

La protección jurídico-civil de la ancianidad (The legal protection of the elderly)

JAVIER GARCÍA MEDINA*
CRISTINA GUILARTE MARTÍN-CALERO*

El Derecho no puede remediar los muchos sufrimientos físicos y morales de tantos ancianos solitarios y enfermos, pero sus normas, junto a una conciencia ética cada vez más sensible a sus desdichas, pueden ser lenitivas a las heridas de sus almas.

Mariano Alonso Pérez en su Prólogo a la Protección jurídica de los mayores.

Abstract

This work analyzes whether the solutions made by Civil Law in the protection of the elderly are best suited for protecting the elderly in different stage of old age and noted the human rights involved in this situation and how it should be update the regulation of the situation of the elderly and the institutions that the refuge from a standpoint of human rights.

Key words

Legal Protection; Elderly; Human Rights

Resumen

Este trabajo analiza si las soluciones dadas por el Derecho Civil en la protección de los ancianos son las más idóneas para amparar al anciano en las diferentes etapas de su vejez y señalar los derechos humanos implicados en esta situación y cómo habría que actualizar la regulación de la situación de los ancianos y de las instituciones que los amparan desde una óptica de derechos humanos.

Palabras clave

Protección jurídica; Ancianos; Derechos humanos

* Prof. Dr. Javier García Medina. Departamento de Derecho Penal e Historia y Teoría del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid. Director del Observatorio de Derechos Humanos de la Universidad de Valladolid, jgmedina@der.uva.es

* Prof. Dra. Cristina Guilarte Martín-Calero. Departamento de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, Coordinadora del Grupo de Investigación Reconocido de la Universidad de Valladolid La protección jurídica de la familia, cristina@der.uva.es

* Este trabajo se inserta en el proyecto "Propuestas de reforma del Derecho de familia español" (Ref: DER2009-09159) que realiza el Grupo de Investigación Reconocido (GIR) denominado Protección Jurídica de la Familia de la Universidad de Valladolid.

Índice

1. Introducción	3
2. El principio de autonomía.....	3
3. Ancianidad y capacidad de obrar	5
3.1. La incapacitación como mecanismo de protección	5
3.2. El órgano de guarda determinado en la sentencia de incapacitación.....	6
3.3. Mandatos preventivos o de protección.....	7
3.4. El desamparo de los ancianos	7
4. El criterio de la avanzada edad	7
5. Un análisis de las categorías en juego.....	8
6. Conclusiones.....	14
Bibliografía	14

1. Introducción

La condición de la vejez sitúa a los individuos en situaciones de ver disminuidas sus capacidades físicas y mentales, piénsese en las diferentes enfermedades vinculadas a la demencia senil, o en la pérdida de la conciencia de la realidad que provocan muchas dolencias degenerativas que van progresivamente deteriorando especialmente la autonomía e independencia de los ancianos. En estos casos, la respuesta jurídica suele tender a sustituir la voluntad del anciano por la de otro individuo que actúa en su lugar y en su interés. Es evidente que las situaciones que se plantean en cada caso son diferentes porque, por ejemplo, las enfermedades tienen diversos estadios en cada uno de los cuales las condiciones físicas y psíquicas del anciano son diferentes de modo que lo que debemos preguntarnos es si las soluciones dadas por el Derecho Civil en este sentido son las más idóneas para proteger al anciano en las diferentes etapas de su vejez, o si por el contrario son demasiado estáticas y encorsetadas y más que proteger empeoran la situación del anciano provocando más indefensión de que la que se trata de evitar. Asimismo, este trabajo tendría por objeto señalar los derechos fundamentales implicados en esta situación y cómo habría que actualizar la regulación de la situación de los ancianos y de las instituciones que los amparan desde una óptica de derechos humanos/fundamentales¹.

Una primera aproximación a este tema pone de manifiesto la heterogeneidad de un término aparentemente unívoco. Porque cuándo hablamos de ancianos a quiénes nos estamos refiriendo. Si fijamos el punto de partida de la condición de anciano en la edad de jubilación (entre los 65 y 70 años), momento en que se abandona la vida laboral activa, entonces el escenario de situaciones posibles vinculadas a la condición de anciano son innumerables ya que sólo pensar en la franja de edad de los 70 a los 85 o más, y con una esperanza media de vida superior a los 76 años en los hombres y de 80 años en las mujeres en el ámbito occidental, se abre un abanico enorme de situaciones posibles que, por sus variables a considerar, requiere de una reflexión profunda, dado que la población española en particular y europea en general sufre un proceso de envejecimiento que supone a su vez la generación de interrogantes no sólo sobre la situación de los ancianos sino también sobre la estructura política y también económica más adecuada para dar respuesta a una franja de población cada vez más numerosa. Téngase en cuenta también que la senectud es un proceso en el que las capacidades físicas y mentales van mermando progresivamente y que la longevidad alcanzada en los tiempos actuales provoca la aparición de enfermedades degenerativas especialmente invalidantes que exigen cuidados muy especializados.

En este contexto son muchos los interrogantes que surgen para el derecho civil y para las garantías de los derechos humanos y fundamentales. Buena parte de los derechos que aquí se consideran tienen en la autonomía personal su núcleo esencial².

2. El principio de autonomía

Para el ordenamiento jurídico civil la persona lo es desde su nacimiento hasta el momento de la muerte, de manera que toda persona por el mero hecho de nacer

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

² Piénsese en los denominados derechos individuales e incluso en los derechos económicos y sociales. Si bien es cierto que jerarquizarlos es muy problemático, lo que es indiscutible es que el disfrute de todos ellos de una u otra manera conforman la idea de la dignidad de cualquier sujeto.

tiene capacidad jurídica, entendida como aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, y así hasta el momento de su muerte (artículo 29 y 32 del Código civil). La capacidad jurídica es atributo o cualidad esencial de la persona, un reflejo de su dignidad (Díez Picazo, Gullón 2005, p. 214). Un hecho natural determina la personalidad (nacimiento) y sólo un hecho natural (la muerte) provoca su extinción; así todas las personas tienen la misma capacidad jurídica pero no la misma capacidad de obrar, entendida como aptitud para ejercitar válida y eficazmente los derechos.

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

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

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

Por tanto al término autonomía hay que darle un sentido más amplio que el kantiano, que consideraba que la ley moral sólo puede ser fundada autónomamente

y entender la autonomía como una facultad o condición sustantiva de la realidad humana o más simplemente, como un acto, el acto de elección autónoma. La pregunta ahora se traslada a cuándo una acción es autónoma, y en este sentido se puede asumir que lo será si posee (Gracia 2007, pp. 183-187):

1. Intencionalidad: Cuando algo es querido de acuerdo con un plan. Es probable que lo directamente querido sea el plan y no la acción, pero aún en este caso tendremos que considerarla como indirectamente querida. No admite grados, pero sí niveles (deseado, querido, hecho intencionalmente)
2. Conocimiento: Si el agente no entiende la acción, ésta no puede ser autónoma. Aquí surge la duda de qué información se necesita para que sea autónoma y, por tanto, puede decirse que se comprende una acción cuando se es capaz de entender su naturaleza y prever sus consecuencias.
3. Ausencia de control externo: pero el control puede tener grados
 - Coerción: cuando alguien intencional y efectivamente influye en otra persona, amenazándola con daños indeseados y evitables tan severos, que la persona no puede resistir el no actuar a fin de evitarlos.
 - Manipulación: influencia intencional y efectiva de una persona por medios no coercitivos, alterando las elecciones reales al alcance de otra persona, o alterando por medios no persuasivos la percepción de esas elecciones por la persona.
 - Persuasión: influencia intencional y lograda de inducir a una persona, mediante procedimientos racionales, a aceptar libremente las creencias, actitudes, valores, intenciones o acciones defendidas por el persuasor.
 - Podría añadirse la autenticidad entendida de forma que se puede afirmar que un acto es auténtico cuando es coherente con el sistema de valores y las actitudes generales ante la vida que una persona ha asumido reflexiva y conscientemente. Si se incluye la autenticidad como nota característica de la acción autónoma entonces es muy posible que se deba reducir el número de acciones autónomas, pues considérese aquí la situación de ancianos con demencia senil, por ejemplo. En tales casos se propone introducir ajustes de interpretación, considerando que frente a “decisiones positivamente auténticas” se habla de “decisiones negativamente auténticas” en el sentido de que no esté en contradicción o no esté rechazada por el sistema de valores, aunque no concuerde “positivamente” con él, ahora bien, se trataría de un principio de “falsación” y no de “verificación”.

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

3. Ancianidad y capacidad de obrar

3.1. La incapacitación como mecanismo de protección

Frente a la enumeración taxativa de la regulación originaria del Código Civil, el artículo 200 formula genéricamente las causas de incapacitación como las enfermedades o deficiencias persistentes que inciden en la capacidad de autogobierno. Los dos requisitos previstos en el precepto deben darse cumulativamente, a saber: a) La persistencia: con la exigencia del carácter persistente de la enfermedad o deficiencia se excluyen las perturbaciones mentales de carácter transitorio o intermitente, tales como la enajenación mental transitoria,

la embriaguez, la hipnosis o el delirio febril. La persistencia implica una cierta duración o continuidad en el tiempo que justifique la creación de un mecanismo de protección de carácter, a su vez, estable, sin que sea preciso que se trate de una situación crónica o permanente, en el sentido de incurable; sobre la naturaleza persistente de la enfermedad, es decir, sobre su duración y alcance temporal, también deberá recaer informe del médico especialista. Ahora bien, el carácter cíclico de la enfermedad no excluye el carácter de persistente (STS de 10 de febrero de 1986, RJ 1986/520; STS de 26 de julio de 1999). b) Impedir, en mayor o menor medida, la posibilidad de autogobierno de quien la padece: desde el punto de vista de la determinación y los límites de la incapacitación y del régimen de tutela o guarda a que deba quedar sometido el incapacitado, la enfermedad o deficiencia que padece el presunto incapaz no es lo definitorio, sino que lo verdaderamente relevante, y que ha de valorar el juez, es la incidencia de tal enfermedad o deficiencia en la facultad de autogobierno, en qué medida afecta la enfermedad a la capacidad de gobierno del presunto incapaz; tal enfermedad o deficiencia debe constituir un «obstáculo a la plena capacidad de autogobierno»³. La facultad de autogobierno implica una actitud reflexiva sobre la propia actuación, entendida en el sentido de conciencia suficiente de la propia actuación general que alcanza tanto al plano personal como al patrimonial; al igual que la persistencia, el grado de ineptitud para el autogobierno ha de reflejarse en el informe del médico especialista que, normalmente, distingue ineptitud para la esfera personal e ineptitud para la esfera patrimonial. Criterios médicos que valorará el juez y que traducirá a términos jurídicos cuando determine la extensión y límites de la incapacitación declarada así como la institución tutelar que corresponda.

La incapacitación de una persona sólo puede obtenerse a través de un procedimiento judicial, en el que se observen las debidas garantías y que culmine en una sentencia estimatoria fundada en una causa de incapacitación legalmente prevista (art. 200 CC). El procedimiento judicial será el procedimiento de incapacitación, hoy regulado en los artículos 756 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil; las garantías procesales que rodean los procesos que afectan a la capacidad de las personas (art.759 LEC) son esenciales e inderogables y su falta puede ser apreciada de oficio por el Tribunal por ser cuestión de orden público e incluso de trascendencia constitucional⁴, pues, como es sabido, en estos litigios, al impugnarse la presunción legal de capacidad de obrar, que a todas las personas mayores de edad reconoce el art.322 CC, se afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad⁵.

La sentencia que pone fin al procedimiento de incapacitación es constitutiva del estado civil de incapacitado, de manera que los efectos de la incapacitación comienzan a partir de su firmeza, sin perjuicio de las medidas que, en virtud del artículo 762 LEC, hubiere adoptado la autoridad judicial que pueden, en principio, adelantar algunos de los efectos previstos en aquélla; además, por su incidencia en la capacidad de obrar de las personas, la resolución judicial de incapacitación debe inscribirse en el Registro civil (arts 755 LEC, 1.5.º LRc, 177 RRC).

3.2. El órgano de guarda determinado en la sentencia de incapacitación

La autoridad judicial en la sentencia de incapacitación, además de graduar la incapacidad del sujeto, determinando la extensión y los límites de la incapacitación, establecerá, atendiendo al grado de discernimiento que presenta el incapacitado, bien un régimen de sustitución (tutela y patria potestad prorrogada o rehabilitada), bien un régimen de asistencia (curatela), pues es claro que las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter psíquico o físico que pueden ser causa de

³ Vid. STS 31 de octubre de 1994, RJ1994/8004; STS de 28 de julio de 1998, RJ 1998, STS 29-4-2009.

⁴ Cfr. STS 20-3-1991, RJ 1991/2266; STS 16-9-1999; STS 4-3-2000.

⁵ Cfr. STC 174/2002, de 9 de Octubre.

incapacitación (art. 200 Cc) inciden de forma diversa y variable en la capacidad de autogobierno de la persona. A nuestro juicio, la curatela será el órgano de guarda adecuado para aquellas personas que, por padecer una enfermedad o deficiencia de carácter psíquico o físico, pueden gobernarse por sí mismas pero no por sí solas, y para su adecuada protección necesitan de la figura del curador que controla, encauza y refuerza la deficiente capacidad de estos incapacitados; así será recomendable la constitución de este órgano de guarda para la protección de personas que padecen enfermedades de carácter cíclico ⁶, retraso mental simple o en aquellos casos en los que, como consecuencia de la avanzada edad del incapacitado, existe un deterioro de las facultades mentales y una excesiva dependencia del medio que les rodea, siendo especialmente influenciables en la toma de decisiones que les afectan. Para estos casos la determinación de la curatela como sistema de guarda presenta grandes ventajas: el curador ejerce un control sobre la actividad patrimonial del incapacitado, previniendo posibles abusos, sin anular la iniciativa del sometido. La tutela, en cambio, será el órgano adecuado en aquellos casos en los que la protección del incapacitado exija la constitución de un régimen de representación legal.

En este punto, conviene recordar que se introdujo por la ley 41/2003, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad, la posibilidad de adoptar por persona capaz las disposiciones que estime convenientes en previsión de su propia y futura incapacidad (artículo 223 del Código civil).

3.3. Mandatos preventivos o de protección

Junto a la incapacidad, y como una alternativa a la misma, el Código civil reconoce en el artículo 1732 los mandatos de protección o poderes preventivos que consisten en que el mandante otorgue poderes que continuarán vigentes una vez que haya perdido su capacidad o que comenzarán a regir cuando el mandante la pierda definitivamente; se trata de un mecanismo protector que puede funcionar como alternativa a la incapacidad o como complemento de la misma (Amunátegui Rodríguez 2008) y que recibe en la ley 41/2003, de 18 de noviembre de Protección patrimonial de las personas con discapacidad, un tratamiento incompleto e insuficiente.

3.4. El desamparo de los ancianos

También la Ley 41/2003, de 18 de noviembre de Protección patrimonial de las personas con discapacidad extendió el instrumento de la tutela automática previsto para los menores de edad en el artículo 172 del Código civil a los incapaces que se encuentren en situación de desamparo; en esta situación pueden encontrarse personas de avanzada edad, desatendidas por sus familiares más cercanos o acaso porque éstos no existan. A tales efectos define la situación de desamparo como aquélla que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que le incumben de conformidad a las leyes, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material (artículo 239 Cc) (Martínez Gallego 2004, pp. 145 y ss).

4. El criterio de la avanzada edad

No se prevé en nuestro Ordenamiento Jurídico la posible incidencia que una edad avanzada puede tener sobre la capacidad de obrar de la persona, aunque sí se alude a ella en algunos preceptos del Código civil, como por ejemplo, para el caso de la desaparición de un persona se acorta el plazo a cinco años si el desaparecido hubiere cumplido setenta y cinco años o se considera la edad como causa de excusa para el desempeño de las funciones tutelares. En el derecho brasileño, por

⁶ Vid. STS 10-2-1986, RJA, 520 y 20-5-1994, RJA, 3723.

ejemplo, si los contrayentes son mayores de 60 años la ley determina que el régimen patrimonial del matrimonio será el régimen de separación de bienes.

Ahora bien, ¿sería conveniente establecer, a imagen y semejanza de la menor edad, una presunción de incapacidad de las personas al llegar a una determinada edad? (Durán Ayago, 2004, pp. 443 y ss) En principio, no parece esta vía la adecuada, pues, como se ha visto, si las personas, como consecuencia de su avanzada edad, sufren un deterioro cognitivo progresivo e irreversible que afecta a su capacidad de autogobierno, el ordenamiento jurídico dispone de distintos remedios que proveen a su protección y guarda, parece pues más recomendable introducir mecanismos que flexibilicen el procedimiento de incapacitación o que faciliten la articulación de sistemas de protección que no precisen la previa declaración de incapacidad para su constitución. En este sentido, entendemos procedente una reforma de las instituciones tutelares que articule un nuevo sistema en el que, junto a los tradicionales expedientes de protección, se regulen medidas flexibles, como la *ammistrazione di sostengo* en el Derecho italiano o la *sauvegarde de justice* en el Derecho Francés, que se revelan idóneas para proveer a la guarda y cuidado de las personas mayores, con pleno respeto de las libertades individuales, de los derechos fundamentales y de la dignidad de la persona⁷.

5. Un análisis de las categorías en juego

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

Si aplicamos las antiguas tesis⁸ en la concepción del derecho subjetivo, veremos que con ellas no se pueden responder con solvencia y eficacia las necesidades que requieren los ancianos. La persistencia de las dificultades teóricas y terminológicas, llevaron a Hohfeld a intentar relacionar concepciones de derecho y de deber con el

⁷ Reforma exigida por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la ONU el día 13 de Diciembre de 2006, ratificada por España el 23 de Noviembre de 2007 y publicada en el BOE el 21 de Abril de 2008 y que se refiere exclusivamente al reconocimiento de la plena capacidad jurídica, sin admitir limitaciones ni graduaciones, y al establecimiento de medidas de apoyo y protección para el ejercicio de aquella capacidad jurídica (Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Abril de 2009).

⁸ La teoría de la voluntad resalta el poder o discreción que tiene el sujeto del derecho. En consecuencia, un derecho subjetivo equivale al poder que la voluntad de una persona ejerce sobre otra. Centrar el núcleo del concepto de "derecho" en la voluntad y en la protección de la elección plantea el problema de que hay derechos que son esencialmente obligatorios (derecho a la educación de los menores) y a cuya renuncia no se puede acudir sin renunciar a la propia protección. La teoría de la voluntad tiene dificultades para dar cuenta de derechos que se presentan como inmunidades frente a los demás, esto es, derechos que se corresponden con la falta de poder de los demás. La teoría de la voluntad en su versión hartiana sólo asumiría las inmunidades que pueden renunciarse. Pero hay inmunidades irrenunciables, como los derechos fundamentales constitucionales, no susceptibles de negociación en el juego legislativo.

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

fin de abarcar las diferentes posiciones jurídicas (Moreso, Vilajosana 2004, pp. 139 y ss) en las que se pueden encontrar los individuos en sus relaciones. De acuerdo con esa formulación las posiciones activas vinculadas al concepto de derecho serían: titular de un derecho, de una libertad, de una potestad o de una inmunidad. La perspectiva pasiva se manifiesta con la idea de "deber" y aludiría a: deber, no-derecho, sujeción e incompetencia. Sin que necesariamente haya de haber exclusión entre sí entre estas modalidades.

Hohfeld (1991) busca determinar las relaciones entre conceptos a partir de los usos que de tales posiciones se hace en las resoluciones judiciales; posiciones jurídicas que fijan una situación tanto dada por el ordenamiento jurídico como por los contratos en los que se participe. Simplifica las relaciones en dos tipos: de correlación y de oposición. Desde la perspectiva de la correlación pueden identificarse una serie de posiciones jurídicas atendiendo a un modo activo o pasivo, es decir, de un sujeto en relación a otro; o de un sujeto frente a otro. De este modo pueden diferenciarse dentro de las relaciones de **correlación**:

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

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

Las relaciones de **oposición** se producen cuando una modalidad activa es negada por una modalidad pasiva. Lo opuesto a tener un derecho, es tener un no-derecho; lo opuesto de disfrutar de una libertad es tener un deber; potestad se opone a incompetencia; ser inmune es opuesto a estado de sujeción. Así:

1. derecho-no derecho: si un sujeto tiene el derecho de que otro haga algo, no se puede decir que el primero no tenga el derecho (tenga el "no-derecho") de que el segundo lo haga.
2. libertad-deber: si un sujeto tiene frente a otro la libertad de realizar un acto, no se puede decir que el primero tenga el deber de hacer ese acto frente al segundo.

3. potestad-incompetencia: en la medida en que un sujeto puede producir efectos jurídicos sobre otro a través de un acto concreto, no puede afirmarse que ese sujeto sea incompetente ("tenga incompetencia") para modificar mediante ese acto la situación jurídica del segundo.
4. inmunidad-sujeción: cuando un sujeto tiene una inmunidad frente a los efectos jurídicos del posible acto x de otro, habrá que excluir que el primero se encuentre sujeto frente al segundo por el acto x y sus efectos jurídicos.

Esta diferenciación de Hohfeld de las diversas relaciones y tipos permite clarificación y evitar confusiones (aunque plantee algunas dificultades⁹, sobre las que aquí no se puede entrar).

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

1. Derecho-deber: la cuestión aquí por tanto es determinar a qué tienen derecho los ancianos, en otro sentido a quién le corresponde el deber; es evidente que a lo largo de la vejez sea cual sea el estado de salud los derechos fundamentales se mantienen incólumes y esencialmente se puede decir que implícitamente los derechos de los ancianos se vinculan al reconocimiento del derecho a la igualdad¹⁰ y el derecho a la seguridad social; de manera explícita los derechos de los ancianos se reconocen, por ejemplo, en:
 - Artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (Toda persona tiene derecho... a los seguros en caso de...vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad);
 - Artículo 16 de la Declaración Americana de Derechos Humanos (Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias...de la vejez...que...le imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia.);
 - El artículo 11 apartado a) de la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2542 (XXIV), de 11 de Diciembre de 1969, reconoce solemnemente que: El progreso y el desarrollo en lo social deben encaminarse igualmente al logro de los objetivos principales siguientes: Artículo 11 (a) La provisión de sistemas amplios de seguridad

⁹ Si bien pretende ser una clasificación exhaustiva, suficiente e irreducible, esto es, que agote todas las posiciones jurídicas posibles, que no se requieran más posiciones para expresar todas las posibles situaciones jurídicas, y que, por último, esas posiciones establecen el mínimo común denominador del Derecho. Tales posiciones y características son muy eficaces para describir con mayor precisión situaciones jurídicas que se afirman como complejas y explicables más allá de la relación "derecho-deber". Ahora bien considerar que la categorización de Hohfeld agota todas las posiciones y situaciones jurídicas sería excesivo, pues existen situaciones en Derecho que se afirman como derechos generales que se refieren no a personas sino a cosas (derechos in rem) o que carecen de deberes correlativos. Otra crítica es si Hohfeld utiliza en un sentido ambiguo el término "opuesto". De igual manera se ha señalado que la categorización de Hohfeld puede ser reducida a los operadores deónticos (prohibido, obligatorio y facultativo).

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

social y los servicios de asistencia social y el establecimiento y la mejora de sistemas de servicios y seguros sociales para todas aquellas personas que por...vejez no puedan ganarse la vida, temporal o permanentemente, teniendo en cuenta la necesidad de garantizar el debido nivel de vida a estas personas, a sus familias y a quienes están a su cargo);

- Artículo 24 de la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, de 8 de Diciembre de 1989 (Todo trabajador de la Comunidad Europea debe poder beneficiarse en el momento de la jubilación de los recursos que le permitan mantener un nivel de vida decente);
 - Artículo 25 de la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, de 8 de Diciembre de 1989 (Cualquier persona que, habiendo alcanzado la edad de jubilación, se viera excluida de su derecho a una pensión y que no tuviese otros medios de subsistencia, debe poder beneficiarse de recursos suficientes y de una asistencia social y médica adaptadas a sus necesidades específicas);
 - La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, sostiene en el Artículo 25, bajo la rúbrica "Derechos de las personas mayores": La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural.
 - De lo expuesto se deduce la necesidad de contemplar un sistema de provisión social público que permita prestaciones con las que poder afrontar una vejez con las mayores condiciones de dignidad posibles. Exigencia clara a los Estados para articular estos sistemas de protección lo más alta posible y ajustada a las variaciones de la vida social. Uno de los fenómenos más inquietantes que se vienen produciendo en los últimos tiempos es el empobrecimiento de los ancianos especialmente de las ancianas, derivado de su condición de viudedad.
2. Libertad- no derecho: de acuerdo con esta correlación las personas mayores tienen evidentemente el derecho a actuar con autonomía. En este punto nos encontramos con un terreno más propicio a introducir cuestiones de derecho civil y especialmente la situación de los descendientes con relación a determinadas decisiones de disposición patrimonial que puedan realizar los ascendientes. Se observa en muchas ocasiones que los descendientes por medios diversos pueden "presionar" a los ancianos para que tomen las decisiones que más "beneficien" los "intereses" de los mayores. En tal caso la decisión no es plenamente autónoma y por tanto se vulnera el pleno ejercicio de un derecho. Pero la solución no parece tan fácil como aparenta porque cabe la posibilidad de que la decisión tomada por la persona mayor sea contraria a sus intereses y propio beneficio, de modo que entren a actuar las distintas instituciones del derecho civil (incapacitación, curatela, tutela) con el fin de limitar o encauzar la actividad de la persona mayor. La decisión se traslada no ya a discutir sobre la autonomía de actuación del mayor sino a la aclaración de dos conceptos jurídicos indeterminados como son el "beneficio" e "interés" y aquí surge un problema diferente a cuándo se habla del interés y beneficio del menor, que si bien también podemos reconducirlo a la zona de sombra que suponen los conceptos jurídicos indeterminados, al menos, existe una legislación articulada que pretende ofrecer las máximas garantías en ese sentido¹¹. Pero no por ello deja de merecer una breve consideración. La primacía absoluta del principio de autonomía puede jugar muy en contra de las personas mayores por tanto la mejor protección viene dada por un justo equilibrio entre autonomía-beneficio-justicia. Si en verdad esto razonablemente nadie lo discute, la

¹¹ Esencialmente se puede considerar la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.

consecución de este equilibrio se complica cuando se introduce la idea de qué sea lo más beneficioso¹² para el interés del mayor, en este caso.

Es evidente que no basta con decir que el mayor tiene autonomía, sino que debe mostrar una capacidad de comprender, entender y querer razonadamente con el fin de manifestarse adecuadamente respecto a sus intereses. El suficiente juicio, además, no parece un valor absoluto sino “en situación”, es decir, admitir que un mayor tiene suficiente juicio y plena capacidad de obrar no supone que lo tenga para todos aquellos extremos que se solventan en el proceso correspondiente. La introducción de un criterio subjetivo y no objetivo como las condiciones físicas y mentales puede tener efectos ambivalentes: puede generar cierto grado de inseguridad pero al tiempo amplía la posibilidad de considerar cualquier situación personal. Pero permanece pendiente, aunque se trate de una valoración de carácter subjetivo, bajo qué presupuestos considera el juez que un mayor posee o no juicio suficiente. Término éste último al que el legislador recurre con frecuencia pero que plantea problemas, porque la cuestión ahora es determinar en qué consiste tener “suficiente juicio” ya que los jueces y tribunales deben ir más allá de expresar un puro parecer y argumentar sus valoraciones. Se está en presencia de lo que se denomina un concepto jurídico indeterminado.

Hablar de conceptos jurídicos indeterminados parece hacer pensar que el resto de conceptos jurídicos tienen una claridad fuera de toda duda, y nada más lejos de la realidad. Cuando se está en presencia de un concepto jurídico indeterminado se está implícitamente indicando que hay que realizar un mayor esfuerzo de interpretación, porque el emisor de la norma jurídica en la que se incluye un concepto jurídico indeterminado ha tenido la voluntad de no dar claridad semántica a su lenguaje de manera que se traslada al destinatario de la norma la tarea de colmar el sentido de la misma. En el caso de los conceptos jurídicos indeterminados, sin embargo, se encarga al receptor de la norma, determinar el contenido siempre de acuerdo con las reglas propias de la semántica y de un grado de discrecionalidad sometido al imperio de la ley. El receptor del derecho ha de enfrentarse dentro de los enunciados a cuatro tipos de términos o expresiones: 1.- términos del lenguaje natural; 2.- términos propios del lenguaje técnico-jurídico, comprensibles, al menos, para los miembros de la comunidad jurídica; 3.- términos, propios o no del lenguaje natural, que el legislador tecnifica al establecer un significado concreto; 4.- términos sin un significado, aquellos que el legislador establece como indeterminados (Ara 2004, p. 114). Todos ellos presentan algún grado menor o mayor de indeterminación derivado del contexto social, de la evolución del propio lenguaje, de las estructuras jurídicas y sus interrelaciones dentro del ordenamiento jurídico. Hay pues un abanico de posibilidades de intervención que puede ser valorado; *positivamente*, pues es una manera de permitir la concreción y el mayor acercamiento al caso planteado, expresión de la elasticidad del ordenamiento jurídico; o *negativamente*, si se considera el grado de inseguridad y discrecionalidad que se introduce. La cuestión ahora es cómo llevar a efecto la determinación de esos conceptos, qué sentido dar a los conceptos jurídicos indeterminados, dicho de otro modo, cuáles son las reglas y procedimientos que guían ese quehacer.

Las respuestas a esta cuestión se reconducen a tres: objetivista, finalista e intersubjetiva. Las tesis *objetivistas* vinculadas a las expresiones del iusnaturalismo ontológico postularían que los conceptos jurídicos indeterminados, que aparecen inevitablemente en los textos jurídicos, adquirirían significado gracias a la interpretación correcta del derecho natural. También objetivistas son algunas corrientes antiformalistas (Gény, Ehrlich) que proponen atender al marco social, político, económico, a la propia naturaleza de las cosas para fijar el contenido y

¹² En general, la idea de “más beneficioso” tiene esencialmente que ver con decisiones patrimoniales racionales que no supongan un menoscabo de los bienes del mayor, pero lo beneficioso puede tener un componente sentimental que puede chocar con la decisión que se puede considerar más beneficiosa.

sentido de los conceptos jurídicos indeterminados. La aportación más valiosa es la tesis de la unidad de la "respuesta correcta" de Ronald Dworkin (1989) para resolver los casos difíciles (*hard cases*). Para Dworkin, el derecho, frente a la creencia positivista que lo considera un "sistema de normas", es algo más que normas y abarca estándares o principios que permiten determinar derechos y deberes. De ese modo, se entiende que el juez da una respuesta correcta cuando su argumentación parta de un principio conforme con decisiones anteriores estables y que esté dispuesto a tomar en hipotéticas circunstancias. La teoría de la adjudicación (de derechos o un significado que implica derechos) supone una construcción de un cuadro de principios generales y concretos, manifestación de la moralidad propia de las leyes y de las instituciones de la comunidad política, implicando, además, una justificación coherente del ordenamiento vertical y horizontal de las soluciones jurídicas. El juez en su tarea de clarificación y justificación no sólo ha de considerar las normas concretas sino invocar también los principios propios del ordenamiento jurídico mismo, especialmente el principio de realización de los derechos individuales. Las tesis *finalistas* consideran que los conceptos jurídicos indeterminados han de ser resueltos en atención al fin u objetivo para el cual se emplean, de manera que vendrían a tener un papel de "comodín", pues lo importante no es la clarificación del concepto jurídico indeterminado en sí, sino su contribución a la correcta solución en combinación con los fines generales de todo el ordenamiento jurídico, de manera que su sentido y significado se agota en cada aplicación. La respuesta *intersubjetivista* postula que los conceptos jurídicos indeterminados sean interpretados atendiendo a la conciencia social de su tiempo, esto es, al mayoritario significado sociológico de un concepto.

Si bien estas teorías presentan algunos problemas¹³, la combinación de al menos las dos últimas puede arrojar luz sobre cómo atribuir significado a un concepto jurídico indeterminado como es el de "suficiente juicio". Es decir, el legislador remite al receptor de la norma la labor de justificar el significado dado al concepto "suficiente juicio" en función de lo que la mayoritaria conciencia social de su tiempo entiende por tal y atendiendo a los fines que los enunciados jurídicos que recogen el "suficiente juicio" tienen dentro de la protección jurídica de los mayores, con el fin de fijar más correctamente el interés del mayor. Es verdad que estas teorías permiten articular un marco de referencia para resolver conceptos jurídicos indeterminados, pero no es menos cierto que no se agotan los problemas ya que sigue persistiendo la cuestión de qué significa "suficiente juicio".

Aparte de las dificultades teóricas y técnicas que se plantean, se aprecia un conjunto de problemas prácticos que deben ser resueltos con el fin de hacer efectivo esta protección del anciano. "Suficiente juicio" es un concepto que refiere más al propio estado mental y psíquico que a la propia edad. Si se considera que la psique se encuentra en constante formación, evolución y dinamismo habrá que atender a la confluencia de diversas variantes ya intelectivas, volitivas, axiológicas o de sentido crítico de cada sujeto en cuestión. Pero el suficiente juicio se aprecia mejor si se atiende a la realidad social en la que el mayor se desenvuelve, al permitir apreciar si las decisiones, opciones y opiniones del mayor son racionales y coherentes con el mismo, esto es, si sus fines y sus metas se plantean como posibles en el marco vital en el que transcurre su vida, haciéndose consciente y responsable de su propia realidad, a pesar de las interferencias que los procesos físicos y psíquicos pueden causar. Pero esta madurez o juicio suficiente de carácter

¹³ Las tesis objetivistas plantean la dificultad de fijar el contenido objetivo previo a partir del cual atribuir significado a los conceptos jurídicos indeterminados. La respuesta finalista no considera que en ocasiones el fin de los enunciados normativos no está tan claro como para extraer con diametral claridad un significado indubitado. La tesis intersubjetiva deja fuera las posiciones minoritarias y apela únicamente al principio democrático del ordenamiento jurídico, lo cual es deseable pero si el significado de los conceptos jurídicos indeterminados remite al principio mayoritario expresado en el ordenamiento jurídico se puede correr el riesgo de vulnerar los derechos de las minorías.

racional puede que no sea definitivo cuando se trata de solventar situaciones (enfermedades, pérdidas de seres queridos, decidir lugar de residencia,...) en las que la dimensión afectiva tiene un valor relevante. Ha de considerarse, además, que quien valora el suficiente juicio y madurez es un juez cargado de experiencias y convicciones que pueden condicionar su percepción, aún cuando cuente con el apoyo y asesoramiento de un cuerpo de especialistas. En resumen, en la determinación del suficiente juicio, se ha de ser consciente de las dificultades con las que se cuenta: unas de carácter teórico, y referidas a la adecuada interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados; y otras en relación a la difícil averiguación de si el mayor tiene o no las suficientes y adecuadas capacidades.

3. Potestad-sujeción: en conexión a lo dicho en último término, dado que los ancianos se presume poseen plenas capacidades, es evidente que tienen potestad para producir efectos jurídicos en otro, pues pueden disponer de sus bienes a través de la institución de la herencia, y es en la gestión de ésta donde pueden darse posibles conflictos entre mayores y descendientes y herederos, ya que éstos pueden ser real o virtualmente afectados por las decisiones de los mayores. En directa relación a lo escrito anteriormente, el hecho de tener una potestad no quiere decir que se ejerza adecuadamente pudiendo la omisión de acción provocar una desnaturalización de la potestad misma.
4. Inmunidad-incompetencia: en este punto puede quebrar la idea de que un mayor tenga un derecho si se entienden las cosas en atención a este binomio porque en ocasiones la inmunidad del anciano se ve muy alterada ya que sus posibilidades de no ver modificada su posición jurídica van disminuyendo a medida que avanza la edad y, en su caso, las posibles enfermedades hacen mella en la intensidad con que se viven los derechos.

6. Conclusiones

En definitiva, si bien se puede afirmar que las garantías de protección de los mayores existen dentro del ordenamiento jurídico, lo que se desprende del presente trabajo es que aún queda mucho por hacer para que esas garantías sean plenamente eficaces y respondan adecuadamente a las necesidades y situaciones por las que pasan nuestros mayores. La sociedad en general y los poderes públicos no sólo tiene que proveer y promover la autonomía sino al mismo tiempo, y en la medida en que se entiende que la autonomía personal es un bien valioso e irrenunciable, impedir que por su desidia y desinterés se produzcan vulneraciones de derechos fundamentales. Se constata la especial vulnerabilidad de una franja de población que en poco tiempo y por circunstancias diversas puede colocarse en una posición de indefensión más que preocupante porque a la par que se hacen más débiles se hacen menos capaces de defender su autonomía y lo que ella supone en términos de libertad.

Bibliografía

- Amunátegui Rodríguez, C. de, 2008. *Incapacitación y Mandato*. Madrid: La Ley.
- Ara, I., 2004. Presupuestos y posibilidades de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados. *Anuario de Filosofía del Derecho*. Madrid: BOE.
- Díez Picazo, L. y Gullón, A., 2005. *Sistema de Derecho civil, I*. Madrid: Tecnos.
- Durán Ayago, A., 2004. Nuevos escenarios en la protección internacional de adultos. *La protección Jurídica de los Mayores*, Madrid: La Ley,
- Dworkin, R., 1989. *Los derechos en serio*. 2ª ed. Barcelona: Ariel.
- Gracia, D. 2007 *Fundamentos de Bioética*. 2ª ed. Madrid: Triacastella.

Hohfeld, W. N., 1991. *Conceptos Jurídicos Fundamentales*. Trad. Genaro G. Carrió. Méjico: Fontamara.

Martínez Gallego, E. M. 2004. Incapacitación de los mayores, tutela y autotutela. *La protección Jurídica de los Mayores*. Madrid: La Ley.

Moreso, J. J. y Vilajosana, J. M, 2004. *Introducción a la teoría del derecho*. Barcelona: Marcial Pons.

Rawls, J., 2006. *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.