposiciones testamentarias (artículos 227 y 164.1).

Hasta hace poco existía la polémica de si el nombramiento de administrador no podía afectar a los bienes adquiridos por legítima. Explicaré la cuestión: como se sabe, los hijos y descendientes tienen derecho (en el derecho civil común) a dos tercios de la herencia, de forma que el testador no puede establecer sobre esa parte gravamen ni condición alguna (artículo 813 del Código civil). Pongamos que un padre reconoce la herencia de su único hijo en sus dos tercios, dejando el tercio restante a favor de otra persona, y el hijo tiene alguna incapacidad, por lo que está sometido a la patria potestad o a la tutela. La pregunta es si podrá nombrar administrador a persona distinta de la establecida en la ley, es decir, el tutor o representante legal que corresponda. La cuestión puede herir susceptibilidades muy íntimas ya que puede suponer que un padre o una madre no gestione el que podría ser el único patrimonio de su hijo, dada la desconfianza mostrada por el que donó o testó a su favor.

La respuesta a la pregunta ha llegado del Tribunal Supremo en sentencia 724/2005, de 6 octubre, en ella se recoge el típico supuesto de crisis matrimonial (divorcio) y el padre, testador ya difunto, no quería que la madre ejerciera la administración de los bienes que el hijo adquiriera a su muerte.

- Designar tutor, órganos de fiscalización de tutela u otras disposiciones relativas al cuidado de los menores y personas con discapacidad (artículo 223). No obstante, no se es tutor hasta que el juez procede al nombramiento y éste es aceptado, no cabe, en nuestro derecho constituir la tutela de otro modo que el judicial.

- Constituir un patrimonio protegido de los contenidos en la Ley 41/2003 que otorga determinados beneficios fiscales, estableciendo un especial régimen de administración y destino de los bienes.
- Decisiones relativas al funeral, exequias y otros.
- Constituir una fundación (artículo 9.3 de la Ley de Fundaciones 50/2002).
- Decisiones sobre la propiedad intelectual de las creaciones del testador en su aspecto no patrimonial (Art. 15 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, Real Decreto Legislativo 1/1996).
- Reconocer la filiación (es decir, reconocer que se es padre biológico de alguien, declarando que se quiere que tenga eficacia jurídica): artículo 120.1.º

5. CONCLUSIÓN

El testamento es un documento muy sofisticado y que funciona muy bien. Gracias a una técnica depurada desarrollada por los fedatarios públicos, cualquier persona que pretenda testar puede olvidarse de problemas de capacidad, custodia, inscripciones, legalidad y formalidades. Pero no debe caerse en la rutina o en la respuesta tipo, ya que cada caso es distinto y tiene sus matices. Por ello el que pretenda decidir sobre el futuro tras su muerte debe reflexionar sobre la multitud de instrumentos que le ofrece el derecho y diseñar, de modo responsable, su proyecto *post-mortem*.

9

BIOÉTICA, DERECHO Y PERSONAS
MAYORES

José García Férez

Doctor en Teología Moral (especialidad en Bioética)

Máster en Bioética y Máster en Gerontología

Profesor de Bioética en la Universidad de Mayores

de la Universidad de Comillas

1. INTRODUCCIÓN

Vivimos en sociedades cada vez más pluralistas, más heterogéneas y multiculturales, donde se hacen necesarias, cada día con más urgencia, ciertas claves éticas y algunos criterios morales para vivir y convivir en un mundo tan dinámico, cambiante y complejo como el nuestro. Actualmente tenemos sociedades donde coexisten ciudadanos que tienen distintas concepciones morales, diversas creencias religiosas y diferentes ideales de vida, y ello afecta al modo de percibir la realidad y a la manera de enfocar y tratar muchos temas, entre ellos el de la ancianidad.

Nuestra actual cultura postmoderna y contemporánea está originando múltiples conflictos de relación interpersonal, es decir, de discrepancias y falta de entendimiento entre los seres humanos, así como un choque continuo de convicciones morales y jurídicas de todo tipo, esto es, de enfrentamientos entre posiciones totalitaristas, tanto etnocentristas (existe una verdad única y superior a las demás) como fundamentalistas (la verdad es una para todos), así como entre posiciones relativistas (la verdad depende del momento, circunstancias, costumbres, etc.), subjetivistas (cada uno tiene su propia verdad), y universalistas (la verdad que todos podrían querer y que todos podrían desear debe ser única). Frente a este politeísmo axiológico existente y sus diferentes crisis, la fórmula del interculturalismo o del diálogo intercultural aparece como la mejor alternativa posible para poder integrar y consensuar una serie de valores éticos mínimos y de derechos humanos fundamentales que nos permitan vivir en eso que algunos llaman la «aldea global».

Pues bien, si la intuición de muchos es caminar hacia el diálogo, la tolerancia y la integración de todos con todos para alcanzar una cultura global, la bioética puede y debe ser buen foco de concentración de estas tendencias. Primero, por su espíritu de apertura y amplitud de miras como disciplina ética; segundo, por la configuración que tiene de ser una ética de la vida y para la vida, sobre todo en lo concerniente a la vida de las personas; tercero, por aspirar a dotar de mayor calidad de vida y bienestar a todos los seres vivos, especialmente al hombre; y cuarto, por su anhelo de consolidar un modelo ético universalizable que sea responsable ante los retos que hoy día se presentan en el mundo moderno y prudente a la hora de promover juicios éticos sobre algunas de estas cuestiones o desafíos, tanto en el orden social, como político, económico y jurídico.

Huelga decir que no solo preocupa a la bioética actual esta tendencia a consensuar una ética de mínimos para una sociedad pluralista basada en determinadas claves morales tales como: dignidad, libertad, igualdad, solidaridad, tolerancia o actitud dialógica, sino que también le preocupa proponer unos máximos morales o ideales de vida buena que puedan ser creíbles y respetados según la opción o el proyecto vital de cada uno, así como establecer un marco deliberativo que permita validar razones éticas de cara a la toma de decisiones ante problemas o hechos conflictivos que se puedan dar, tanto a nivel de ética asistencial socio-sanitaria (microbioética), como a nivel de ética universal o global (macrobioética).

Así pues, desde estas premisas y sin hacer más preámbulos, vamos a pasar a exponer en un primer momento, qué es y en qué consiste la Bioética, cuál es su origen y cómo se define, para proceder, en segundo lugar, a hablar de la bioética en relación al Derecho y sus múltiples aplicaciones en el llamado Bioderecho. En tercer lugar, sentaremos las bases de una bioética dirigida y

orientada al cuidado y respeto de todas las personas ancianas, dando lugar a lo que podríamos denominar la Biogerontoética, o lo que es lo mismo, la ética de la vida de las personas mayores, y ello tanto desde el ámbito existencial (qué significa ser mayor y valorar a los mayores), como desde la esfera de lo asistencial (qué significa cuidar con calidad y dignidad a las personas mayores). Asimismo, también trataremos en un cuarto punto algunos de los principales problemas que en bioética pueden darse en el marco de la ancianidad. Para finalizar, daremos una breves pinceladas a lo que podríamos entender como claves modelos bioéticos de referencia para dotar de calidad los cuidados que demandan dichas personas mayores. Vamos pues a exponer concisamente estos cinco bloques temáticos.

2. ÉTICA Y VIDA: LA BIOÉTICA

Es constatable que el término bioética se ha ido difundiendo ampliamente en casi todos los medios de comunicación y los que nos dedicamos a esta disciplina nos vemos obligados, afortunadamente cada vez con menor frecuencia, a dar explicación del significado de esta expresión cuando la tenemos que utilizar. Con todo, todavía puede advertirse un desconocimiento general hacia ella y una enorme confusión en su designación, tanto científica como popularmente. Por eso vamos a partir de la descripción etimológica, histórica y funcional de dicha noción: ¿qué entendemos por bioética y qué abarca dicha palabra?

Etimológicamente es una palabra compuesta que une dos voces griegas: *vida* (*bios*) y *ética* (*ethos*), significando en términos generales *ética de la vida*. Desde este punto de vista, el vocablo bioética se refiere a la reflexión y la acción ética sobre la vida en sus diversas manifestaciones. Esto quiere decir que no sólo tiene por objeto la vida humana, sino también la vida animal y vegetal, y por extensión, la vida planetaria. Su propósito, por tanto, es hacer intercalar estas dos realidades: ética y vida.

2.1. Ética y vida

Vida y ética son realidades de siempre, tan antiguas como el hombre mismo, pero tan complejas de definir como éste. La novedad está en el contenido que adquieren en nuestros días al unirse en una sola palabra: bioética. Hablar de ética en relación a la vida significa hablar del bien y del mal, de la bondad o maldad de las acciones humanas y de los valores inherentes a ellas. Es entrar en el terreno de lo humano, de lo relativo a cada individuo, grupo o colectividad, tanto desde lo que son, como desde lo que deben llegar a ser.

Pero si hablar de la ética supone cierta dificultad, pues muchos parten de una definición genérica de ética (ciencia de la moralidad, ciencia del comportamiento moral humano, reflexión sobre la bondad o maldad de las acciones y actitudes humanas, estudio sobre la conducta moral humana a la luz de la razón, de las emociones, de las costumbres, de la religiosidad, de la conciencia, etc...), aunque pueden darse y existir múltiples formas de entendimiento y comprensión de la misma, tanto a nivel individual (cada uno tiene su ética), como grupal (cada colectivo tiene su ética), mucho más complejo es intentar definir qué es la vida. El concepto vida entraña un sinfín de

nociones filosóficas, biológicas, sociológicas, antropológicas, médicas, culturales, políticas, etc. que hacen casi imposible dar una definición precisa del término.

Bio	→	Representa los conocimientos biológicos y/o médicos
Ética	→	Representa los sistemas de principios y valores morales humanos

No obstante, entenderemos por vida el modo de ser y estar en el mundo los diferentes seres existentes, es decir, la forma existencial biológica que tienen todos los seres de manifestarse y, en el caso del ser humano, también su dimensión biográfica de desarrollarse en la historia. Igualmente, entenderemos por ética el modo especial de ser y actuar que tiene cada individuo (carácter, temperamento o personalidad), así como su habitual manera de comportarse consigo mismo y con los demás (costumbres, hábitos, valores, etc.). Estas serán las nociones que, *grosso modo*, emplearemos en el presente artículo, siendo conscientes de la imprecisión, la relativización o la fragmentarización que dichos conceptos traen consigo.

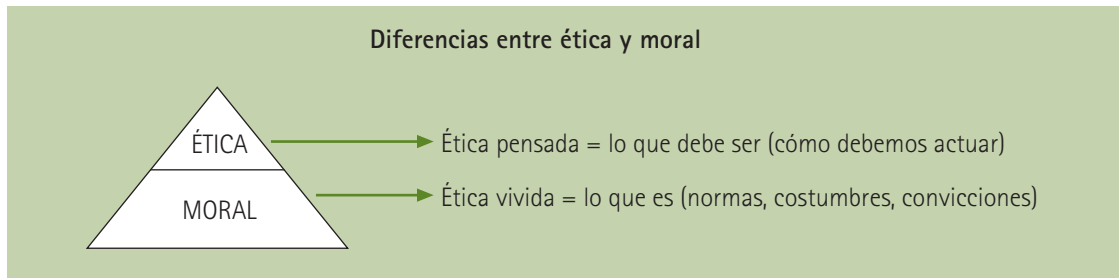
2.2. Ética y moral

Inevitablemente también convendría precisar qué entendemos por ética y qué por moral. Si tratamos de indagar el origen etimológico de cada uno de estos vocablos, nos daremos cuenta que su significado es muy parecido. Fueron los latinos los que tradujeron el término griego «*ethos*» por el término latino «*mos-moris*», de donde vienen nuestros dos términos «ética» y «moral». El «*ethos*» (=carácter o modo de ser) significa el modo de comportarse habitual de la persona en función de su temperamento, su modo de pensar o sus hábitos personales, mientras que la palabra latina inventada por Cicerón para traducir este término griego, «*moralis*», se traduce habitualmente por costumbre y por carácter y designa las maneras y modos de comportarse que uno adopta en su vida particular y concreta.

La ética y la moral se refieren, pues, como hemos comentado, a las costumbres y al carácter de las personas. Pero, aunque muchas veces se empleen ambos términos indistintamente como sinónimos, hay que usarlos correctamente ya que no lo son. La moral se limita a decir cómo se comportan los hombres en determinadas circunstancias y describe cada uno de los actos utilizando las expresiones «justo/injusto», «bueno/malo». La ética, sin embargo, no se ocupa de lo concreto, de lo bueno o de lo malo, sino de la justicia, del bien y del mal. Si decimos: «muchos hijos, cuando tienen padres a su cargo, tienden a despreocuparse de ellos», estamos formulando un juicio verificable, constatable. Hablamos en términos morales. Pero si decimos: «todos los hijos tienen la obligación de cuidar de sus padres cuando estos no puedan hacerlo por sí mismos», nos referimos a algo abstracto (obligación, deber, responsabilidad, exigencia), a lo que debe o no debe hacerse y, por tanto, a algo ético.

Estas dos formas de empleo dan lugar a dos niveles en la realidad de la moral y de la ética. El primer nivel corresponde al comportamiento concreto o a la vivencia que los hombres tienen de los valores morales ante sí mismos y ante los demás. El segundo nivel se refiere a las formulaciones en principios y normas en que aparecen recogidos dichos valores. Se trata de dos niveles estrechamente relacionados entre sí, pero susceptibles de una consideración distinta. Al primer nivel

se le puede llamar en palabras de José Luis L. Aranguren, *moral vivida (ética utens)*, lo que hacemos en el día a día y en cada uno de nuestros actos, mientras que al segundo se le puede denominar *moral pensada (ética docens)*, la reflexión que elaboramos sobre los actos que hemos hecho.



Así pues, estamos ya en condiciones de ofrecer una posible definición de ética y de moral. La ética es la disciplina filosófico-normativa y teórico-práctica que estudia los aspectos individuales y sociales de la persona, a tenor de la moralidad (buenos/malos) de los actos humanos (costumbres, normas, deberes, etc.) bajo el prisma de la razón (fuente primaria de toda ética), es decir, es aquella dimensión de la filosofía que reflexiona sobre la moralidad de las acciones y conductas humanas. La moral por su parte, sería el conjunto de valores y normas existentes en una sociedad que vinculan a todos sus miembros, que se expresa con ideales compartidos de obligaciones-prohibiciones y que se forma dinámica e históricamente.

Dicho esto, cabe decir, que no hay una moral ni una ética únicas, sino que hay muchas morales y muchas éticas posibles. Esto es así porque ética y moral se refieren a las normas de actuación y a las convicciones prácticas de determinados colectivos humanos. De este modo las morales pueden llevar apellidos propios de la vida cotidiana (moral social, moral sexual, moral familiar, moral empresarial, moral religiosa), pero también la ética, en tanto que filosofía moral o reflexión sobre la moral (ética kantiana, aristotélica, utilitarista, pragmática, eudaimonista, formales, materiales, deontológicas, teleológicas, etc.).

2.3. Bioética: origen y definición

Históricamente la Bioética surge, al menos así lo han determinado algunos de los más afamados bioeticistas mundiales, de la llamada ética médica tradicional, centrada en la relación médico-paciente, esto es, en las pautas de conducta que los médicos debían tener hacia sus pacientes (desde el Juramento de Hipócrates, s. V a.C. hasta el Código de Ética Médica de Thomas Percival de 1803), aunque su expresión es mucho más reciente, ya que data de la década de los setenta del siglo XX, concretamente en los años 1970-71, y se gesta dentro de la urdimbre intelectual y científica norteamericana, aunque con claras connotaciones europeas.

En este sentido, y aunque como hemos dicho habría que remontarse a los albores del comienzo de la medicina y al desarrollo histórico de la misma, el término «Bioética» fue acuñado por vez primera por el cancerólogo estadounidense y profesor de la Universidad de Wisconsin (Madison) Rensselaer Van Potter, en su artículo *Bioethics, the Science of Survival* (bioética, la ciencia de la supervivencia, 1970), así como en su libro titulado *Bioethics: a bridge to the future* (Bioética: un

puente hacia el futuro, 1971). En esta obra aparece concebida la Bioética como una rama del saber que se sirve de las ciencias biológicas para mejorar la calidad de vida y que reflexiona en torno a los retos que plantea el desarrollo de la biología a nivel medioambiental y de población mundial, pero también como una ciencia que combina el conocimiento biológico con el conocimiento de los sistemas de valores humanos, es decir, el humanismo con el cientifismo. Potter entendía, pues, la bioética como una disciplina que fuese puente entre dos esferas del saber históricamente separadas: las ciencias y las humanidades.

Pero en el origen de este neologismo encontramos otro personaje que también se apropia la paternidad de esta denominación. Fue el obstetra holandés, André Hellegers, quien seis meses después de la aparición del mencionado libro de Potter, utilizó en 1972 este término para dar nombre al Centro *Joseph & Rose Kennedy Institute for the Study of Human Reproduction and Bioethics* en la Universidad de Georgetown (Washington, D.C.). Además de incluir este término en la denominación de su instituto, la preocupación de Hellegers por los retos del desarrollo médico-tecnológico le impulsó a crear un grupo de discusión formado por médicos, filósofos y teólogos (católicos, protestantes y judíos) para tratar de deliberar sobre algunos problemas derivados de dicho progreso. El legado de Hellegers también radica en intentar formar un nexo de unión entre la medicina, la filosofía y la ética.

Esta doble paternidad y doble enfoque de la bioética (ética ecológica de Potter y ética médica de Helleger) la hemos asimilado conjuntamente hoy día. En este sentido, Diego Gracia y otros muchos autores, hablan de problemas de Macrobioética (con un enfoque inspirado en Potter) y de problemas de Microbioética (tomando como base el legado de Hellegers). La primera coincide con la ética ecológica o la ética global planetaria y se ocupa, por tanto, del conjunto de la vida amenazada, ya sea de los seres humanos o del conjunto de los seres vivos. La microbioética, por su parte, tiene a su cargo aquellos fenómenos de los que se ocupan las llamadas ciencias biomédicas o de la salud y las ciencias biotecnologías o del desarrollo tecnológico. Esta segunda visión o ramificación conceptual, sería propiamente lo que hoy día se entiende por bioética, esto es, la parte de la ética aplicable a las cuestiones relacionadas directamente con el ámbito sanitario y tecnológico: relación clínica, investigación en seres humanos, directrices de política sanitaria y gestión de recursos escasos, niveles de calidad técnica y humana en la asistencia médica, etc.

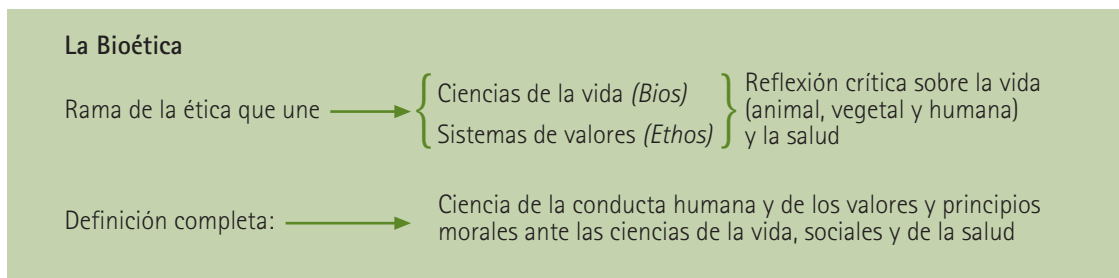
Así pues, hay quienes limitan la relación entre la vida y los valores éticos de ésta al área de la actividad médica, concibiendo así la bioética como una ética médica renovada o como una ética orientada a dar respuestas morales a los múltiples interrogantes de las ciencias biomédicas. Es por tanto el legado de Hellegers el que hoy día ha imperado en la bioética presente, aunque cada vez más está tomando protagonismo el enfoque holístico y ecoético de Potter.

El término bioética, desde un punto de vista etimológico, se refiere a la reflexión y acción ética sobre la vida en sus diversas manifestaciones, tanto biológicas como biográficas. Por eso, en principio, tiene por objeto no sólo la vida humana, sino también la vida animal y vegetal, así como el discurso ecológico en su conjunto. La Bioética, como disciplina global sobre la vida biológica, hace referencia y se enfrenta a problemas tan graves como los planteados por la ingeniería genética, las técnicas de reproducción asistida, la eugenesia, el aborto, el suicidio, la eutanasia, el cuidado en las enfermedades incurables, la experimentación en seres humanos, los trasplantes de órganos, la relación personal sanitario-paciente, los derechos de los enfermos, los problemas de

confidencialidad, los derechos de las futuras generaciones o incluso todos aquellos problemas derivados del deterioro medioambiental y ecológico de nuestro mundo.

A pesar de que la discusión sobre el estatuto de la bioética seguía sin clarificarse del todo, parece claro que la evolución de la bioética hacia una ubicación dentro de la ética aplicada es manifiesta a los pocos años de acuñarse el término, abandonando lo que en términos etimológicos era biología ética por el de una ética de la biología, esto es, una ética por y para la vida y la salud. Así, ya en la *Encyclopedia of Bioethics* de Warren Thomas Reich (1978), se considera la bioética como una ética de la conducta humana en las ciencias de la salud. La definición lapidaria de esta enciclopedia marca el sentido vigente de la bioética:

«Puede definirse como el estudio sistemático de la conducta humana en el área de las ciencias humanas y de la atención sanitaria, en cuanto se examina esta conducta a la luz de los valores y los principios morales».



Las definiciones que se han dado sobre la bioética son muy diversas y reflejan, en cierta forma, la variedad de enfoques y concepciones. Algunos autores ponen más relieve en la necesidad de responder a los nuevos problemas planteados por las ciencias biomédicas. Así, la Bioética sería la búsqueda ética aplicada a las cuestiones planteadas por el progreso biomédico. Otros dan prioridad a los aspectos sociales o comunitarios sosteniendo que la bioética es el estudio interdisciplinar del conjunto de condiciones que exige una gestión responsable de la vida humana (o de la persona humana) en el marco de los rápidos y complejos progresos del saber y de las tecnologías biomédicas. Pero la bioética, en palabras de Margarita Boladeras, constituye un concepto más extenso:

- Comprende los conflictos relacionados con principios morales que surgen en todas las profesiones de la salud, así como las aplicaciones de la ciencia que afectan el curso de la vida.
- Se aplica a las investigaciones biomédicas.
- Aborda una amplia gama de cuestiones sociales.
- Va más allá de la vida y la salud humanas, en cuanto comprende cuestiones relativas a la vida de los animales y plantas.

La bioética es formalmente una rama o subdisciplina de la ética general, aunque para algunos autores es una ciencia autónoma y propia en sentido estricto. Sus contenidos materiales son los elementos que se derivan del «cuidado de la salud» y de las «ciencias de la vida». Además, la bioética actual utiliza, para el análisis de los temas, una metodología interdisciplinar, esto es, se apoya

en los datos que le aportan otras ramas del saber como: la biología, la medicina, la antropología, la sociología, el derecho, la filosofía, la política, etc. La bioética nace así como una nueva disciplina que sirve de puente entre las ciencias y las humanidades, o si se prefiere, un puente entre la biomedicina, el derecho, la filosofía y la ética.

La bioética puede ser definida también como el estudio interdisciplinar de los problemas suscitados por el progreso biológico y médico, tanto a nivel individual como a nivel de sus repercusiones sobre la sociedad y sus sistemas de valores, presentes y futuros. La Bioética supone, por tanto, un intento de conseguir un enfoque secular, interdisciplinar, global y sistemático de aunar todas las cuestiones éticas que conciernen a la vida y la salud del ser humano y en especial a la biología y la medicina.

3. BIOÉTICA Y DERECHO: EL BIODERECHO

Son muchas las relaciones que pueden destacarse entre la Bioética y el Derecho, fruto de ellas son las incalculables publicaciones que se están dando continuamente al respecto, pero es importante señalar que todas ellas muestran tanto tendencias de juridificar la bioética, intentando establecer leyes rigurosas, detalladas y pormenorizadas para cada uno de los conflictos bioéticos que puedan darse, algo así como un vademécum deontológico con recetas solucionadoras de cuestiones problemáticas, como tendencias mucho menos legalistas y más abiertas, reconociendo de antemano que es imposible legislar sobre todas y cada una de las cuestiones que día a día están surgiendo desde los diferentes marcos médicos, tecnológicos, científicos, etc. Es por eso que a priori la relación entre estas dos disciplinas deba ser de mutua interrelación, de imbricación dialógica y de concomitancia deliberativa y resolutive.

Desde esta doble perspectiva bioética y jurídica entre lo legalmente estático y lo legalmente dinámico, cabe pensar en una puesta en común que bien podríamos llamar Bioderecho, como se la viene conociendo en los últimos años. Con esta palabra no queremos enmarcar todo lo que encierra la deontología profesional, ni mucho menos, sino ir más allá y abarcar todas aquellas cuestiones que preocupan al ser humano y que reclaman una toma de postura tanto ética como legal.

Autores como Adela Cortina tratan de hacernos ver que el *ethos* de cualquier sociedad viene configurado por el diálogo entre la llamada moral cívica (conjunto de valores compartidos por los miembros de una sociedad democrática) y el derecho positivo (conjunto de leyes respetadas y aceptadas por ciudadanos e instituciones políticas). La tarea, pues, de la bioética en relación al derecho sería la de inspirar formas de vida respetuosas con las exigencias vitales básicas, pudiendo llegar, si fuera necesario, a una plasmación jurídica en forma de códigos o principios legales que hagan validar dicha propuesta axiológica o normativa. Es decir, una cosa son los valores que encarna lo que entendemos por una vida digna (valores humanos) y otra los derechos que dimanan y proceden de dicha concepción (derechos humanos).

Los derechos humanos conforman aquellas normas y principios que sustentan y garantizan, de alguna manera, la dimensión personal y existencial de cada ser humano en sí mismo considerado,

en el mundo en que habita y de cara a los demás seres que le rodean. Pero para hablar de derechos humanos con propiedad, debemos partir de una adecuada fundamentación racional y epistemológica acerca de lo que son, en lo que consisten (tanto a nivel ético como jurídico), de por qué existen o por qué deben existir, y qué implicaciones tienen para la vida y el desarrollo moral de la humanidad, y en concreto, de las personas mayores.

Sobre el Derecho se han dado un sin fin de teorías en relación a su naturaleza y noción. Muchas de ellas responden a diferentes escuelas filosófico-jurídicas, de ahí que sea casi imposible dar una definición única y universal del derecho. Pero no por ello se ha de caer en un relativismo tal que defina como derecho cualquier decisión absurda, caprichosa o tiránica. El derecho, debe ser una palabra con sentidos plurales, pero en la que se encierren, de cualquier modo como se la conciba, una serie de características tales como imperatividad, justicia, razonabilidad, obligatoriedad y finalidad práctica.

De un modo general, podemos definir el Derecho como un sistema o conjunto de normas reguladoras de algunos comportamientos humanos en una determinada sociedad. Al decir que el derecho es un conjunto de normas reguladoras, estamos diciendo que el derecho es uno de los medios de control social; y al decir que regula los comportamientos humanos en una determinada sociedad, estamos diciendo que no hay derecho sin sociedad, aunque es posible una sociedad sin Derecho.

Ahora bien, tampoco se trata de elevar a rango jurídico los criterios éticos o las preferencias morales subjetivas de un individuo o sociedad, sin ningún tipo de control de validez objetiva, ni de convertir en norma legal aspectos que éticamente puedan ser cuestionables o incluso inaceptables por el imaginario colectivo. Los derechos han de servir a la humanidad, al igual que la ética, en aras a un bien común y a una sociedad más justa y solidaria. En ningún caso cabría fomentar valores inmorales o normas injustas. De eso se trata, de hacer del Derecho un código normativo de valores bioéticos, es decir, de convertirlo en un Bioderecho.

Con todo, la relación entre la bioética y el derecho da mucho juego en el campo teórico de fundamentación y en el terreno práctico de aplicación. Hay aspectos éticos que pertenecen de suyo a la dimensión privada de cada individuo y otros que tienen una clara trascendencia pública. Asimismo, hay leyes que deben estar aprobadas rigurosamente en aras a proteger un valor fundamental, y otras que deben tener un carácter más flexible para poder afrontar correctamente la deliberación de algunos casos clínicos, asistenciales o biomédicos. Cabe, pues, pensar en una línea de actuación que sirva también de puente entre las diferentes cosmovisiones éticas existentes y los derechos humanos básicos y fundamentales ineludibles en la praxis vital humana.

En cualquier caso, ni la bioética debe permanecer silente ante situaciones de clara inmoralidad, ni el derecho puede quedar ausente en algunas problemáticas bioéticas concretas. Esto se ve claramente en algunos temas candentes como el aborto, la eutanasia, la congelación de embriones, la utilización de células troncales embrionarias, la manipulación genética, etc. Tanto la bioética como el derecho tienen algo que decir al respecto, y de eso se trata, de proteger lo éticamente defendible con lo legalmente necesario. Ese es el cometido principal del Bioderecho y en este sentido lo queremos entender y aplicar al terreno de la bioética gerontológica o Biogerontoética.

4. BIOÉTICA Y PERSONAS MAYORES: LA BIOGERONTOÉTICA

¿Qué aporta o puede aportar la bioética al mundo de los mayores?, y viceversa, ¿qué aporta el mundo de los mayores a la reflexión y el debate bioético actual? Para responder a estos interrogantes debemos partir de la idea de que la bioética, como disciplina o parte de la ética aplicada, tiene muchos y diferentes retos que tienen que ver con el respeto y protección de la vida y el cuidado de la salud de las personas, pero la ancianidad representa además un punto esencial en su reflexión, y ello por varias razones. La primera es que *ser anciano equivale a ser persona* y ahí arranca la primera toma de postura en bioética: reconocer la valía y el respeto que merece toda persona anciana por el simple hecho de ser, de existir. En segundo lugar, *una persona anciana tiene una dignidad fundamental y básica* que nadie nunca y bajo ninguna circunstancia le podrá arrebatar o, peor aún, nadie tiene el derecho de dañar o vulnerar. Ahí estaría el segundo elemento de la bioética aplicada al ámbito de la ancianidad, la dignidad ontológica, ética y jurídica de todo ser humano. El tercer elemento es la *percepción del valor de la vida de estas personas*, esto es, no sólo que son personas y que tienen dignidad sino que su vida, tanto biológica como biográfica, tiene que tener un sentido existencial y una dimensión ética de calidad vital.

Con estos tres elementos: *persona, dignidad y vida*, podemos esbozar los principales fundamentos o referentes con que la bioética presente cuenta para las reflexiones y deliberaciones que tendrá que hacer ante los diferentes problemas éticos que puedan presentarse en el cuidado, atención o consideración de una persona anciana, tanto en el ámbito de lo personal, como en el relacional o social. Pero no sólo tendrá que partir de estos conceptos fundamentales o categorías éticas básicas, sino que también deberá nutrirse, desde un plano más operativo y funcional, de ciertos criterios de actuación como pueden ser los principios bioéticos (no-maleficencia, beneficencia, autonomía y justicia), así como determinadas actitudes y derechos que configuran lo que podríamos llamar una ética asistencial aplicada al ámbito de la ancianidad, y ello tanto para dotar de más calidad de vida a estas personas, cuanto por dar más y mayor sentido y calidez a dichas vidas.

Pero si el estatus de ser mayor representa un frente de reflexión especial para la bioética, tanto más supone el hablar de personas mayores en relación a esta disciplina, y ello porque ser anciano o estar en la ancianidad plantea o puede generar diversas discusiones para la bioética, tanto en lo que suponga enfrentarse a problemas que tienen que ver con el final de la vida biológica (eutanasia, encarnizamiento terapéutico, futilidad de tratamientos, ensayos clínicos con nuevos fármacos, consentimiento informado en pacientes con competencia dudosa para decidir, incapacitación jurídica para obrar y decidir, ingreso involuntario en hospital o residencia, responsabilidad de los cuidadores frente al anciano dependiente, etc...), como en las cuestiones que se presentan desde un plano mucho más metafísico, esto es, la dimensión de finitud y fragilidad que tiene toda persona mayor, la visión de la muerte y del morir que se dan cita en estas edades, la percepción de los valores y creencias de la persona mayor, el planteamiento acerca de la cuestión del sentido de la vida a pesar de los múltiples problemas que a estas edades aparecen, el vivir y el morir con dignidad que también ocupan un lugar esencial, etc...

Vamos a ir pues desarrollando estos puntos, sabiendo de antemano que no agotan todas las consideraciones éticas que sobre la vejez puedan hacerse, y que además sólo pretenden ser una

pequeña contribución a lo que debería ser una bioética global de la ancianidad, tanto en la consideración de éstos como personas (bioética existencial de los mayores), como en la consideración de éstos como pacientes (bioética asistencial hacia los mayores).

4.1. Bioética existencial de los mayores

La ancianidad es una etapa de la vida que condiciona y replantea, en muchos aspectos, el modo de estar del ser humano en el mundo. Valores, obligaciones o deberes, que han guiado una existencia concreta y personal, se ven en la vejez dinamizados y actualizados de un modo diferente. De hecho, la consideración antropológica de la ancianidad nos permite hablar de una concepción dinámica de la vida y, por extensión, de la existencia personal. Desde esta perspectiva de vivir en las ultимidades de la vida, o como dirían algunos filósofos como Jasper, solo desde «las últimas preguntas» cabría esbozar lo que podría llamarse el *ethos* propio de la vejez, o mejor, las categorías bioéticas que tienen cabida en la visión y vida del anciano, tanto desde el punto de vista propio como ajeno.

Así, para entender desde una perspectiva existencial el *ethos* de la persona anciana deberemos comprender cómo y desde dónde vive la persona mayor sus acciones y decisiones, y qué aspectos propios de la edad son determinantes en el proceso que constituye su moralidad y su proyecto de vida. Siguiendo a Agustín Domingo Moratalla los puntos sobre los que cabe fundamentar una bioética existencial para la persona mayor pueden ser sintetizados así:

- *Autonomía y alteridad*: una ética de la ancianidad tiene que ser una ética basada en la autonomía personal, independientemente de que dicha autonomía pueda estar mermada en mayor o menor medida. La libertad es un derecho ineludible de todo ser humano y, a pesar de que pueda verse condicionada, disminuida o anulada por algún motivo o contexto, siempre habrá que respetar la capacidad de ser persona que tienen todos los seres humanos y la capacidad relacional que verbal o gestualmente pueden mostrar aún en los peores momentos de la existencia, es decir, aquellos en los de mayor grado de deterioro, fragilidad y dependencia.
- *Vida productiva*: es necesario romper los binomios útil-ocupado y jubilado-improductivo. Estar jubilado, ser pensionista, padecer algún tipo de incapacitación laboral o tener alguna enfermedad invalidante no deben ser sinónimos de inutilidad o de estorbo sociofamiliar, todo lo contrario, debe llevarnos a tener y mostrar actitudes y comportamientos más justos y solidarios frente a estas personas, así como a valorizar lo que hacen, son y deben ser para ellos mismos y para toda la sociedad en la que viven.
- *Finitud vital*: es necesario que esta ética asuma la condición irreversible y mortal de la vida humana, es decir, que establezca como un parámetro más de su fundamentación la finitud evolutiva y biológica de todas las personas. Esta conciencia de hacerse mayor y de volverse más frágiles y caducos nos debe hacer caer en la cuenta de lo importante que es envejecer bien y, como correlato, prepararse para morir bien, despidiéndose de la vida, de la gente y de todo cuanto hemos sido. Eso sí, sin olvidarnos de dejar como legado nuestro algo a los demás, siquiera sea una parte de nuestra historia biográfica personal que sin duda es única e irrepetible.
- *Aproximación a la muerte*: ante la inevitabilidad de la muerte, esta ética existencial también deberá optimizar todas y cada una de las posibilidades y recursos que la persona mayor posee,

aceptando las condiciones vitales que le correspondan a cada uno vivir (enfermedad, soledad, compañía, etc.). No obstante, también debería esta ética repensar las actitudes que debemos mostrar ante la inminencia de la muerte y reflexionar sobre algunos puntos tales como: el miedo a dejar de ser, el aprecio sereno de la vida que dejamos, la vivencia propia y personal del morir, la esperanza y el anhelo de inmortalidad, etc.

- *Afectividad oblativa*: en una clave más práctica, también sería conveniente que dicha ética existencial se centrara en la dimensión afectiva de la persona mayor, es decir, en la afectividad oblativa o de entrega generosa y no interesada de todo cuando uno ha sido, es y será. Esta afectividad oblativa puede estar representada por tres niveles: la racionalización, la socio-espiritualización y la oblación de uno mismo. Es este tercer nivel el que habría que cultivar en sentido pleno, pues de él puede depender en buena medida la felicidad de la persona.

4.2. Bioética asistencial hacia los mayores

La Bioética es una disciplina que continuamente debe responder a muchos de los retos que actualmente se presentan en nuestras sociedades, sobre todo por la aparición de nuevos problemas ligados al mundo de las ciencias biomédicas. Es desde ahí donde arranca su preocupación y misión: dar pautas o criterios de acción para afrontar situaciones o retos que generan conflictos éticos. La dificultad estriba en reflexionar desde y para la cultura en la que nos movemos y cómo buscar fundamentos éticos para responder ante ella. Así lo expresa el Prof. Javier Gafo:

«... es verdad que unas sociedades que supervaloran la eficiencia, la juventud y el cultivo del cuerpo, son especialmente insensibles para ponderar los profundos valores de humanidad y de experiencia presentes en los ancianos, y que es urgente repensar las actitudes sociales ante esos segmentos cada vez más abundantes en nuestra sociedad, a los que se tiende a condenar a una muerte social, con anterioridad a su propia muerte física».

Hablar de fundamentos éticos para la ancianidad es tocar un punto bastante arduo y serio. No sólo representa un nuevo handicap para los sistemas sociosanitarios sino para la propia estabilidad Estatal y familiar. En este sentido, creemos que se precisa un armazón ético lo suficientemente consolidado y consensuado, que permita abordar los problemas reales de estas personas desde un punto de vista lo más ético y humano posible.

Si partimos de la base de que actualmente contamos con un número bastante elevado de personas ancianas en nuestras sociedades, y que precisan una serie de ayudas físicas y psíquicas que implican a toda una serie de personas (cuidadores principales, familia, voluntariado, cuidados domiciliarios, teleasistencia) y organismos (públicos y privados), podemos plantear la necesidad de elaborar unos mínimos contenidos éticos que regulen y orienten, de alguna manera, nuestro actuar para con este colectivo poblacional.

Pero no podemos hablar de fundamentos éticos sin antes preguntarnos, ¿por qué debemos actuar moralmente? ¿Qué nos obliga a comportarnos correctamente?. Son preguntas a las que todo hombre tiene que responder permanentemente. No es una cuestión secundaria ni mucho menos teórica, se trata de esas cuestiones que tienen más arraigo en la problemática antropológica del ser humano y que afectan a la responsabilidad existencial de toda persona. De la res-

puesta afirmativa o negativa a ambas se derivará el modo y tipo de sociedad que queremos construir, esto es, hacia dónde queremos ir. En este sentido, para caminar hacia el ideal de felicidad, de convivencia, de solidaridad, de sentido existencial o de cualquier otra categoría moral que recoja o agrupe los principales anhelos y aspiraciones del ser humano, y de éstos aplicados al ámbito de la asistencia sociosanitaria de los mayores, podemos partir de unas pequeñas bases, pero a la vez sólidas, para la construcción de estos fundamentos bioéticos aplicables al mundo del mayor.

Desde la bioética se pueden aportar muchos frentes de actuación, pero todos ellos habrán de ir apoyados en los pilares del respeto a la dignidad de la persona humana y la promoción de su calidad de vida. Estos conceptos estándar pueden verse impregnados de múltiples tintes ideológicos, culturales o filosóficos, pero no cabe duda que la «dignidad», el «valor de la persona» y la «calidad de la vida personal» pueden ser los elementos que aseguren el reconocimiento y el fomento de la vida humana en su totalidad. Vamos a intentar presentar algunas claves éticas fundamentales que promuevan comportamientos de respeto, benevolencia, justicia y solidaridad para todos, sentando especialmente así los que podrían ser los fundamentos éticos hacia las personas ancianas. Estas claves asistenciales serán los principios básicos de la bioética y el respeto a los valores de la dignidad, de la vida y de la condición de personas que tienen todos los ancianos.

a) Principios básicos de la bioética y personas ancianas

Casi todas las teorías y sistemas éticos contienen principios éticos para la toma de decisiones y la deliberación moral. Estos principios intentan ser como las pautas de actuación o los criterios éticos orientativos para el buen comportamiento personal y el correcto ejercicio profesional. Tomando esta doble idea como punto de partida, vamos a centrar nuestra atención en los cuatro principios bioéticos que pueden aplicarse a la práctica de las profesiones sociosanitarias y, en concreto, al ámbito asistencial de los ancianos.

Desde que la Bioética comenzó a caminar a comienzos de la década de los setenta y desde que el *Informe Belmont* (1978) hablara de ello, se han articulado una serie de principios éticos. Estos principios son: Beneficencia, No-Maleficencia, Autonomía y Justicia. Estos cuatro principios, reformulados y articulados como los pilares básicos de la bioética contemporánea por los autores Beauchamp y Childress, han posibilitado el paso de una ética unitaria, a una ética plural, racional, abierta al diálogo y válida para personas con diferentes credos y cosmovisiones. Este lenguaje común puede estar representado por los principios antes mencionados y por sus respectivas acepciones.

Necesidad de un lenguaje común	<ul style="list-style-type: none"> a) Actuar haciendo el bien a los demás b) Respetar la libertad de las personas c) Comportarse justamente con los otros 	} Bases para los principios de la bioética
--------------------------------	--	--

La pretensión de la bioética actual es constituirse como una ética de mínimos, aplicable a las complejas y difíciles situaciones médicas y, por extensión, sociales. Esta ética de mínimos significa la común aceptación de unas exigencias mínimas o unos deberes de justicia elementales sobre

las que todos deberíamos estar de acuerdo. Precisamente el término de «ética de mínimos» o «ética mínima», de lo que tanto ha escrito Adela Cortina, es un punto de referencia fundamental en el discurso bioético contemporáneo. Es esa ética mínima, también llamada «ética de la justicia» en contraposición a la ética de máximos o de «la felicidad», la que está vigente en nuestra sociedad y la que está en la base de documentos que constituyen un cimiento ineludible en la actual vida social, como son la Declaración Universal de los Derechos Humanos, o las distintas Constituciones y Códigos deontológicos profesionales.

A pesar de que la Bioética se puede fundamentar desde diferentes planteamientos teórico-filosóficos o paradigmas, creemos que una adecuada fundamentación racional de la misma vendría dada por la concreción de unos principios, deberes y obligaciones generales en las que todos, de alguna manera, se vean reflejados e implicados. Desde este enfoque principialista vamos a exponer los principales principios que sostiene la bioética actual, tanto en su contenido como en su aplicación práctica de cara a la ancianidad. En resumen vienen a decir:

Principio de Beneficencia	→	Hacer el bien al anciano (trato digno y respetuoso) y promover <i>su bien</i>
Principio de No-maleficencia	→	No hacer daño al anciano y evitarle todo mal posible (no abusar, abandonar o maltratar)
Principio de Autonomía	→	Respetar la libertad y capacidad de decisión del anciano como agente moral (tanto personal como subrogadamente con representante o voluntad anticipada)
Principio de Justicia	→	Igual consideración y respeto para todos, sin ningún tipo de discriminación o marginación, y garantizar el bien común

b) El respeto a la vida y a la dignidad de las personas ancianas

Muchos pueden ser y han sido los planteamientos éticos a lo largo de la historia, pero el núcleo de sus contenidos morales consiste, en casi todos ellos, en el *respeto a la vida y a la dignidad de las personas*. Pero defender la vida y la dignidad humanas como fundamento de la moral en el ámbito de la ancianidad, puede resultar insuficiente si no aclaramos por qué las personas ancianas son dignas y de qué lo son.

Aunque cada vez se conocen con más detalle las circunstancias y procesos en los que se desarrolla la vida, definir la vida humana o saber precisar cuándo empieza o cuándo acaba realmente, son cuestiones todavía sin resolver. Primero porque hay muchas opiniones discrepantes al respecto y segundo, porque no es posible establecer criterios fijos ante lo que puede catalogarse como un *continuum*, tanto en su origen como en su acabamiento existencial. Resulta, pues, difícil poder definir y concretar qué es la vida humana y en qué consiste, máxime porque no sólo compete sólo a lo biológico sino también a lo biográfico.

Pero si definir la vida es problemático, tanto más lo es definir qué es el hombre y, más aún, qué o quién es una persona, no sólo en los casos de vida pre o embrionaria, sino en los casos de enfermos en coma o profundamente demenciados. Con todo, el concepto «persona humana», que

arrastra todo un andamiaje cultural y filosófico, es de central importancia para la bioética. Es más, según la noción y concepción que se haga de la persona humana, así será la reflexión y análisis que se haga sobre muchos temas bioéticos.

En este sentido, un punto sobre el que hoy día existe un acuerdo casi unánime, es la obligación moral de respetar a la persona. En la medida en que nos respetemos los unos a los otros podremos hablar de verdadero civismo humano. Pero surge una pregunta, ¿quién es persona? Atribuir a alguien la cualidad de ser persona equivale a reconocer en él todos los derechos que ésta ostenta. No reconocer a alguien como persona supone el derecho de no respetar la inviolabilidad y dignidad que ésta posee. De ahí que sea preciso definir claramente qué entendemos por persona y quién puede merecer esta dignidad, sobre todo cuando dicha dignidad humana se ve amenazada o cuestionada.

De todos los seres que habitan nuestro planeta, sólo el ser humano puede ser llamado «persona». El término persona es un concepto histórico y filosóficamente equivoco. Desde el punto de vista metafísico indica la dignidad que tiene el hombre al poseer una naturaleza espiritual y racional. Desde el punto de vista existencial indica el yo como sujeto capaz de autodeterminación y de realización en el mundo mediante su existir, su ser y su obrar con y para los demás. Desde la ética se comprende la persona humana como un ser dotado, en una sociedad libre y democrática, de las categorías de autonomía, inviolabilidad y dignidad.

Pero aunque no podamos dar una definición precisa de qué es la vida, quién es persona o qué es exactamente la dignidad radical de todo ser humano, sí que podemos aplicar estos conceptos al marco antropológico de las personas mayores de manera que podamos explicar y aplicar el genuino sentido de estos términos.

- *El anciano es un ser que tiene dignidad*: todo ser humano tiene un valor y una intrínseca dignidad por encima de cualquier circunstancia externa o personal. Esta dignidad nunca se pierde ni se deteriora. Es un valor inherente a todo ser humano por el hecho de ser persona. Es algo que no admite discusión, pues si así fuera podríamos atentar contra lo más sagrado del ser humano: su dignidad. La dignidad humana no puede quedar a merced de la opinión o consideración de los otros, es decir, es un valor en sí mismo que no puede ser cuestionado por nadie. Otra cosa será dirimir algunas situaciones en que la vida resulta más indigna que digna, pero aún esta delimitación deberá venir avalada por una asunción previa de respeto, benevolencia y de justicia hacia los demás.
- *El anciano es un valor absoluto (no relativo) y un fin en sí mismo (no un medio)*: Decir esto es lo mismo que decir que todo anciano merece un respeto absoluto e incondicional, que tiene valor y no precio, que no debe tratarse nunca como un mero medio sino siempre como un fin, y que es alguien y no algo que se pueda manipular o instrumentalizar a nuestro antojo.
- *El anciano es un ser personal*: como persona, el anciano es origen y centro de valores morales: libertad (puede decidir por sí mismo), responsabilidad (puede responder de forma solidaria a los demás), singularidad (cada uno es único, insustituible y necesario en esta vida), etc. pero también de un sin fin de categorías que lo definen como tal: racionalidad, actividad, unicidad, autonomía, libertad, sensibilidad, misterio, trascendencia, etc. Es un alguien, un ser personal, no un objeto o una cosa.

De estos tres puntos podemos entresacar las siguientes ideas en orden a articular la bioética asistencial que estamos intentando fundamentar. Estas ideas esenciales son:

- Respeto a la vida del anciano: *La vida humana constituye un valor fundamental, del que no se puede disponer arbitrariamente.* Pero esta afirmación hay que matizarla bien: la vida es un valor fundamental, pero no absoluto. Pensamos que se debe hablar menos del valor «sagrado o absoluto» de la vida humana y pasar a hablar del valor «supremo» de cualquier vida. Esto no significa desvirtuar, trivializar ni desproteger la vida humana, sino situarla en su lugar, como valor fundamental y fundante de todo otro valor.

La vida es, por tanto, un bien y un valor fundamental, pero puede estar sometida a ciertos juicios éticos en aquellos casos en que la dignidad de la persona esté en tela de juicio, es decir, en aquellos casos excepcionales y debidamente justificados en que sea más ético prescindir de una vida que conservarla (ej.: ante un caso de distanasia o prolongación artificial de la vida de una persona mayor mediante fármacos y técnicas médicas agresivas). Con todo, defendemos la inviolabilidad de toda vida humana, pero sin absolutizar dicho valor. La vida debe ser, pues, respetada y protegida, pues es el primero y más fundamental de los derechos humanos, aunque se pueden contemplar excepciones, sobre todo cuando dicha vida se contrapone a otro valor como el de la «calidad de vida».

- Respeto a la dignidad del anciano: *El valor y la intrínseca dignidad de todo ser humano están por encima de sus circunstancias externas o personales.* El ser humano tiene un valor básico, de modo que no puede quedar convertido en un mero medio, si no que debe ser tratado siempre como un fin en sí mismo. De hecho la dignidad es lo más humano que tenemos y que somos, y no respetarla es ir contra lo uno y lo otro, es decir, contra nosotros mismos.

La persona mayor tiene una dignidad inviolable. Es más, por motivos de su especial vulnerabilidad, su dignidad debe ser igualmente protegida si cabe con más fuerza. No hacerlo supondría negar la condición y la valía de ser humano digno de existir y de ser a la persona anciana por motivos arbitrarios o, en todo caso, maleficentes e injustos. En la ancianidad poder vivir con dignidad y seguridad, significa que el anciano se vea libre de explotaciones y de malos tratos físicos o mentales; que reciba un trato acorde a su dignidad que nunca variará, independientemente de la edad, género, patología, etc. u otras condiciones vitales; así como ser valorados por sí mismos.

- Respeto a la persona anciana: Todo anciano es persona, porque constitutivamente lo es, pero además también lo es por tener dos rasgos definitorios de la misma: personeidad y personalidad. La personeidad, en terminología zubiriana, es el principio antropológico definitorio del ser humano en cuanto tal, esto es, su esencia particular (ser hombre) y su naturaleza general (ser humano). Pero además de pertenecer a la especie *homo*, el anciano también tiene personalidad, pues desarrolla su capacidad de ser aun a pesar de sufrir incapacidades, falta de autonomía o pérdida de conciencia. El anciano podrá perder, en las últimas fases de su vida parte de su personalidad, sobre todo cuando sufre procesos degenerativos a nivel cognitivo y funcional, pero nunca su personeidad.

Ser anciano, aún en grado último o terminal de la vida, no es sinónimo de dejar de ser persona. El anciano que se encuentra en la recta final de su vida simplemente se encamina hacia los

momentos finales de su trayectoria biográfica por este mundo. Resultaría ridículo e incluso peligroso introducir en este debate expresiones como: «son seres no humanos», «no son personas en el sentido genuino del término», «no son dignos de vivir así», etc. Los ancianos son seres humanos, son personas, y como tales son titulares de unos derechos connaturales a su ser.

5. PROBLEMAS BIOÉTICOS DE LA ANCIANIDAD

Los problemas bioéticos se pueden presentar en cualquier momento en que el anciano o sus familiares se topen con un conflicto que atente contra la dignidad o el respeto a alguien, incluidos ellos mismos. Estos pueden ir desde obligar al anciano/a a permanecer aislado, a experimentar con él nuevos fármacos, abandonarlo o ser negligentes en su cuidado, a maltratarlo, a excluirles de algunos servicios asistenciales por razones utilitaristas, o a abusar de su estado de incapacidad mental.

Vamos a presentar, sabiendo de antemano que no vamos a tratarlos todos ni a profundizar con la amplitud que merecen cada uno de ellos, una panorámica general de los principales problemas y cuestiones que aquejan o pueden afectar a las personas ancianas. Vamos a exponer algunos interrogantes previos para hacernos caer en la cuenta de la importancia que cada uno de ellos puede tener de cara al cuidado y atención de algunas personas mayores, sobre todo las que sufren más indefensión por motivos de salud, socioculturales o de dependencia física o psíquica. Estos son:

- Ingreso involuntario en una residencia geriátrica. ¿Es una necesidad imperiosa?
- Directrices anticipadas y testamentos vitales. ¿Se deben respetar siempre?
- Decisiones subrogadas. ¿Quién debe tomarlas? ¿Quién controla la moralidad de dichas decisiones?
- Designación del tutor legal y responsabilidad moral del mismo ¿Quién lo designa? ¿Es necesaria siempre la figura del tutor? ¿Se puede imponer?
- Incapacitación de hecho y de derecho. ¿Quién la otorga? ¿Basándose en qué criterios se incapacita a alguien?
- Intimidad y privacidad. ¿Es un derecho absoluto? ¿Qué límites o excepciones tiene?
- Abuso y maltrato. ¿Qué tipos de injusticias se cometen con estos enfermos?
- Principio de autonomía y consentimiento informado. ¿Hasta dónde son autónomos? ¿Cómo se lleva a cabo un consentimiento informado válido?
- Relaciones sexuales: abuso e instrumentalización del enfermo en casa o en centros residenciales.
- Despido laboral. ¿puede ser la ancianidad un criterio de exclusión y de despido?
- Problemas clínico-asistenciales: utilización de restricciones físicas, sedación, utilización de sondajes nasogástricos, cuidados del anciano incontinente, encarnizamiento en el tratamiento médico, sobreutilización de fármacos, cuidados en la fase terminal de la enfermedad, etc.
- Deberes y obligaciones de la familia. Deber de alimentos sí, pero ¿y deber de dar cariño? ¿Hasta dónde tienen responsabilidad moral los hijos?

- Papel de la sociedad y del Estado. ¿Qué corresponsabilidad debe jugar el Estado?
- Vivir y morir con dignidad. ¿Cómo lograr una buena calidad de vida y una buena calidad de muerte en estas personas?

Todos estos interrogantes y otros muchos nos llevan a intentar sistematizar algunos de los problemas bioéticos concretos más importantes que tienen lugar en el ámbito asistencial para con los ancianos y, ante los cuales, la bioética debe dar un análisis y una respuesta. Podemos centrarnos en la siguiente lista de problemas de la que trataremos de desarrollar, lo más concisamente posible, aquellos que más relevancia o trascendencia puedan tener para nuestro tema:

1. Ageísmo o etaismo cultural
2. La humanización en la asistencia social y sanitaria a estas personas
3. La exigencia ética de cuidar a los ancianos: ¿deber filial o estatal?
4. Integración y convivencia familiar
5. Pérdida de la propia autonomía y total dependencia
6. Información y comunicación
7. Consentimiento Informado
8. Maltrato a los ancianos
9. Retirada de tratamientos vitales y futilidad terapéutica
10. Experimentación y ensayos clínicos
11. Distribución de recursos sociosanitarios
12. Acompañamiento a ancianos: papel del voluntariado
13. Las experiencias del dolor, el sufrimiento y la muerte
14. Morir con dignidad y Eutanasia

5.1. Ageísmo social

La marginación de los ancianos es un hecho real y comprobado en nuestra sociedad: basta enunciar las actitudes etaístas (discriminación por motivos de la edad avanzada) e incluso gerontofóbicas (temor y rechazo a los mayores por el hecho de ser mayores) que se están dando hoy día.

A veces se piensa que la raíz de esta exclusión social se debe a un hecho biológico: la edad. Pero no es así, sino que viene a ser la consecuencia de una organización social y económica basada en la capacidad personal de producción. Consiguientemente, cuando una persona deja de producir (caso del anciano jubilado), se ve condenada a una pérdida de prestigio social. Los individuos no activos pasan a formar parte de las clases pasivas de la sociedad, lo que supone automáticamente su marginación.

La marginación del anciano opera a todos los niveles: económico, educativo, cultural y sanitario. A todo esto hay que añadir el fenómeno de la «automarginación», como consecuencia de la soledad y pérdida de identidad a la que se ve sometido el anciano dentro de un medio despersonalizado e insolidario. Entre las causas de esta marginalidad pueden destacarse las siguientes:

- Cambio en las relaciones familiares (dificultad en la convivencia y ruptura de la institución familiar).

- Pérdida del papel hegemónico que mantuvo el anciano en otros tiempos (estatus ético y social del anciano).
- Mitificación de la sociedad de consumo (exaltación mítica de la juventud perpetua).
- Una visión hedonista de la vida (búsqueda de la satisfacción en todo y huida de cualquier tipo de sufrimiento o sacrificio).
- Una sistemática negación de los valores tradicionales, sobre todo, en lo que atañe a la familiar y la responsabilidad filial de cuidar a los mayores.

Pero donde mejor se percibe la discriminación hacia los mayores es en la utilización de los recursos sociosanitarios y en la conciencia de ser un estorbo.

a) Utilización de recursos sociosanitarios

El destino que la sociedad y las instituciones reservan a muchos ancianos, enfermos crónicos, etc... se traduce, dentro de las instituciones hospitalarias o geriátricas, en una serie de reacciones defensivas, tanto a nivel administrativo como a nivel asistencial. Esto parte de la concepción real pero injusta de que los ancianos suponen una triple carga social:

- *Carga económica*: la escasez de recursos, junto con los elevados costes de tratamiento de muchas patologías concomitantes en la ancianidad, plantea a la sociedad el problema del reparto de recursos.
- *Carga sanitaria*: el aumento de la esperanza de vida y la mayor eficacia de los tratamientos médicos hace que los enfermos crónicos demanden una mayor utilización de recursos sanitarios y asistenciales.
- *Carga familiar*: el largo proceso de degeneración cognitiva y funcional de muchas de estas personas exige una alta dosis de calidad moral y de responsabilidad, cosas que normalmente recaen en una sola persona: el cuidador principal.

El desarrollo tecnológico ha permitido la supervivencia de personas afectadas por diversas enfermedades que en otras épocas habrían muerto como consecuencia de ciertos procesos patológicos propios de la vejez. Estas nuevas técnicas y procedimientos terapéuticos permiten una mayor supervivencia pero también favorecen una mayor prevalencia de enfermedades crónicas, algunas gravemente incapacitantes como el Alzheimer, la esclerosis, el Parkinson, las cardiopatías, etc. Pero este desarrollo tecnológico también tiene otros aspectos negativos: cada vez es más caro y cada vez se exige una mayor demanda de medidas asistenciales.

Frente a los grandes gastos que suponen estos nuevos procedimientos, se alzan voces en diversos ámbitos proponiendo límites a las prestaciones sanitarias. Estas limitaciones se dirigen fundamentalmente a la asistencia geriátrica. Los dilemas bioéticos que se plantean en relación con lo expuesto son:

- ¿Las prestaciones sanitarias son ilimitadas y universales?, es decir, ¿hay que aplicar todo el arsenal diagnóstico y terapéutico de que disponemos y, además, a toda la población? Los recursos son limitados y sería injusto aplicar irracionalmente todo lo que disponemos para

todos (peligro de hacer añicos el sistema sanitario público), así como alargar procesos crónicos con tratamientos médicos inútiles.

- Si hay que poner límites, ¿qué criterios hay que seguir a la hora de realizar las limitaciones? Es evidente que habrá que poner límites y restricciones para la contención del gasto, pero todos los criterios que se tengan en cuenta deberán venir avalados por dos conceptos claves: *Racionalidad y Justicia*.

b) Conciencia de ser un estorbo

La sensación de saberse y sentirse molesto para los demás supone una carga difícil de soportar, máxime cuando el anciano advierte que su condición impide también a los que le rodean que puedan gozar de su plena libertad y autonomía. Por eso, es frecuente que, entre los miedos más aterradores que tengamos todos de cara al futuro, se descubra escondida esta posibilidad: el temor de ser no sólo inútil, sino de convertirnos, además, en una molestia y en una carga que otros tendrán que aguantar. No es extraño, por tanto, que la soledad y el abandono sean los compañeros inevitables y frecuentes de esta época y constituyan uno de los temores que más asustan y molestan cuando se piensa en la ancianidad, junto con el miedo de la pérdida de capacidades mentales y la muerte.

No obstante hay que ser realistas, pues hay muchas situaciones en las que hasta la propia familia se muestra impotente para atender correctamente o como deberían a estos pacientes. No es falta de cariño ni de buena voluntad, sino que a veces hay circunstancias y condiciones personales o familiares que impiden o dificultan la atención que necesitan, aunque también puede existir un deseo latente de evitar responsabilidades y preocupaciones. No obstante, no podemos enjuiciar ninguna actitud familiar sin antes analizar detalladamente los motivos o razones que han inducido a alguna acción concreta con su familiar. En todo caso, siempre deberán prevalecer los comportamientos cívicos.

Frente a esta concepción social e ideológica de que los ancianos son un estorbo, y desde una ética civil, plural y dialógica, reivindicamos que toda persona anciana es absolutamente valiosa y un fin en sí misma. Todas las personas, independientemente de la circunstancia vital que tengan, son únicas, insustituibles, tienen dignidad. Dentro de esta dignidad está el sentido existencial: al anciano le mata el desamor, le quita la vida el no sentirse valorado y escuchado como ser humano, que nadie cuente para nada con él o que él no cuente para nadie. Es más, ante un anciano todos deben descubrirse. Lo merece sólo por el hecho de serlo. Por eso debemos meditar cómo debemos tratarle, cómo envolverle en amor, cómo llenar de alegrías estos años, a pesar de cualquier pesar que pueda darse.

5.2. Humanización de la praxis asistencial

Hablar de Humanización o de humanizar algunos ambientes deshumanizados supone partir de una idea, consciente o inconsciente, de cómo debería vivir el ser humano para realizarse como tal. En este sentido, la humanización de la asistencia sociosanitaria a la persona mayor es un tema que, hoy por hoy, preocupa fundamentalmente a los enfermos, a las familias y al personal

sanitario, pero que se está extendiendo la preocupación a sectores tan importantes como los Servicios Sociales y la gestión de la sanidad pública y privada.

En nuestro medio sociosanitario observamos, por una parte, que tenemos un aceptable nivel de calidad técnica asistencial; pero por otra, constatamos que se va perdiendo o dejando a un lado en el quehacer diario la consideración del enfermo o del anciano como persona. Quizá esta deshumanización (lo no humano) no sea otra cosa que un fiel reflejo de la sociedad actual en la que vivimos, o del cambio cultural constante al que estamos asistiendo, o de la caída de las referencias absolutas religiosas, filosóficas o políticas.

Estos y otros factores afines, se están dejando sentir en las principales estancias de la vida humana, y por consiguiente, también en la relación asistencial con personas que experimentan la enfermedad o el dolor. En este sentido, podemos indicar algunos fenómenos:

- Se va imponiendo un sentido hedonista, consumista y productivo de la vida, que va apartando cada vez más las realidades del dolor, la enfermedad, o la ancianidad.
- A veces se asume una función directiva en la organización sanitaria o en la gestión de algunos centros geriátricos, más como afán económico y político que por ofrecer un mejor servicio al anciano como persona y como enfermo.
- Se olvida que la persona enferma o dependiente también tiene su biografía, su historia, sus valores, su familia, su ética, su fe, sus angustias, sus problemas, etc., y nos acercamos a ellos de manera técnica, fría e impersonal.
- La tecnificación, el maquinismo, la protocolización, la burocracia, etc., niegan y despersonalizan cada vez más la realidad personal del enfermo, máxime si éste se encuentra con dependencia psíquica y física.

Ante este panorama no proponemos ni dogmatismos, ni doctrinas, ni moralinas, ni soluciones idealistas, sino concebir la realidad social y sanitaria desde otra perspectiva, desde la visión del hombre como hombre, como persona, como ser humano que experimenta la enfermedad y la dependencia y recibe de otro ser humano los cuidados de salud y de ayuda, mediante su valía profesional (médicos, enfermeros, geriatras, terapeutas ocupacionales, directores de hospitales o residencias geriátricas, directores de centros de día, etc.) y su valía humana (su calidad, su empatía, sus cualidades, sus sentimientos, etc.).

Con todo hay que decir que hay un gran desconocimiento del mundo del anciano enfermo. Esta es una de las causas fundamentales que impide un encuentro personal y la relación adecuada entre el paciente anciano y el personal socio-sanitario. ¿Acaso sólo el «hacer profesional» se reduce exclusivamente a cumplir funciones técnicas propias u ordenadas por otros, sin más interacción con el enfermo? Creemos que no. Es bueno y valioso tener una gran calidad y competencia profesional, pero también es necesario, en la misión sociosanitaria hacia el anciano lograr una relación interpersonal, que no sólo mejorará la autorrealización del cuidador y de la persona cuidada, sino que redundará en beneficio de todos.

Desde esta concepción de la asistencia sociosanitaria, cabe enfocar la función asistencial hacia el anciano como un servicio que ayuda a mejorar la calidad de vida del enfermo y su entorno (familia, medio social) y a ser capaz de vivir con plenitud los momentos limitativos de la existencia

(minusvalías, discapacidades, deterioros cognitivos). Sobra decir que la condición de estar enfermo no rebaja la dignidad de la persona humana, sujeto de derechos inviolables e inalienables, sino que la refuerza pues, ante un sujeto debilitado psíquica y corporalmente, debemos funcionar humanizadamente desde la justicia social y sobre la base de la defensa de los derechos básicos del paciente geriátrico.

5.3. Convivencia e integración: el problema familiar

Los temas que se suscitan en este punto son varios. Primero, cuestionarse si la responsabilidad de atender a nuestros mayores debe recaer prioritariamente en las propias familias; segundo, cuál es el rol que debe desempeñar el entramado social y por derivación el Estado en la asistencia y cuidado a los ancianos; y, tercero, cuál el papel que desarrolla la mujer en toda esta problemática, puesto que suele ser a ella a quien le toca la mayor carga (tradicionalmente la mujer ha sido considerada como la cuidadora del anciano/a por excelencia), por eso hablamos de que la palabra cuidador se declina en femenino singular, esto es, en una mujer.

Partimos de que en los últimos años ha habido cambios en la sociedad en general que también han afectado, de alguna manera, a la transformación de la estructura familiar, entre ellos el de la incorporación de la mujer al mundo laboral. Como consecuencia de este cambio, el cuidado del anciano ha pasado de ser una dedicación familiar a un problema social. Desde aquí podemos ya plantear la corresponsabilidad que en esta enfermedad deben de tener el Estado y las familias.

En la actual familia, reducida de tamaño, metida en espacios vitales mínimos, el abuelo tradicional empieza a no tener cabida. Estos cambios en la familia han hecho que al igual que se deja a los hijos casi recién nacidos en guarderías infantiles, se deje a los ancianos en residencias y centros de día para su cuidado y atención. Sin embargo, en la actualidad, del total de mayores que necesitan ayuda casi un 87% la reciben de su familia (es ínfima la proporción que viven en residencias, 4 %). En todo caso, el ideal es vivir con su familia, y sólo ingresar en una residencia por razones de necesidad, no por egoísmo o deseos de libertad de los familiares.

La familia debe en todo momento considerar al anciano como un ser querido, conservando siempre su dignidad personal, su respeto y sus inquietudes personales. El anciano no es un ser terminado, se encuentra abierto a la comunicación, al diálogo. Se necesita, por parte de todos los miembros de la familia, una gran sensibilidad para evitar que el anciano caiga en el aislamiento, en la soledad, incluso a veces, en el olvido. El anciano, como casi todas las personas, necesita ternura, comprensión, delicadeza,... en una palabra: sentirse amado y estimado sobre todo por su familia.

En la convivencia con un anciano dependiente hay que huir de dos extremos relacionales, que van a dificultar seriamente la calidad del trato moral. Estos son: el autoritarismo exigente (mandar sobre él en todo) y el paternalismo camuflado (dárselo todo hecho). Del mismo modo, hay que intentar propiciar una serie de actitudes y valores que van a redundar positivamente en todos, tales como: tratar de satisfacer sus gustos y preferencias (ej: comidas, hobbies, etc.), contar con ellos (que el anciano no sea como un mueble), no abusar de ellos (peligro de manipularlos o maltratarlos), vivir con ellos, por ellos y junto a ellos (para que den significado y sentido a su existencia).

La magnitud del problema familiar es tal que, por ejemplo, los familiares de dementes, sobre todo aquellos responsables del cuidado diario de los enfermos, necesitan soporte psicosocial, sociosanitario y socioeconómico que alivie la carga que la enfermedad ocasiona. Por eso pensamos que mantener al anciano demenciado en casa supone buscar una serie de recursos de ayuda y asistencia, tanto formales como informales. Del mismo modo, y en este sentido, también es necesario crear fondos de soporte financiero para los sectores más afectados o de más alto riesgo; hay que abaratar el coste de las atenciones médicas, promover residencias y centros asistenciales adecuados, crear centros especializados dependientes de la seguridad social para asistencia psicogerátrica, formar personal sanitario que sirva de mediador entre la familia y el enfermo e idear estrategias sociosanitarias y biomédicas para afrontar las emergencias que, con relativa frecuencia, surgen en el manejo de las demencias.

Marcar la corresponsabilidad entre el Estado y las familias con un anciano a su cargo debe ser una exigencia social indiscutible, pero además es necesario que de esta corresponsabilidad se siga una integración y normalización de sus vidas. Decir esto equivale a afirmar que el anciano forma parte por derecho propio de la comunidad social y debe llevar una vida tan normal como sea posible. Habrá que integrarlo y convivir con él de la mejor manera posible (no verlo como una carga social y familiar).

El tema sobre el grado de exigencia moral que debe tener una familia y más en concreto, la figura de la mujer, requiere un análisis ético más profundo. En primer lugar cabe plantear si el derecho de uno a ser cuidado implica la obligación de otro/os a cuidarle. Los ancianos necesitan ayuda de otros para seguir existiendo, pero, ¿quién debe ser el responsable máximo de los deberes hacia la persona anciana? ¿Existe una responsabilidad social (Estado) o filial (hijos/as)? A este dilema respondemos que existen dos formas, que bien pueden ir unidas, de comprometerse y dejarse interpelar por el cuidado a los mayores:

- *Solidaridad intergeneracional*: tenemos que ayudarnos los unos a los otros, pues no sólo es signo de humanidad sino que, de alguna manera, ayudando a estos nos ayudamos a nosotros mismos, pues apostamos por un futuro mejor. Hay que cuidar (en el presente) como nos gustaría que nos cuidaran a nosotros dentro de unos años (para el futuro).
- *Gratuidad*: Hay que dar gratis lo que recibimos gratis. Si nos han cuidado de pequeños de manera gratuita, ¿quién se atreve a no hacer lo mismo por ellos? Aquí el deber paternal y el filial están al mismo nivel, aunque siempre habrá situaciones o casos en que los hijos no deseen hacer por sus padres lo que estos no hicieron por ellos.

5.4. Pérdida de la autonomía y dependencia

Un anciano podrá tener sus funciones biológicas y cognitivas enlentecidas y/o mermadas: puede tener problemas de comprensión, de orientación, de elaboración de una respuesta coherente, etc... pero estos déficits no tienen por qué invalidarle totalmente para tomar decisiones autónomas. Pueden darse casos de personas con deterioro cognitivo severo o con incapacidad manifiesta, que claramente imposibilitan a la persona a ejercer su derecho a ser autónomo, pero han de ser casos excepcionales que nunca se deberán convertir en norma.

Es lógico que en el proceso de envejecimiento el deterioro orgánico aumente de forma progresiva, sobre todo si a este proceso le acompaña alguna enfermedad neurodegenerativa. Cuando las limitaciones y deficiencias, aunque pequeñas, empiezan a multiplicarse en estas personas, disminuye su capacidad de autonomía, pasando a ser considerado como un «mayor dependiente». Por eso, como afirman algunos autores, la cuestión esencial es saber a partir de cuándo la dependencia de las personas ancianas comienza a ser, además de un problema personal y familiar, un problema social.

Muchos ancianos van perdiendo capacidad y competencia, por eso surgirán múltiples conflictos éticos cuando no sepamos atribuir qué decisiones y actuaciones son realmente autónomas. Pero una cosa es la incapacidad clínica y otra muy distinta la incapacidad jurídica. La primera delimita que una persona no es autónoma para valerse por sí misma o para decidir, la segunda, es el reconocimiento formal y legal de dicha dependencia, y, en la mayor parte de las veces, la certificación de la incompetencia de una persona para decidir.

Autónomo es aquel individuo que tiene capacidad para autogobernarse a sí mismo y autodeterminar sus propias acciones y decisiones. Pero ocurre que esta autonomía nunca se presenta en estado puro, sino siempre en el umbral de los niveles, esto es, se podrá ser más o menos autónomo para actuar y más o menos dependiente para ejercer la capacidad de decisión.

El paciente anciano podrá ir perdiendo paulatinamente la capacidad de autogobierno y de relación. La pérdida de dichas capacidades, con la consiguiente situación de dependencia, influirá negativamente en su competencia para decidir y actuar autónomamente. Por eso creemos que la autonomía debe ejercerse antes de que aparezca alguna enfermedad incapacitante.

No obstante, también será necesario e imprescindible evaluar y valorar convenientemente y con suficiente seriedad profesional el grado de capacidad jurídica para obrar y de competencia ética para decidir qué tiene un paciente o una persona enferma en un momento determinado. La capacidad viene regulada por los artículos correspondientes del Código civil (art. 199ss), mientras que la competencia puede analizarse según diferentes escalas de medición clínica, tanto desde lo psicológico, neurológico, como estrictamente ético (escalas de Drane, de Appelbaum o de Roth).

Cuando se pierda la capacidad de comprensión y comunicación, la capacidad de razonar o deliberar, e incluso cuando se pierda la conciencia, no será posible actuar autónomamente. Por eso es necesario establecer la importancia de dejar estipulado, mediante documentos previos (Testamentos vitales o voluntades anticipadas) y según la propia escala de valores vitales de cada uno, aquello que queremos que se haga con nosotros, la manera de que clínicamente se nos trate, cómo nos gustaría ser clínicamente tratados en el proceso de nuestra muerte, quién nos representará y sustituirá mejor, etc., cuando ya no podamos decidirlo por nosotros mismos.

En este sentido, la autonomía siempre deberá ser respetada salvo en los casos en que sus acciones sean claramente perjudiciales para el interesado o para los demás. No respetarla en el resto de los casos será, por lo general, señal de injusticia para con la persona afectada y de violación clara de sus derechos y libertades básicos. Toda persona anciana, mientras no se demuestre su incapacidad o su total dependencia, es una persona autónoma y como tal deberá ser tratada. Además, deberemos fomentarle al máximo su independencia, al menos, hasta donde sea posible.

5.5. Maltrato

Sobre el tema de los malos tratos a las personas mayores no es fácil encontrar informes o estudios sociológicos que apunten hasta qué grado y bajo qué circunstancias se han cometido acciones que puedan ser calificadas como maleficentes o dañinas para con estas personas. No obstante existen algunos muy buenos como los llevados a cabo por Antonio Moya, Javier Barbero, M.ª Teresa Bazo o Monserrat Lázaro del Nogal. Quizá sean tres las causas de esta falta de datos:

- El maltrato a la persona anciana suele ser algo, por lo general, negado por la misma sociedad.
- Es muy difícil que los propios ancianos denuncien malos tratos, máxime si quien se los proporciona es a su vez la persona que lo cuida y esta es parte de «su gente».
- Los ancianos no encuentran alternativas mejores a su silencio, por lo que evitan denunciar situaciones degradantes o humillantes para ellos.

La Asociación Médica Americana recogió en 1987 la siguiente afirmación de maltrato: «el resultado de daño o amenaza, de daño contra la salud o el bienestar de la persona anciana». A esta definición habría que añadirle, en palabras de Javier Barbero, que el resultado o riesgo de daño debe tenerse independientemente de si exista intencionalidad o no, o sea por acción o por omisión.

Es el principio de maleficencia el que principalmente está implicado en el maltrato a las personas mayores (se les hace o infringe algún daño), pero también los principios de Autonomía (se les impide decidir o gestionar sus propias vidas) y Justicia (no son tratados con la consideración y el respeto que merecen, e incluso a veces, se les excluye de determinadas atenciones por no disponer de suficientes recursos patrimoniales).

El maltrato a los ancianos se puede manifestar de diversas maneras e incluye daños físicos, psíquicos, violación de derechos o negligencia en el cuidado. Vamos a exponer cada uno de estos tipos de maltrato:

- *Maltrato físico*: incluye lesiones físicas (golpes, palizas, zonas quemadas, etc.), desfiguración, abuso sexual y/o muerte.
- *Maltrato psicológico*: consiste en procurar de forma intencionada diversas condiciones que originen malestar mental o emocional, como agresiones verbales, intimidación, chantajes, humillación o conductas degradantes.
- *Violación de derechos*: comprende el confinamiento, la explotación financiera (tenerlos en casa por la pensión que cobran o quitársela) y la exclusión de la asistencia sanitaria.
- *Abandono o negligencia*: incluye la falta de vigilancia y solicitud en el cuidado (nutrición, hidratación e higiene, asistencia en la enfermedad) y la asistencia social inadecuada. Se han dado casos en que mueren de tristeza y soledad, de suciedad e infecciones.

Pero pensamos que aunque existen muchos tipos de maltrato y algunos de ellos están incluso hasta socializados, la mayor parte de estos maltratos no se detectan o no se denuncian. En ello influyen algunos condicionantes o factores de riesgo socioculturales que afectan directamente a la familia en donde se inserta el anciano enfermo. Estos son:

- Por parte del anciano: pobreza, dependencia, inutilidad, problemas familiares con los hijos o con su pareja anteriores al curso de la enfermedad,...
- Por parte de los cuidadores: obligación no deseada, impositivo moral y social, edad de los hijos, modo de vida de la familia, situación laboral y económica.

Con todo, la familia y la sociedad tienen el deber moral o mejor, la obligación legal, de no ser maleficentes con los ancianos, esto es, de no provocarles ninguna forma de maltrato. Sólo desde el respeto a la dignidad del anciano puede realizarse una asistencia sanitaria geriátrica plenamente ética. Cualquier minusvaloración de esta dignidad llevará al rechazo, al abuso y al desprecio del anciano como una «vida sin valor».

5.6. Distribución de recursos sociosanitarios

El envejecimiento de la población está sobrecargando los servicios sociales, los servicios de salud, los programas de ayuda y las redes complementarias de asistencia. Este mismo envejecimiento trae consigo un incremento notable en la demanda de cuidados y, por consiguiente, del gasto sociosanitario, tanto por el mayor consumo de fármacos como de servicios asistenciales (tanto de la red pública como de la privada).

La salud pública es una tarea ardua y costosa que requiere una buena organización y un equilibrio en la distribución de recursos cada vez más escasos y limitados. El Estado tiene la obligación de garantizar a los ciudadanos el máximo de salud que su pueblo pueda alcanzar, por lo que debe planificar y organizar bien el uso de los recursos de que dispone.

Sin embargo, los recursos sanitarios disponibles actualmente pueden aumentar en razón de las demandas de asistencia sociosanitaria, pero nunca al ritmo de ellas, esto es, están aumentando pero no es ya posible cubrir, por su elevado número, todas las demandas asistenciales que empieza a requerir la población anciana. Esto se puede ver en casi todos los países de Europa cuyas partidas presupuestarias del PIB para sanidad o vejez superan con creces otras partidas no menos importantes como educación o empleo.

Como afirman algunos autores, existen muchos factores que están provocando un gasto sanitario excesivo y que tienen que ver más con una deficiente disposición de recursos que con el efecto del proceso de envejecimiento. Estos factores son bien conocidos: carencia de estructuras adecuadas para el cuidado sociosanitario de los ancianos (centros de día, unidades geriátricas, residencias asistidas), inexistencia de servicios asistenciales alternativos de menor coste, preferencia en la cobertura pública por financiar el hospital y la medicina ambulatoria frente a otros servicios, falta de coordinación entre los distintos sectores de atención (ruptura entre la dimensión sanitaria y la social), etc.

Los costes sanitarios (cuidados médicos y de enfermería, fármacos, productos médicos) y los costes sociales (residencias, viviendas tuteladas, pensiones, servicios sociales) son muy elevados para atender durante un largo periodo de tiempo las necesidades de los ancianos enfermos. Y no hablemos de los costes personales, que no se contabilizan. El cuidado a un enfermo geriátrico es, ante todo, un problema sociosanitario global.

Es verdad, y así lo afirmaba Javier Gafo, que los costes de la atención sanitaria se han disparado en paralelo con el progreso de la medicina y están poniendo en peligro la viabilidad de la seguridad social médica. Se suele decir que «la salud no tiene precio», pero hoy día conlleva unos costes indiscutibles, lo que obliga a utilizar unos criterios justos y equitativos para el reparto de los recursos sanitarios. De hecho, la contención de los gastos sanitarios representa un problema social y político de gran trascendencia. Algunos autores como Daniel Callahan proponen los siguientes criterios para tratar de llevar a cabo una distribución equitativa de los recursos:

- Coste/beneficio y coste/eficiencia.
- Preferencias del paciente (directrices anticipadas).
- Futilidad de los tratamientos.
- Calidad de vida.

Por otro lado, existen posturas que propugnan la exclusión de los ancianos de determinados procedimientos diagnósticos o terapéuticos, fundamentados exclusivamente en la edad cronológica y en el tipo de enfermedad. Estas posturas deben ser rechazadas porque el criterio de exclusión (la edad cronológica y la enfermedad) no puede ser por sí mismo determinante de ninguna decisión de ese tipo. Es de sobra conocido que personas ancianas, incluso muy ancianas, mantienen una calidad de vida plenamente satisfactoria. Privarles de una intervención quirúrgica, de un tratamiento médico o de cualquier otro procedimiento supondría una grave injusticia. Además, estos criterios: coste/beneficio, futilidad de tratamientos o calidad de vida pueden ser fácilmente utilizados para con estos pacientes, pero no sin sentar un mal precedente o correr el riesgo de caer en una pendiente resbaladiza.

En general, tanto las autoridades como los mismos profesionales sanitarios son conscientes de que las prestaciones sanitarias no pueden ser ilimitadas. Los análisis económicos son concluyentes: un crecimiento ilimitado de los gastos terminaría con cualquier sistema sanitario público. Por eso, lograr el óptimo de salud para los ancianos enfermos es una tarea compleja, dado que las demandas son muchas y los recursos son pocos (o mal distribuidos) y limitados. Por eso pensamos que deben existir otros criterios que optimicen racionalmente la utilización eficiente de los recursos disponibles. Estos pueden ser:

- Invertir más en recursos preventivos y terapéuticos.
- Asignar partidas presupuestarias públicas a investigación.
- Buscar alternativas económicas válidas (ej.: hacer uso del patrimonio de estas personas).
- Integrar la gestión pública con la privada en algunos casos.
- Garantizar un control responsable de la administración de los recursos públicos.
- Organizar un Plan Nacional Gerontológico adecuado a la demanda real de estas personas.
- Etc.

5.7. Morir con dignidad

Si hemos recalcado el trato digno y respetuoso que merece todo paciente, por ser una persona humana, la dignidad en los últimos instantes de su vida debe verse igualmente protegida y hon-

rada. Los momentos cúlmen de la vida de todo ser humano son el nacimiento y la muerte. Del primero apenas tenemos conciencia, mientras que en el segundo cabe una vivencia más profunda y consciente. Quizá el principal derecho ético que mejor cabría recalcar sería el de la atención integral al anciano, sobre todo, en lo que respecta a la dignidad de su vivir y también de su morir.

Morir con dignidad es importante, pues han de evitarse situaciones que pudieran parecer, a priori, indignas de cualquier ser humano. Pero ¿qué es morir de una forma digna? Como afirma un folleto de la Asociación Española Derecho a Morir Dignamente, «morir dignamente significa morir racionalmente y en pleno uso de la libertad personal, dueño de las circunstancias que rodean al acontecimiento y con el respeto de los demás hacia la propia voluntad». Somos conscientes de que esta afirmación puede ser controvertida, pero lejos de prejuicios ideológicos o de ideas preconcebidas, bien podría representar lo que presuntamente puede significar esto del bien morir. Eso sí, tampoco es posible priorizar siempre y pese a todo la propia autonomía del paciente en menoscabo de otros principios tan importantes como la maleficencia, la beneficencia o la justicia.

Acompañando a esta dignificación del acto de morir, cabe introducir en este el componente afectivo que tiene todo ser humano. Los sentimientos y afectos demostrados en estos últimos instantes hacen que la despedida y la vivencia de la misma cobren un cariz más armonioso y pacífico por parte de quien acompaña al paciente y por parte de aquel que se deja acompañar. La vivencia primera de la muerte la podemos percibir por la experiencia que otros nos manifiestan, mientras que la vivencia del propio paciente sólo podemos intuirlo de la manera más profunda.

Por otro lado, la muerte digna no es un asunto que se pueda reducir a desconectar aparatos o a suministrar sustancias letales, sino que hace referencia a un conjunto de relaciones humanas y familiares, a una prolongación racional de la vida del paciente tratando de humanizar la enfermedad y la muerte, a no empeñarse en prolongar la vida biológica y a respetar los valores existenciales del enfermo. Morir con dignidad significa, entre otras cosas, favorecer la dimensión propiamente humana del proceso de morir y eso a todos los niveles, incluido el espiritual.

El derecho a morir con dignidad también encierra el derecho a ser «cuidado». Cuando el «curar» no es posible, permanece operante la obligación ética de cuidar. Muchos ancianos podrán padecer enfermedades incurables, pero siempre se les podrá cuidar. Una ética del cuidado aplicada al mundo asistencial geriátrico supone tener en consideración todo lo que significa una asistencia humana y médica integral.

El derecho a una muerte digna equivale, por tanto, al derecho a dejar al anciano ser el protagonista de la propia muerte y a que ésta muerte acontezca en un ambiente humanizado. Adquiere importancia la existencia y utilización de los llamados Testamentos Vitales (directrices previas que el enfermo firma con plena lucidez y conscientemente sobre cómo desea ser cuidado en los últimos momentos de su enfermedad) y todo el tema del acompañamiento psicológico para vivir el morir.

De todos modos existe una gran diversidad de opiniones sobre cómo o qué entender por morir con dignidad. Para unos corresponde a la posibilidad de elegir el momento de la muerte (Eutanasia), decir no a una muerte artificializada (encarnizamiento terapéutico) o simplemente morir

humanamente, sintiéndose persona. En cualquier de estos sentidos están aumentando las peticiones a favor de una muerte digna, pero ¿Qué encierra realmente esta expresión? Parece que hay un consenso público que bien puede apoyarse en estos puntos.

- Morir rodeado de cariño y apoyo de los seres queridos.
- Con la asistencia médica adecuada: del curar al cuidar.
- Eliminando en lo posible el sufrimiento y el dolor.
- De muerte natural, a su tiempo, no provocada (eutanasia), ni irracionalmente prolongada (distanasia).
- Sin manipulaciones médicas innecesarias.
- Aceptando la muerte como parte de la condición humana.

6. MODELOS BIOGERONTOÉTICOS REFERENCIALES

Una vez esbozado mínimamente qué es la bioética, qué es el bioderecho y qué pueden aportar ambos al mundo de los mayores (desde la visión existencial y desde la óptica asistencial), así como sus posibles problemáticas concretas, podemos afirmar, a modo de conclusión general, que toda persona mayor es merecedora del máximo respeto posible, no sólo porque ello suponga tratar de forma ética su dignidad, su valor vital y su valía personal, sino también porque ennoblece y humaniza la práctica profesional hacia ella, engrandece a las personas que se dedican a cuidar o atender a personas ancianas y supone sentar las bases para una vida presente de calidad para estas personas y una vida futura de calidad para los que algún día lleguemos a su edad.

Para concluir y para hacer extensibles todas las reflexiones éticas plasmadas anteriormente, proponemos una serie de modelos éticos a seguir y a practicar. Estos son: ética del cuidado, ética del respeto y ética de la solidaridad para con la persona mayor. Todos y cada uno de estos modelos propugnan una atención de calidad profesional y de calidez moral para todos aquellos que, directa o indirectamente, asuman la difícil y bonita tarea de cuidar a una persona mayor frágil. Estos son:

6.1. Ética del cuidado

Es plausible proponer una ética del cuidado para con las personas ancianas enfermas, pues tanto en la profesión médica como social, el cuidado ocupa un lugar esencial. Por otro lado, ante el tema de la ancianidad, en nuestra sociedad actual, no cabe otra expectativa que la sensibilización social y personal. De hecho, preocuparse por los problemas de nuestros mayores significa sentar las bases para mejorar su presente y nuestro futuro.

Pero esto no es un reto para el futuro, sino una tarea para el hoy. Este reto radica en: movilizar recursos adicionales para las necesidades no cubiertas, conocer mejor las nuevas necesidades y la forma de atenderlas y desarrollar mecanismos de respuestas adecuados a la magnitud social de

los distintos problemas (a grandes males grandes remedios). Es necesario, además, hacer de la necesidad del cuidar un auténtico arte, que nos enriquezca humanamente y nos lleve a realizar-nos más desde nuestra profesión y a aportar mayor calidad de vida a quien asistimos.

6.2. Ética del respeto

Hemos de hacer que la «tercera edad» deje de ser, como afirmara en una ocasión José Luis Pinillos, una «edad de tercera». Por eso hemos de hacer que la vida merezca la pena vivirla, sobre todo la vida de aquellas personas que desde fuera es tan fácil negarles cualquier sentido o que no se las considere desde lo que son: personas como nosotros.

En una sociedad del bienestar e imbuida por valores antagónicos al mundo de los mayores, hacer que nuestros ancianos puedan vivir felizmente es, sin lugar a dudas, el mejor indicador de que la sociedad se va humanizando realmente. Por eso, pensamos que tener respeto ético hacia estas personas, son signos de mucha madurez y calidad humana pues supone, entre otras muchas cosas, saber ponerse en el lugar del otro, como diría Savater, y atender al otro como se merece, esto es, con la máxima dignidad ética.

6.3. Ética de la solidaridad

Cicerón afirmaba que el hombre tiene un deber natural de velar por los otros: «la naturaleza prescribe que el hombre mire por el hombre, cualquiera que sea su condición, por ser precisamente hombre» y eso lo hacía sobre la base de que «el hombre es y debe ser cosa sagrada para el hombre» (*homo sacra res hominī*). Además, todos podemos tener, más o menos claro, que es preferible vivir solidariamente para otros que no hacerlo, que es preferible vivir en una sociedad donde todos se preocupen de todos, que no en otra que se rija por el «sálvese quien pueda» y nadie asuma responsabilidades ni cuidados hacia nadie.

La ética solidaria sirve para hacer un mundo más justo y más humano, para defender los derechos de los seres humanos, para buscar el bien en todo. Pero la ética se puede hacer de dos maneras: *desde la mente*, desde las reflexiones teóricas que nos indican lo que debemos hacer, o *desde el corazón*, desde el sentimiento, desde lo que nos toca por dentro, desde las entrañas: es ahí donde debemos hacer hincapié, en trabajar nuestra «humanidad», desde el corazón, desde el amor, desde la ternura...

Tener respeto, cariño y solidaridad hacia los mayores, son signos no sólo de humanidad, sino de excelencia humana. Apostemos por estos valores: solidaridad, respeto y cariño, sobre todo porque muchas veces es lo único que les puede quedar y porque son los valores que realmente humanizan y dignifican el misterio inabarcable de toda persona anciana...

7. BIBLIOGRAFÍA

- ADROHER BIOSCA, S.: (Coord.), *Mayores y Familia*, IMSERSO/UPCO, Madrid, 2000.
- BARBERO, J.: «Problemas éticos en la atención al anciano enfermo», *Labor Hospitalaria* 243 (1997) 53-64.
- CALLAHAN, D.: *Setting limits: medical goals in an aging society*, Simon and Schuster, New York, 1987.
- COHEN, D., EISDORFER, C.: *Cómo cuidar de tus padres cuando envejecen*, Paidós, Barcelona, 1997.
- DANIELS, N.: *Am I My Parent's Keeper? An Essay on Justice between the Young and the Old*, Oxford University Press, Oxford, 1988.
- DRANE, J.F.: *Becoming a Good Doctor: The Place of Virtue and Character in Medical Ethics*, Kansas City, Sheed and Ward, 1988.
- FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, R., y otros: *Calidad de vida en la vejez en los distintos contextos*, IMSERSO, Madrid, 1996.
- GAFO, J., (ed.): *Ética y ancianidad*, UPCO, Madrid, 1995.
- *La eutanasia y el arte de morir*, UPCO, Madrid, 1990.
- GARCÍA FÉREZ, J.: *La bioética ante la enfermedad de Alzheimer*, DDB, Bilbao, 2005.
- *¿Cómo debemos tratar y cuidar a una persona con enfermedad de Alzheimer? Perspectiva bioética*, AFAL Madrid / Obra Social Caja Madrid, Madrid, 2001.
- *Ética de la salud en los procesos terminales*, San Pablo, Madrid, 1998.
- GÓMEZ RUBÍ, J.A., ABIZANDA CAMPOS, R.: *Bioética y Medicina Intensiva. Dilemas éticos en el paciente crítico*, Edika Med, Barcelona, 1998.
- GRACIA, D.: *Como arqueros al blanco*, Triacastela, Madrid, 2005.
- *Bioética clínica*, El Búho, Santafé de Bogotá, 1998.
- *Ética de los confines de la vida*, El Búho, Santafé de Bogotá, 1998.
- JECKER, N.S. (ed.): *Aging & Ethics*, Humana Press, New Jersey, 1991
- JOHNSON, J., SLATER, R. (eds.): *Ageing and Later Life*, SAGE, London, 1993.
- LAÍN ENTRALGO, P.: *La relación médico-enfermo*, Alianza Universidad, Madrid, 1983.
- *Hacia la recta final*, Galaxia Gutenberg, Madrid, 1998.
- LÓPEZ AZPITARTE, E.: *La edad inútil. Para ayudar y prepararse a la vejez*, San Pablo, Madrid, 1993.
- MARÍN LEÓN, J. A., MARTÍN ZURIMENDI, E., (Coords.): *Manual de buena práctica para residencias de personas ancianas*, Diputación Foral de Álava, Vizcaya, 1996.
- MARTÍN SERRANO, A.: *Relación médico-paciente geriátrico. Aspectos legales y entorno jurídico*, Editores Médicos / SmithKline Beecham, Madrid, 1995.
- MARTÍNEZ MAROTO, A. (Coord.): *Gerontología y derecho*, Panamericana, Madrid, 2001.
- MELGARES, J.: *Valores éticos de la tercera edad*, Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba, Córdoba, 1989.

- MYERS, J.E.: *Adult Children and Aging Parents*, Kendal/Hull, Dubuque, 1989.
- PALMORE, E.: *Ageims. Negative and Positive*, Springer Publishing Co., New York, 1990.
- PÉREZ SERRANO, G.: *Calidad de vida en personas mayores*, Dykinson, Madrid, 2004.
- PRIMEAU, F.: *L'exigence éthique en gériatrie*: Laennec 39 (1990) 11-14.
- RIBERA CASADO, J.M., GIL GREGORIO, P. (eds.): *Problemas éticos en relación con el paciente anciano*, Editores Médicos, Madrid, 1995.
- SIMÓN LORDA, et al.: *Obligaciones morales con los ancianos*: Humanizar 22 (1995) 12-13.
- SINGER, P.: *Ética práctica*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995.
- *Repensar la vida y la muerte*, Herder, Barcelona, 1998.
- THORNTON, J.E., WINKLER, E.R.: *Ethics & Aging*, Columbia Press, New York, 1988.
- TORRALBA, F.: *Antropología del cuidar*, Fundación Mapfre Medicina / Instituto Borja de Bioética, Madrid, 1998.
- *Ética del cuidar*, Fundación Mapfre Medicina / Instituto Borja de Bioética, Madrid, 2002.

10

SEGURIDAD VIAL Y PERSONAS
MAYORES

un análisis desde la perspectiva de la norma y las infracciones

Francisco Alonso Pla

Doctor en Psicología

**Profesor Titular de la Universidad de Valencia. Especialidad en Tráfico
y Seguridad Vial**

1. INTRODUCCIÓN

Es un hecho que nuestras sociedades están envejeciendo a un ritmo nunca antes conocido. Pero en nuestra sociedad actual, el comportamiento de las personas de edad avanzada, no se ajusta a los estereotipos que hasta ahora han imperado sobre las personas mayores. En la actualidad, una edad de jubilación relativamente temprana, las mejoras en salud y calidad de vida, así como en los sistemas de soporte económico para la jubilación, se han traducido en una vejez más larga y en nuevas oportunidades para la vivencia de la misma.

En consecuencia es necesario destacar la importancia de la movilidad de las personas mayores para el aprovechamiento de estas nuevas oportunidades, por lo que es asimismo necesario establecer estrategias que puedan fomentar la movilidad de nuestros mayores que quieren ser útiles, mantenerse activos y mantener su independencia. Esta tarea, sin lugar a dudas, contribuirá a incrementar la calidad de vida para este colectivo en uno de sus factores más vitales.

No obstante, adecuadas estrategias de intervención sin políticas legislativas en materia de tráfico y circulación acordes con las nuevas realidades de nuestra cambiante sociedad, podrían proporcionar efectos beneficiosos, si bien incompletos. Afrontar un reto plurifactorial, conlleva una decidida implicación por parte de todas las instancias con competencias y responsabilidad en la materia, entre las que, obviamente, se encuentran las medidas legislativas.

Es cierto que algo se ha avanzado en este sentido. De gran interés resulta observar la inclusión en nuestros textos reguladores en materia de tráfico, de aspectos como los recogidos en el artículo 11.1 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, *(Art. 11.1 Los conductores deberán estar en todo momento en condiciones de controlar sus vehículos. Al aproximarse a otros usuarios de la vía, deberán adoptar las precauciones necesarias para su seguridad, especialmente cuando se trate de niños, ancianos, personas ciegas o en general personas con discapacidad y con problemas de movilidad)*.

Este artículo ha sido recientemente modificado y matizado mediante Ley 17/2005, de 19 de julio, por la que se regula el permiso y la licencia de conducción por puntos y se modifica el cuerpo legal antecitado y desarrollados en el artículo 17 del Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre Tráfico *(Art. 17 Control del vehículo o de animales. 1. Los conductores deberán estar en todo momento en condiciones de controlar sus vehículos o animales. Al aproximarse a otros usuarios de la vía, deberán adoptar las precauciones necesarias para su seguridad, especialmente cuando se trate de niños, ancianos, invidentes u otras personas manifiestamente impedidas)*. En él, con una redacción matizada del antiguo artículo 17 del Decreto de 25 de septiembre de 1934, por el que se aprobaba el Código de la Circulación y sus Anexos, se viene a poner de manifiesto que existe un grupo de personas altamente vulnerables en el sistema de tráfico, a las que se debe ofrecer una especial protección y consideración.

Observamos, por tanto, que a partir del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, se incluye por primera vez el término «anciano» mostrando una nueva sensibilidad frente a textos pretéritos como el ya visto. En este sentido, en los desarrollos reglamentarios de la Ley de Tráfico,

el legislador no ha sido ajeno a este nuevo tratamiento especial de algunas personas mayores, así en los artículos 25 y 46 del citado Reglamento General de Circulación, nuevamente encontramos referencias a este grupo de especial protección, en el primero refiriéndose a la inmovilización del vehículo tras las pruebas de determinación alcohólica y en el segundo al establecer la obligatoriedad de la moderación de la velocidad en determinados supuestos.

Pero lo cierto es que debemos avanzar más desde el ámbito legislativo, y desde otro tipo de ámbitos de intervención complementarios, debido a que la problemática que actualmente acusa este colectivo, y que más adelante explicaremos con mayor detenimiento, así lo requiere y merece.

Además, no perdamos de vista que la movilidad de nuestros mayores se produce en interacción con otros usuarios con los que existe una vinculación emocional muy fuerte como son compañeros y miembros de su familia. De estos últimos, los nietos son un colectivo especialmente relevante, por el importante papel que los mayores realizan como sus cuidadores, y que son también usuarios vulnerables de la vía y objeto de «otra educación vial».

2. LAS PERSONAS MAYORES EN EL TRÁFICO: PROBLEMÁTICAS Y SOLUCIONES

2.1. Un problema de partida: algunos datos epidemiológicos referidos a los accidentes de tráfico de las personas mayores

Nuestros mayores constituyen el grupo de edad con mayor proyección de crecimiento social en nuestros días, de hecho se estima que para el año 2010 más de un 20% de la población en los países desarrollados habrá superado los 65 años.

Su representación dentro del ámbito del tráfico se ha visto incrementada en los últimos años y, si tenemos en cuenta el crecimiento esperado, todavía lo va a ser más; tanto en su papel de conductor como en el de peatón y usuario de los transportes públicos.

La movilidad se ha convertido a nivel general en un indicador fundamental del nivel de calidad de vida de nuestras sociedades y a nivel individual, en reflejo del bienestar físico y psicológico de la persona.

Este incremento en la movilidad de los mayores que hemos calificado como positivo es cierto que lleva asociado unas repercusiones negativas directas: el mayor riesgo de verse implicado en un accidente de tráfico. Este último hecho ha sido objeto especial de estudio por parte de las «ciencias» que se ocupan del tráfico y la seguridad vial.

En este sentido la investigación sobre los mayores en tráfico se ha centrado principalmente en el estudio epidemiológico y estadístico de su accidentalidad, tanto como conductor como en su papel de peatón, considerando aspectos como (1) la relación estadística entre el aumento de edad y el aumento del riesgo de accidente; (2) la responsabilidad e implicación de los mayores en el accidente; y (3) los factores implicados en la mayor accidentalidad y lesividad de los mayores, tanto de tipo psicofisiológico como médico o psicosocial.

Si nos centramos en el papel que desempeñan las personas mayores como conductores de vehículos, y atendemos a diversos datos epidemiológicos, podremos concluir que este grupo está sobrerrepresentado en la accidentalidad vial y que, consecuentemente, podemos calificarlo como un grupo de cierto riesgo.

Como conductores la población de mayores se ha incrementado notablemente en nuestro país en los últimos años. De hecho en España la cifra de 750.000 conductores mayores que se registraron en el año 1995 se duplicó para el año 2001, según datos de la Asociación Española de la Carretera.

Lógicamente, y en consonancia con lo expuesto hasta el momento, este aumento de la movilidad de la persona mayor como conductor ha venido asociado a un aumento de su implicación en accidentes en términos absolutos. Pero no nos engañemos, también en términos relativos, es decir, ponderado por diversos indicadores.

De este modo, si tenemos en cuenta el índice de conductores víctimas mortales por millón de permisos de conducir en carretera podemos comprobar que el grupo de mayores de 65 años se encuentra entre los colectivos de mayor riesgo, por encima de los grupos de mediana edad.

Por otro lado, si comparamos el número de accidentes en relación con otros índices de exposición al riesgo, como por ejemplo el número de kilómetros recorridos, el conductor mayor constituye uno de los grupos de edad de mayor accidentalidad, sólo superado por los conductores de menos de 30 años. Así, investigaciones recientes, calculan índices de accidentalidad para distintos grupos de edad según criterios de la distancia recorrida, obteniendo los índices de accidentalidad más altos en los más jóvenes y los más mayores.

Estos datos se mantienen en diversos cálculos sobre accidentalidad a nivel europeo, donde según el índice de mortalidad por accidente de tráfico por 100.000 habitantes para distintos grupos de edad, se confirma al grupo de personas mayores como el principal grupo de riesgo en tráfico, junto con los jóvenes.

Si tuviéramos que detallar en qué tipo de accidentes se ven más involucrados los conductores mayores, podríamos destacar situaciones problemáticas como los accidentes por reducción de la visibilidad en la conducción nocturna, por condiciones climatológicas adversas, por situaciones complicadas y con sobrecarga de información como puedan ser la conducción por autovías y, sobre todo, en las intersecciones y rotondas, por problemas al realizar maniobras de giro, como los giros a la izquierda, por problemas en la realización de la maniobra de marcha atrás, por alcances con otros vehículos al no estimar adecuadamente la velocidad y distancia, etc.

Si nos centramos en el papel que desempeñan las personas mayores como peatones, y analizamos como lo hicimos anteriormente diversos datos epidemiológicos, podremos concluir que resulta mucho más destacable su implicación en los accidentes de tráfico como peatones.

En este sentido las personas mayores constituyen el grupo poblacional más proclive a sufrir atropellos y a resultar muertos o heridos en ellos. Las cifras en este sentido no dejan lugar a dudas.

A modo de ejemplo, si atendemos a la distribución porcentual de peatones muertos según la edad en el año 2000 en nuestro país, los mayores de 65 años han pasado a suponer cerca del 50% del total de peatones muertos, cuando las personas mayores sólo constituyen el 17% de la población total. Cifras similares se alcanzan en otros países de la UE.

Por otro lado, si tuviéramos que señalar cuál es tipo de accidente más frecuente que sufren las personas mayores como peatones, estudios recientes realizados desde el INRETS señalan que cerca del 73% de los accidentes mortales en peatones mayores de 65 años ocurren al cruzar la calle.

Por tanto, no nos queda duda de que las muertes y lesiones por atropello a personas mayores, además del dolor y sufrimiento que conllevan, están empezando a suponer un importante coste social, sanitario y económico en nuestra sociedad. ¿Cuáles son las causas de este problema? ¿Qué características diferenciales presentan las personas mayores como grupo de riesgo?, ¿Qué otras causas pueden estar repercutiendo sobre su accidentalidad? Sin duda se trata de una problemática compleja que requiere de una estudiada actuación.

2.2. Características diferenciales del colectivo de personas mayores en el ámbito del tráfico

Uno de los aspectos que se relaciona con este índice es que las personas mayores cuando se ven involucradas en accidentes, es más probable que sufran lesiones de gravedad o resulten muertos. Es decir, presentan un mayor índice de lesividad o letalidad, fácilmente explicable por su mayor debilidad física y menor capacidad de recuperación. A este respecto, diversas investigaciones concluyen que la gravedad de los accidentes de tráfico en las personas mayores, radica en dos razones principales: el mayor riesgo de accidente, y su elevada lesividad en caso de accidente.

Entre esas características «diferenciales» hay que tener en cuenta que en los mayores juegan un papel destacado las variaciones asociadas al proceso de envejecimiento. A nivel general podríamos decir que en la persona mayor empiezan a fallar las fuerzas, al tiempo que comienzan a mermar sus capacidades sensoriales, perceptivas y de tiempo de reacción. Son aspectos psicofisiológicos que hay que tener en cuenta. Esta realidad, se viene contemplando en los diferentes textos legales en materia de conductores. Así, el Real Decreto 772/1997, de 30 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores, establece en sus artículos 16 y 17, diferentes plazos de vigencia para los distintos permisos de conducir, así como las condiciones para la prórroga de dicha vigencia.

En función del tipo de permiso, se establece un tope máximo de cuarenta y cinco años para renovar la vigencia de los diferentes permisos con un período de cinco o diez años. A partir de esta edad, se acorta la validez de los permisos y se establece su renovación cada tres o cinco años y, a partir de los setenta años, en todos los casos es obligatoria la renovación cada dos años.

En este sentido los siguientes problemas, muchos de los cuales se encuentran contemplados como «enfermedades y deficiencias que serán causa de denegación o de adaptaciones, restricciones de circulación y otras limitaciones en la obtención o prórroga del permiso o la licencia de conducción», cobran importancia en el Real Decreto 772/1997, de 30 de mayo, por el que se

aprueba el Reglamento General de Conductores y sus sucesivas modificaciones. Así, los mayores pueden presentar¹:

- Problemas de visión, tanto por enfermedades como cataratas, glaucoma, etc. como por cambios en ciertas funciones visuales que les puedan reducir la probabilidad de detectar objetos móviles en los extremos del campo de visión. Por ejemplo, como peatones pueden no distinguir bien el color de los semáforos y señales, o pueden tener problemas para observar elementos del tráfico a ciertas distancias. Desde una perspectiva jurídica, las diferentes circunstancias relativas a la visión, se encuentran reguladas en el Anexo IV, apartado uno del Real Decreto 772/1997, de 30 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores, modificado por el Real Decreto 1598/2004, de 2 de julio, bajo el epígrafe «Capacidad visual».
- Problemas de audición, en tanto aparecen dificultades para localizar los sonidos que proceden de distintas fuentes sonoras, o por ejemplo el ruido de un coche que se acerca. Esto se encuentra contemplado en el Anexo IV, apartado dos del Real Decreto 772/1997, de 30 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores, bajo el epígrafe «Capacidad auditiva».
- Problemas debidos a un déficit o a carencias psicomotrices, que les dificultan su movilidad, y les hacen tener un ritmo más lento de la marcha, una inseguridad y falta de coordinación en sus movimientos, una menor capacidad para rectificar movimientos, una menor resistencia ante la fatiga, etc. Por ejemplo, a la hora de cruzar una calle, estas dificultades resultan especialmente peligrosas para el peatón mayor. Se encuentran contemplados en el Anexo IV, apartado tres del Real Decreto 772/1997, de 30 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores, bajo el epígrafe «Sistema locomotor».
- Problemas debidos a déficit atencionales y cognitivos que les supone, por ejemplo requerir de un mayor tiempo de reacción para tomar decisiones y para actuar. Podríamos decir que se ralentiza su capacidad de respuesta, fijación y aprendizaje, sobre todo en situaciones de exceso de información, donde pueden tener problemas para seleccionar la información relevante. También tienen más dificultades para mantener un nivel adecuado de atención, recordar información (por ejemplo, el peatón mayor que se pierde porque no recuerda el nombre de la calle a la que se dirigía, o el peatón mayor que inicia el cruce con cierta tardanza porque no podía calcular exactamente a que velocidad/o distancia se encontraban los vehículos). Están contemplados en el Anexo IV, apartado diez del Real Decreto 772/1997, de 30 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores, bajo el epígrafe «Trastornos mentales y de conducta».

Otros aspectos personales que pueden verse afectados con la edad y que repercuten sobre el riesgo de accidente de las personas mayores son los relacionados con las condiciones médicas en que se encuentre la persona y con el consumo de medicamentos, en concreto destacaríamos:

- La mayor incidencia de trastornos del sueño en este grupo.
- El hecho de que sean el grupo de edad que más se medica, por tanto se ven más afectados por posibles efectos secundarios debido al consumo de fármacos (no hemos de olvidar que las personas de edad son los mayores consumidores de medicamentos con altos porcentajes de auto-

¹ Los problemas o dificultades que aquí se enumeran, pueden afectar a determinadas personas mayores y en ningún caso son compartidos por las personas mayores en su totalidad o suponen una generalización.

prescripción y polimedicación). Se contempla en el Anexo IV, apartado once del Real Decreto 772/1997, de 30 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores, bajo el epígrafe «Trastornos relacionados con sustancias».

- Incidencia de posibles trastornos. Habría que hablar en este punto de la posibilidad de desarrollar enfermedades degenerativas como las demencias, depresión o la enfermedad de Parkinson, que afectarían de forma mucho más negativa a todas las capacidades.
- Pero no podemos olvidar el papel que juegan en la accidentalidad de las personas mayores, las dificultades que impone en ocasiones un entorno adverso en tráfico, tanto para desplazarse como conductor, peatón o como usuario de los transportes públicos. Así:

Como conductores:

Tienen problemas en entornos de tráfico complicados, como puedan ser los cruces de trazados complejos, congestionados, con una importante saturación informativa, en ocasiones mal iluminados, con carriles de giro obligatorio, con varios semáforos o múltiple señalización.

Como peatones:

- Dudan de que los vehículos aminoren la velocidad en un paso de peatones.
- Encuentran demasiados obstáculos para caminar por las aceras.
- El exceso de ruido y las aglomeraciones les perturban.
- Detestan los bordillos altos y las irregularidades del suelo.
- Se produce un desajuste entre la duración del tiempo en verde de los semáforos y el tiempo que emplean las personas mayores en recorrer la distancia.

Como usuarios de los transportes públicos:

- Tienen dificultades para seleccionar la información relevante respecto a las rutas o transportes a utilizar.
- Tienen dificultades para acceder a los servicios, en especial en aquellos no dotados de suelo bajo, con escalones, sin asientos reservados, etc.

2.3. Hacia una búsqueda de soluciones a la problemática de los accidentes de tráfico en las personas mayores

Podríamos decir que en la medida en que las estructuras de edades en nuestra sociedad están cambiando, las expectativas de vida se han alargado ampliamente y los contextos ambientales se han modificado profundamente. Esto ha traído como consecuencia que la edad adulta no pueda considerarse ya en términos de disminución y pérdida, sino también en términos de aumentos y potenciales crecimientos, es decir, como una etapa de la vida programada sobre la plasticidad. En

este sentido, si bien los mayores van a presentar una serie de características diferenciales que los van a hacer más propensos a sufrir un accidente de tráfico, también es cierto que muchas de esas dificultades, tanto personales, como a las que el entorno adverso les somete en ocasiones, pueden afrontarse positivamente a través de la adopción de las estrategias oportunas.

Ahora bien, y como comentaremos más adelante, las aludidas estrategias no van a surgir de la nada de forma individual, sino que es necesario y por lo tanto es responsabilidad de la sociedad hacerlo, hay que facilitar y dotar a las personas mayores de las mismas a través de las oportunas medidas y contramedidas que se pueden desarrollar con el objetivo de obtener este fin.

Al margen de las cuestiones relacionadas anteriormente que tienen que ver con las normas vamos a abordar en este apartado otros aspectos:

Aspectos psicosociales

Por lo expuesto hasta el momento podemos aseverar que la movilidad ha pasado a convertirse en un valor y una necesidad de la gente mayor de nuestros días, ya que repercute directamente sobre su bienestar personal y social.

Para preservar y potenciar esa movilidad se hacen necesarias actuaciones que van desde la adecuación del sistema de transporte a los mayores hasta una definición más ajustada de qué significa ser una persona mayor o anciana en nuestra sociedad actual:

Adecuación del sistema de transporte a los mayores:

- Facilitar la tarea de conducir y de desplazamiento –no olvidemos que el número de conductores y peatones mayores está creciendo más que otros grupos de población–.
- Adaptar adecuadamente los vehículos a los conductores mayores, a través de una adecuada segmentación del mercado de vehículos donde los coches también sean diseñados para los «conductores mayores» –por ejemplo, instalar una serie de medidas facilitadoras en los vehículos como transmisiones automáticas, cambio de marcha automática, dirección y frenos asistidos, espejos retrovisores de mayor visibilidad, mejores protecciones laterales: no olvidemos que los mayores se ven más implicados en colisiones laterales–.
- Ofertar adecuadas alternativas de transporte público cuando la persona mayor pasa a depender del «conducir de los demás».
- Potenciar las medidas legislativas de protección tal y como hemos defendido anteriormente.
- Y sobre todo, extender la formación y la educación vial a lo largo de toda la vida (lo cual puede tener también su reflejo desde el punto de vista legislativo).

Redefinición del concepto de mayor:

La lista de falsos mitos sobre la vejez es enorme, pero la psicogerontología actual apuesta por el concepto del envejecimiento competente o vejez con éxito, donde lo que importa es asumir las

limitaciones propias de la edad con un talante positivo y encaminado al entrenamiento en nuevas habilidades y en estilos de vida saludables.

Es desde esta perspectiva desde donde debemos situar a nuestros conductores y peatones mayores, personas activas que quieren seguir manteniendo su movilidad y autonomía. Sin duda hoy en día la definición de conductores mayores dista mucho de la que se utilizaba hace 25 años, por ejemplo hoy podemos hablar de «conductoras mayores». Estas diferencias se manifiestan también en nuestros días de formas muy diversas: el estatus económico, la educación, el lugar de residencia, las expectativas de aprendizaje, de mayor ocio, de servicios, de tecnologías, son aspectos que influyen en la posibilidad de conducción y de desplazamiento y que diferencia sin duda a los conductores mayores de ayer, de hoy y de las próximas décadas.

Pero sin duda, cada vez serán más los conductores y peatones mayores que se desplacen por nuestras ciudades y el mejor legado que podríamos brindarnos sería poder seguir desplazándonos con seguridad.

2.4. La necesidad y la importancia de la educación vial en el colectivo de los mayores

Sin duda los accidentes de tráfico constituyen un problema de primera magnitud y uno de los mayores retos de salud pública en nuestra sociedad actual. En este contexto, los estudios epidemiológicos sitúan a la población de personas mayores entre los grupos de población con un mayor crecimiento en accidentalidad por tráfico en los últimos años.

Actualmente la educación vial está regulada en el ámbito escolar. Pero el concepto de Educación Vial es y debe ser más extenso. La educación vial debe darse a lo largo de la vida en todo momento.

Los mayores son precisamente uno de esos colectivos en los que la educación vial es una «asignatura pendiente». De esta forma nos encontramos con una carencia de publicaciones y recursos didácticos que tengan la suficiente calidad y que vayan dirigidos a este colectivo. Además, si analizamos las escasas intervenciones que se realizan en nuestro país de educación vial sobre mayores, éstas carecen de la suficiente fundamentación científica, cuando no, de una evaluación seria de su eficacia.

De hecho, la mayoría de los programas de educación vial para mayores que se han puesto en marcha en nuestro país, se han centrado principalmente en «la información, la llamada de atención, la concienciación sobre la problemática», pero carecen de una formación en estrategias preventivas que permitan la adquisición de conductas positivas y/o compensatorias. Curiosamente y en este sentido, todos los estudios internacionales afirman que de todas las estrategias que existen para intervenir sobre esta problemática, son las estrategias preventivas, las que muestran mayor eficacia en su rentabilidad económica y social. De ellas, destaca con un valor diferencial la formación y la educación vial. Es curioso, además, que en una encuesta realizada a la población española, el 90% de los encuestados afirma que la formación y la educación vial constituyen las mejores estrategias para disminuir los accidentes de tráfico.

Todo ello evidencia la necesidad de incrementar y extender la presencia de la educación vial, pero, sobre todo, mejorar los programas y experiencias educativas centradas en este colectivo. Esto pasa por el desarrollo de nuevos programas en este ámbito que mejoren la eficacia de esta herramienta, para que contribuya a la generación de conductas más responsables, seguras y solidarias en el ámbito del tráfico que permitan a nuestros mayores desplazarse con seguridad en el entorno de tráfico.

En este sentido el IMSERSO ha puesto en marcha un programa de Educación Vial para personas que se ha aplicado ya en varias comunidades autónomas (Comunidades autónomas de Madrid, Cataluña, Valencia, Castilla la Mancha y Castilla León, y las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla) y que ha llegado ya a miles de personas mayores. Dicho programa ha sido una iniciativa pionera, que a tenor de lo que demuestran los datos de evaluación de su aplicación, esta resultando ser de gran aceptación y eficacia por y para este colectivo.

3. CONOCIMIENTOS, ACTITUDES Y COMPORTAMIENTOS INFRACTORES DE LAS PERSONAS MAYORES EN NUESTRO PAÍS

3.1. Una aproximación al ciclo legislativo-ejecutivo a través de nuestros mayores

Nuevos datos procedentes de recientes investigaciones nos permiten corroborar que, en general, el ámbito vial es percibido positivamente por parte de las personas mayores. Una reciente investigación publicada por Attitudes afirma que cuando tenemos en cuenta las emociones que provoca la conducción, y lo ponemos en relación con la edad de los conductores, aquellos que son mayores de 65 años son quienes apuntan en mayor medida que la conducción les pone de buen humor, les relaja y no les genera ansiedad ni estrés. Además, los mayores de 65 años junto con los jóvenes de 18-25 son los que señalan que más les agrada y más les divierte conducir.

Además, y en el mismo sentido, los conductores de más edad (46-55; 56-65 y más de 65 años) señalan en mayor medida que el resto de conductores que no hay nada que les aburra de la conducción.

Sin embargo, es cierto que la conducción de nuestros mayores no está exenta de algunos elementos especialmente perniciosos que les afectan directamente y a los que no necesariamente contribuyen con sus propias conductas, sino que, más bien, están provocadas por otros grupos de población u otros factores. El elemento más destacado de toda esta casuística es, sin duda, la agresividad en la conducción.

No en vano, en otra investigación de Attitudes acerca de la agresividad en la conducción, encontramos que en cuanto a la percepción de la importancia de la agresividad en la conducción, aunque no se han encontrado en los resultados diferencias significativas con respecto a la edad, sí que existe una tendencia a que la percepción negativa de la agresividad en la conducción aumente con la edad.

Además, según podemos concluir de esta misma investigación, si nos centramos en la percepción acerca del incremento de la agresividad en las formas de conducir en los últimos tiempos, las personas mayores de 65 (junto con los de 30-39 años) son quienes lo perciben en mayor medida.

Si en concreto atendemos a la percepción de los comportamientos que se consideran agresivos, las conductas «utilizar el carril de la derecha para adelantar», «conducir a alta velocidad por encima del ritmo normal de circulación de la vía» y «no ceder el paso en un paso de peatones», en líneas generales, son las que las personas de mayor edad consideran más negativas.

Si pensamos en medidas genéricas que puedan contribuir a mitigar una problemática específica, como es el caso de la agresividad en la conducción, también en el citado estudio se evaluaron algunas de ellas. En concreto en el caso de la medida que planteaba «Aumentar la presencia policial», podemos observar una tendencia en la que su valoración positiva asciende a medida que aumenta la edad de los sujetos.

Centrándonos en el ciclo legislativo-ejecutivo, podemos obtener algunos datos muy interesantes extraídos de un estudio específico realizado sobre la población española. No hay diferencias entre los distintos grupos de edad en cuanto al conocimiento declarado de la normativa en materia de tráfico y seguridad vial. De esta forma, un poco más del 70% afirma que la conoce bastante bien, el 11% indica que la conoce mucho. Además, un 18% admite conocerla poco, y un pequeño, pero preocupante, 1,1% dice no conocerla en absoluto.

Respecto a la eficacia de las normas como medida para evitar los accidentes de tráfico tampoco encontramos diferencias significativas en función de la edad. De este modo, podemos afirmar que la valoración media de su eficacia es de 7,52 sobre 10. Dicho con otro dato: el 95% califica la eficacia de las mismas con un notable o sobresaliente.

No obstante, sí que hay diferencias en este caso en cuanto a la implicación en un accidente, de tal forma que las personas que han sufrido un accidente tienen una peor valoración de la eficacia de las normas para evitar los mismos.

Si nos centramos mayormente en la valoración de las mismas, otra vez, tampoco encontraremos diferencias significativas en función de la edad. En cuanto al binomio justas/injustas podemos afirmar que casi el 88% las valora justas frente a un poco más del 12% que piensa que son injustas. En cuanto al trinomio adecuadas/excesivas/escasas casi el 69% piensa que son adecuadas frente al 9,5% que las considera excesivas y al 21,9% que las considera escasas.

Además, y en esto tampoco hay diferencias destacables en función de la edad, una amplia mayoría, más del 86%, consideran que están bien hechas frente al resto, que considera lo contrario.

En cuanto a la percepción de la supervisión policial así como su finalidad, sucede de igual modo y tampoco difiere en función de la edad. De este modo casi el 66% considera que es escasa, casi el 29% que es adecuada y el 5,5% que es excesiva.

Sobre la función de la vigilancia policial, podemos afirmar que la mayoría, en concreto un 73% considera que es vigilar y velar por la seguridad de los usuarios de la vía (otra vez, sin diferencias notables entre los grupos de edad). No obstante, esta percepción convive otra que supone que

muchas veces la policía se pone en lugares no peligrosos y que, además, lo hace con el objeto de «pillarnos».

En otro orden, y en lo que se refiere a la sanción, también podemos decir que la edad no tiene relación con la finalidad atribuida de la misma. En concreto, y por resumirlo, más de la mitad de los encuestados piensan que su función es fundamentalmente educativa pero paralelamente, otro porcentaje tan o más importante piensa que la finalidad de la sanción es fundamentalmente recaudadora.

Finalmente, en cuanto al funcionamiento de la justicia en España en materia de tráfico y seguridad vial tampoco influye la edad, al igual que ocurre con otras variables como la antigüedad del permiso o el sexo de los conductores. De esta forma un poco más de la mitad de la población piensa que el funcionamiento de la justicia en materia de tráfico es regular, mientras que el 1,5% afirma que es muy buena y el 28,6 que es buena frente al 2,4% que dice que es muy mala. No obstante, en este punto podemos introducir una información comparativa interesante y es el hecho de que esta valoración de la justicia en materia de tráfico no difiere de la valoración que se hace del sistema judicial en su conjunto.

Por el contrario, si nos centramos en conductas concretas, en el mismo estudio podemos observar como la edad sí que guarda relación con el número de ocasiones en las que se cometen determinadas conductas durante la conducción. Algunas de ellas son menores en unos grupos de edad y mayores en otros y viceversa. En este sentido, por ejemplo, los jóvenes de 18-24 años exceden con más frecuencia los límites de velocidad. Entre los 30-41 años en más ocasiones se grita o se insulta durante ésta. Sin embargo, a partir de los 45 años es menos probable observar estas conductas.

Lo mismo ocurre con la percepción de riesgo de accidente asociado a la realización de determinadas conductas. Así en el caso de conducir después de haber ingerido alcohol, observamos que conforme se incrementa la edad de los entrevistados, se produce una tendencia ascendente en el nivel de riesgo atribuido a esta conducta, que alcanza su pico en el intervalo de edad de 30-44, a partir del cual desciende dicha atribución.

Respecto al grado de dureza con el que los conductores sancionarían las conductas estudiadas, la conducción bajo los efectos del alcohol y la conducción sin seguro serían sancionadas de forma más dura por los conductores de 18-29 años y los de 30-44, mientras que son los más jóvenes quienes sancionarían con menor dureza este tipo de infracción. Los mayores de 65 también aplicarían sanciones duras a estas conductas.

Por último, y en lo que se refiere a las medidas concretas que desde el marco legislativo-ejecutivo se podrían poner en marcha, podemos afirmar que cada tramo de edad atribuye más efectividad a una medida diferente. Pero en el caso de las personas mayores no hay resultados significativos, es decir, no tienen una predisposición diferencial hacia determinadas medidas.

Así, concretamente, las personas de 30 a 44 años son quienes más eficacia atribuyen a la retirada temporal del carné y al incremento de la supervisión policial, mientras que los conductores de 18 a 24 años consideran más eficaces las medidas que apuestan por un incremento en la responsabilidad penal y por la retirada total del carné. Finalmente, los conductores más jóvenes (14 a 17

años) evalúan de forma superior que el resto de grupos de edad el incremento del coste de los seguros como medida para reducir los accidentes de tráfico.

3.2. Una aproximación a las infracciones de nuestros mayores a través de nuestros mayores

En primer lugar decir que los resultados de este apartado están basados en parte de la evaluación del programa de educación vial para personas mayores del IMSERSO que anteriormente citamos. Mencionar que dicha evaluación consistió en la aplicación de un cuestionario pre (aplicado antes de la intervención) y dos post (uno aplicado inmediatamente después de la acción formativa y otro aplicado a medio plazo entre uno y dos meses posteriores a la acción). En concreto los datos que aquí aparecen pertenecen a ese pre-test que nos permiten hablar de actitudes, conocimientos, infracciones y otros aspectos relacionados de la población de personas mayores.

Somos conscientes de que los datos que ofrecemos no son extrapolables de manera exacta al conjunto de la población española mayor, ya que existen sesgos fundamentalmente procedentes de los lugares de aplicación del mismo (recordemos que todavía no se ha aplicado en el conjunto del Estado). Sin embargo, por lo que hemos podido observar por la acumulación de datos de las distintas fases de aplicación, sí que son válidos desde el punto de vista de las tendencias.

Algunos datos muestrales del estudio son los siguientes:

El mayor porcentaje de personas encuestadas lo constituyen el grupo de 70-74 años, seguido de los grupos de 75-79 años y 65-69 años. A mayor edad la representación de las mujeres aumenta. Más de la mitad de los encuestados está casado.

Con respecto a la posesión o no del permiso de conducción, aproximadamente la mitad de los encuestados posee el permiso de conducción, más del 80% de los conductores son varones y el resto son mujeres (esperable teniendo en cuenta la edad de la muestra), aunque no todos son conductores habituales (en concreto lo son dos tercios).

Muchos han dejado de conducir por la edad, por problemas perceptivos o de salud en general, por motivos económicos o porque ya no lo necesitan (jubilación).

El 90% de los sujetos posee el permiso tipo B (18% en el caso del permiso A, 5% en el caso del permiso E, 4% en el permiso C y alrededor del 1,5% para el permiso D)

La antigüedad media del permiso de conducir es de más de 35 años, es decir, trabajamos con un grupo de conductores expertos. Más del 80% de las personas que posee carné de conducir también tiene vehículo propio.

En cuanto a la frecuencia de desplazamientos que las personas mayores llevan a cabo, la mayoría realiza desplazamientos como peatones todos los días. Aproximadamente el 90%, y fundamentalmente las mujeres, realiza desplazamientos a pie todos o casi todos los días.

Un tercio de los encuestados es usuario habitual del transporte público, más de un 25% hace uso de este modo de transporte entre semana y en torno al 10% lo hace únicamente los fines de semana. Sin embargo, a medida que aumenta la edad disminuye el número de desplazamientos.

En cuanto a la implicación en accidente(s) de tráfico, en torno a un tercio de los encuestados ha sufrido al menos un accidente de tráfico. La participación en los mismos como conductor es mayor en varones que en mujeres, ya que su exposición al riesgo también es mayor. Únicamente en torno al 1% de los sujetos que ha sufrido un accidente fue como usuarios de transporte público.

Un aspecto de extremado interés lo encontramos en el dato relacionado con haber recibido un curso de seguridad/educación vial. En efecto, menos de un 5% de las personas mayores participantes en la investigación ha realizado algún otro curso de Seguridad Vial. Este dato confirma la poca intervención que sobre la materia se realiza sobre este colectivo.

Además, sin duda este hecho tiene una correlación sobre el grado de conocimiento que pueden tener sobre las «nuevas» normas de tráfico o situaciones específicas del mismo ya que no existe el reciclaje adecuado.

A continuación vamos a ver algunos datos más específicos del citado estudio:

Percepción del riesgo de accidente de tráfico en función de pertenencia a grupo de edad

Un porcentaje elevado de la muestra (alrededor del 70%) señala que las personas mayores son quienes con más frecuencia se ven implicadas en accidentes de tráfico como peatones. Por lo que podríamos decir que muchas personas mayores son muy conscientes de los peligros a los que están expuestos y sufren como participantes en el contexto vial.

Sin embargo, si atendemos al restante 30% podemos afirmar que existe un porcentaje excesivamente amplio que atribuye una mayor probabilidad de sufrir un accidente de tráfico a otros grupos de edad, es decir, que no son conscientes de pertenecer a un grupo de riesgo.

En esta misma dirección, más del 60% de las personas mayores considera que, como conductores, son los jóvenes y adultos quienes sufren más accidentes de tráfico. Sin embargo, para el 4% de la muestra, los conductores que más accidentes de tráfico sufren son los adultos y las personas de mayor edad, mientras que el 20% señala que los conductores más accidentados son los jóvenes y las personas mayores.

Atribución genérica de causalidad del accidente de tráfico

Respecto a la conceptualización del accidente de tráfico podemos afirmar que aproximadamente un 75%, consideran que se trata de un suceso que se puede prevenir evitando riesgos y siendo prudente, mientras que el resto se reparte en percepciones tales como «lo puedo evitar con mi habilidad» (8%) o lo considera accidental o fruto del azar (14%). En definitiva, un considerable

grupo piensa que el accidente de tráfico es un suceso sobre el que poco o ningún control se puede ejercer, observándose diferencias entre hombres (habilidad) y mujeres (azar). Esta diferenciación es más clara en el caso de los conductores.

Conocimiento de los conceptos de error e infracción

Diversas investigaciones científicas han puesto de manifiesto la importancia de diferenciar entre infracciones y errores en función de la intencionalidad de la conducta. Esta diferenciación es básica en el ámbito vial ya que la intencionalidad o ausencia de intención que existe detrás de una conducta de riesgo implica la necesidad de plantear la intervención desde perspectivas y metodologías diferentes y específicas. Las personas mayores que no son conductoras tienen dificultad para diferenciar estos dos conceptos. Más de la mitad de los encuestados indica que los errores se cometen de forma inconsciente mientras que las infracciones se realizan de forma intencionada. Sin embargo, una gran parte de la muestra (un tercio) señala que la infracción es inevitable y el error se puede evitar. Como era de esperar, son los conductores quienes conocen mejor las diferencias.

Atribución específica de causalidad del accidente de tráfico en el rol de conductores

Entre las razones más frecuentes que provocan sufrir accidentes, las personas mayores señalan el incumplimiento de las normas y el no obedecer las señales de tráfico, el alcohol y el exceso de velocidad, aunque según los datos oficiales (Dirección General de Tráfico) no son éstas las causas más frecuentes de accidentes en conductores mayores.

Las personas medicadas son las que atribuyen mayor importancia a los efectos de los fármacos en la conducción. Aun así, un 32% de encuestados que toma medicación desconoce la importancia que los fármacos pueden tener en la conducción.

Si atendemos al consumo de fármacos, observamos que más del 60% de las personas participantes en este estudio consume habitualmente algún tipo de fármacos. Además, hay que tener en cuenta que más de la mitad de los conductores de nuestro grupo de referencia que toma algún medicamento hace uso del vehículo todos o casi todos los días.

Un porcentaje importante de personas mayores (67%) son conscientes del riesgo derivado de los efectos secundarios de los fármacos en la conducción, mientras que «no tomar la medicación si vamos a coger el coche» (17,4%), «tomarse la dosis prescrita» (14%), y «consultar a algún conocido que esté tomando la misma medicación» (2,3%) son conductas consideradas para el resto del grupo como estrategias adecuadas para evitar riesgos en la conducción. Una tercera parte de nuestros mayores, conductores algunos, no desarrollan las estrategias adecuadas para evitar sufrir las consecuencias peligrosas que pueden derivarse de los efectos secundarios de los fármacos en la conducción.

Atribución específica de causalidad del accidente de tráfico en el rol de peatones

Los datos de accidentes de tráfico por atropello revelan la frecuencia de accidentes por «cruzar por lugares indebidos o de forma inadecuada». En este sentido, el 42% considera que cruzar por

lugares indebidos o de forma inadecuada es una de las causas fundamentales de los accidentes de tráfico que sufren los peatones mayores; el 20% indica que lo es el incumplimiento de normas y señales, mientras que el 10% señala que los problemas perceptivos inciden de manera importante en la causación de los atropellos a personas mayores.

Son precisamente las personas de más edad quienes menos reconocen la influencia de los problemas perceptivos y de movilidad en este tipo de accidentes, cuando a priori constituye el grupo supuestamente más afectado por estas causas.

Finalmente, los conductores son el grupo que señala en mayor medida que cruzar por lugares indebidos o de forma inadecuada es una causa importante de accidentalidad vial, frente al resto de usuarios que consideran la sobrevaloración de las propias capacidades y los problemas perceptivos como los factores que más influyen en estos accidentes.

Desde el punto de vista de la percepción del riesgo, las conductas de cruce consideradas más arriesgadas son: cruzar cuando el semáforo para peatones está en rojo, por lugares no señalizados y de forma antirreglamentaria.

El 87% de las personas mayores considera que la mejor estrategia para cruzar una calle con seguridad es por un paso para peatones señalizado. Por tanto, parece que las personas mayores son conscientes del modo seguro de cruzar una calle, pero existe, sin embargo, un porcentaje importante que no lo es.

Destaca que a medida que aumenta la edad disminuye el porcentaje de personas que considera que la mejor estrategia para cruzar una calle con seguridad es hacerlo por el paso para peatones.

En cuanto a las estrategias más adecuadas para realizar un cruce las mujeres tienen un mayor grado de conciencia.

Atribución específica de causalidad de sufrir un accidente en el rol de usuarios de transporte público

Si atendemos a los accidentes de tráfico de las personas mayores como usuarios de transporte público, uno de cada tres indica que no sujetarse debidamente es la causa principal de los accidentes. Cerca del 20% considera que los problemas de movilidad y las distracciones son las principales causas.

Actitudes y conductas específicas de riesgo en el rol de conductor

La siguiente tabla muestra los estadísticos descriptivos de las respuestas que emiten los conductores a una serie de cuestiones relacionadas con la conducción segura. Los valores próximos a 4 indican que se trata de una conducta frecuente y conforme se aleja de este valor indica que disminuye su frecuencia (1=nunca). Se puede comprobar que los conductores mayores realizan la mayoría de estas conductas siempre o casi siempre, salvo el ítem «evito conducir por la autopista».

	Media	Moda	Desv. tip.	Mínimo	Máximo
(pre1) En ciudad me abrocho el cinturón de seguridad	3,46	4	0,998	1	4
(pre2) En carretera me abrocho el cinturón de seguridad	3,89	4	0,460	1	4
(pre3) Respeto los límites de velocidad	3,56	4	0,639	1	4
(pre4) Respeto todas las señales	3,67	4	0,575	1	4
(pre5) Tengo en cuenta los efectos secundarios de los fármacos que estoy tomando	3,52	4	0,892	1	4
(pre6) Tengo en cuenta los efectos que el alcohol produce en la conducción	3,75	4	0,665	1	4
(pre7) Tengo en cuenta los efectos que el sueño tiene en la conducción	3,64	4	0,744	1	4
(pre8) Tengo en cuenta los efectos que puede ocasionar la realización de otras actividades o tareas diferentes a la conducción	3,50	4	0,822	1	4
(pre9) Tengo en cuenta lo que los pasajeros que viajan conmigo puedan opinar sobre mi conducción	2,98	4	1,169	1	4
(pre10) Evito conducir de noche	3,17	4	1,091	1	4
(pre11) Evito conducir en situaciones climatológicas malas	3,26	4	0,972	1	4
(pre12) Evito conducir en situaciones de tráfico denso	3,12	4	1,040	1	4
(pre13) Evito conducir por lugares desconocidos	3,03	4	1,127	1	4
(pre14) Evito conducir por autopista	2,44	1	1,311	1	4
(pre15) Prefiero conducir acompañado por otra persona	3,27	4	1,066	1	4
(pre16) A la hora de viajar, selecciono previamente la ruta menos compleja	3,48	4	0,911	1	4
(pre17) Cuando conduzco por carreteras con varios carriles, prefiero utilizar el del centro	2,56	4	1,205	1	4
(pre18) Cuando conduzco por carreteras con varios carriles, prefiero utilizar el de la derecha	3,44	4	0,942	1	4

Si analizamos con detalle cómo se distribuyen las frecuencias en alguno de estos ítems podemos ver cómo el uso del cinturón es frecuente en las personas mayores, sobre todo en carretera (93%). Sin embargo, un 10% afirma que nunca o casi nunca realiza esta conducta en zona urbana.

En líneas generales, las personas mayores cumplen las normas de tráfico cuando son conductores. El 63% de los conductores mayores dice respetar los límites de velocidad siempre y el 30% señala que casi siempre.

En cuanto al cumplimiento de las señales, el 72% indica que siempre las respeta, mientras que el 24% dice hacerlo casi siempre.

La mayor parte de los encuestados afirma tener presente los efectos secundarios de los fármacos, del alcohol y del sueño cuando conduce, aunque hay que tener en cuenta que un porcentaje pequeño, pero relevante, los desconoce o no los tiene en cuenta. De este modo, aumenta el riesgo de accidente.

En general, la tercera parte de los accidentes de tráfico se deben a una posible distracción del conductor. Sin embargo, se le presta más atención a los accidentes producidos por el alcohol o la velocidad excesiva. Esto se hace patente en las respuestas de los encuestados, ya que dos de cada tres afirman conocer la importancia de la atención en la conducción, aunque un 12% realiza otras tareas al mismo tiempo.

La mayor parte de los encuestados reconoce que evita situaciones de riesgo. Los mayores evitan conducir de noche, cuando las condiciones meteorológicas son adversas, cuando el tráfico es denso, etc.

Un 60% de los conductores mayores prefiere ir acompañado aunque reconoce que no siempre tiene en cuenta lo que opinan sus acompañantes. Por otro lado, menos de la mitad de los conductores reconoce que siempre tiene en cuenta lo que los pasajeros puedan opinar sobre su conducción.

El 70% de los conductores mayores evita conducir por lugares desconocidos y siempre o casi siempre selecciona previamente la ruta menos compleja. En vías con varios carriles, dos de cada tres circulan siempre por el carril de la derecha y tan sólo uno de cada tres utiliza el carril del centro.

Actitudes y conductas específicas de riesgo en el rol de pasajeros

La siguiente tabla muestra los estadísticos obtenidos en las respuestas referidas a las conductas seguras de los pasajeros. La conducta que realizan con mayor frecuencia es la de abrocharse el cinturón en el asiento delantero en carretera.

	Media	Moda	Desv. tip.	Mínimo	Máximo
(pre1) Me abrocho el cinturón (delantero) en carretera	3,90	4	0,466	1	4
(pre2) Me abrocho el cinturón (trasero) en carretera	3,32	4	1,133	1	4
(pre3) Me abrocho el cinturón (delantero) en zona urbana	3,50	4	0,995	1	4
(pre4) Me abrocho el cinturón (trasero) en zona urbana	2,82	4	1,332	1	4
(pre5) Intento colaborar ayudando al conductor	2,68	4	1,281	1	4
(pre6) Si viajo en transporte público realizo conductas seguras para evitar accidentes	3,64	4	0,825	1	4

Se podría decir que, aunque es frecuente, debe reforzarse dicha conducta sobre todo en zona urbana y en los asientos traseros.

Por otro lado, el 43% de las personas mayores señala que cuando viaja como pasajero intenta colaborar con el conductor indicándole, por ejemplo, la ruta a seguir. Curiosamente, las mujeres dicen colaborar en menor medida que los varones.

Como pasajeros de transporte público suelen llevar a cabo una serie de comportamientos encaminados a evitar cualquier tipo de incidente tales como sujetarse bien, levantarse cuando el vehículo está parado, etc.

Actitudes y conductas específicas de riesgo en el rol de peatones

Los estadísticos descriptivos nos proporcionan de forma resumida una visión general de las respuestas de los peatones, que se puede observar en la siguiente tabla.

	Media	Moda	Desv. tip.	Mínimo	Máximo
(pre1) A la hora de cruzar busco una zona señalizada	3,49	4	0,779	1	4
(pre2) Si tengo que hablar por el móvil me detengo en un sitio seguro	3,47	4	0,918	1	4
(pre3) Al cruzar por un paso señalizado, espero que todos los vehículos estén detenidos	3,72	4	0,634	1	4
(pre4) Si un vehículo no respeta un paso de peatones exteriorizo mi desacuerdo	3,04	4	1,128	1	4

De este modo, el 65% de las personas mayores afirma que a la hora de cruzar siempre busca una zona señalizada para tal efecto, es decir, un 35% cruza de forma antirreglamentaria. Además, el 81% de los sujetos asegura esperar a que los vehículos estén parados. Casi la mitad de los peatones señala que si un vehículo no respeta un paso de peatones le increpa siempre, mientras que alrededor del 35% señala que nunca o casi nunca lo hace.

4. CONCLUSIONES

Por lo dicho hasta el momento podemos extraer una serie de conclusiones que pueden trazar el camino que nos guíe hacia dónde, cómo y en qué grado debe orientarse la intervención sobre la problemática que sufren las personas mayores en el ámbito del tráfico.

Sin lugar a dudas, dada la alta tasa de accidentalidad vial que tienen nuestros mayores (que como ya sabemos en algunos casos se está incrementando), la conclusión más importante es que se hace necesario intervenir de forma más decidida sobre esta problemática.

Por otro lado, es cierto que algunos de los accidentes que sufren las personas mayores pueden ser provocados por sus propios comportamientos. Pero también no es menos cierto que los com-

portamientos viales de las personas mayores en muchas ocasiones son positivos y seguros, y que la culpa de muchos de los accidentes que sufren son producto del comportamiento de conductores pertenecientes a otros grupos de edad. En este sentido, si queremos atajar esta lacra, debemos concluir que hay que intervenir con el mismo peso en ambos grupos de la población (personas mayores y personas no mayores).

Además, debemos tener en cuenta la influencia que tienen unos grupos de la población sobre otros. En este sentido, intervenir sobre las personas mayores va a tener un reflejo positivo en otros grupos de la población, especialmente el mencionado de los niños porque, como ya hemos comentado, las personas mayores son sus más inmediatos educadores en el ámbito vial. En este caso la conclusión sería que intervenir sobre las personas mayores sería beneficioso no sólo para esta población sino para el conjunto de la población española.

Todo ello nos lleva a proponer la necesidad de abrir un espacio de reflexión, análisis y debate que aborde la problemática de las personas mayores en el ámbito del tráfico y la seguridad vial. En dicho espacio, se debería tener en consideración todo lo que por ahora sabemos acerca de los mayores en el ámbito del tráfico y la seguridad vial y se deberían potenciar investigaciones que nos ayudaran a completar dicho conocimiento con el objetivo último de establecer contramedidas que permitan mejorar la eficacia de las ya existentes.

En este sentido, debemos apostar por intervenciones que se centren en el mantenimiento de determinadas medidas existentes hasta el momento (mencionadas a lo largo de este artículo), en el incremento del alcance e intensidad de las mismas y en el establecimiento de nuevas contramedidas.

Este conjunto de intervenciones deben de girar sobre dos ejes fundamentales. El primero de ellos consiste en minimizar los riesgos que sufren las personas mayores por culpa de los comportamientos de riesgo del resto de conductores. En este sentido hay que potenciar las estrategias de protección, incidiendo sobre los comportamientos infractores de los conductores que afectan al colectivo de personas mayores. Este objetivo se puede alcanzar mediante la modificación de las normas (profundizando en la atención a este grupo de riesgo) así como desde el incremento de la supervisión policial.

El segundo de ellos se centraría en minimizar los riesgos que sufren las personas mayores derivados de sus propios comportamientos de riesgo. Entendemos que no sería necesario un cambio en el marco legislativo por parecernos suficiente, por ejemplo, en lo que se refiere a las restricciones a la conducción existentes. De este modo las medidas y contramedidas deberían ir orientadas al incremento del nivel de concienciación, lo que tendría una incidencia sobre el nivel de autoregulación en su implicación en el tráfico.

De todas las estrategias que pueden contribuir a alcanzar este objetivo son la educación y la formación vial las herramientas más adecuadas, y consecuentemente, habría que potenciarlas. Podemos afirmar que de nada sirve un marco legislativo-judicial perfecto si en la base no existe una educación que contribuya, junto a otras estrategias ya mencionadas, al cumplimiento del mismo.

Por último, desde un punto de vista «tecnológico» deberían potenciarse las medidas orientadas a la facilitación del desarrollo de la tarea de desplazarse, ya sea como conductores, como pasajeros

de vehículos o como peatones. Dichas medidas deben de tener en consideración como principio y fin al factor humano que representan nuestras personas mayores.

4. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO, F.; SANMARTIN, J.; *et. al.* (2002): La agresividad en la conducción. Una investigación a partir de la visión de la población española. *Cuadernos de Reflexión Attitudes*. Ed. Attitudes / INTRAS.
- ALONSO, F.; MONTORO, L.; *et. al.* (2002): Conclusiones de las 1.ª Jornadas de Reflexión Attitudes: Intervenir sobre la agresividad en la conducción. *Cuadernos de Reflexión Attitudes*. Ed. Attitudes / INTRAS.
- ALONSO, F.; SANMARTIN, J.; *et. al.* (2003): Formación y Educación Vial. Una visión a través de la población española. *Cuadernos de Reflexión Attitudes*. Ed. Attitudes / INTRAS.
- ALONSO, F.; ESTEBAN, C.; *et. al.* (2004): *Manual del Formador del Programa de Educación Vial para Personas Mayores* (IMSERSO). Ed. Iniciativas de Educación Vial / INTRAS.
- ALONSO, F.; ESTEBAN, C.; *et. al.* (2005): *Informe de Elaboración, desarrollo y evaluación del Programa de Educación Vial para Personas Mayores* (IMSERSO). Ed. Iniciativas de Educación Vial / INTRAS.
- ALONSO, F.; ESTEBAN, C.; *et. al.* (2005): La justicia en el tráfico. Análisis del ciclo legislativo-ejecutivo a nivel internacional. *Cuadernos de Reflexión Attitudes*. Ed. Attitudes / INTRAS.
- ALONSO, F.; SANMARTIN, J.; *et. al.* (2005): La justicia en el tráfico. Conocimiento y valoración de la población española. *Cuadernos de Reflexión Attitudes*. Ed. Attitudes / INTRAS.
- ALONSO, F.; SANMARTIN, J.; *et. al.* (2006): Emoción y conducción. Una visión a partir de los sentimientos de la población española. *Cuadernos de Reflexión Attitudes*. Ed. Attitudes / INTRAS.
- MONTEAGUDO, M. J. (1997) *Accidentalidad de Tráfico en ancianos: Un análisis desde la perspectiva del factor humano*. Universitat de València.

COLECCIÓN MANUALES Y GUÍAS

Serie Personas Mayores

1. Malos tratos a Personas Mayores. Guía de actuación.
2. Diez Temas Jurídicos de Portal Mayores.

