

LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MAYORES EN EL ESPACIO SOCIOSANITARIO: ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO A ANTICIPAR LA VOLUNTAD.

Jesús Esteban, Cárcar Benito Doctor en derecho por la UNED, Profesor Asociado de la Facultad de Derecho de la UMU.

Resumen /abstract

La importante contribución de las personas mayores a la sociedad en diversos campos – transmisión del conocimiento y la experiencia, formación, creatividad, etc.–, así como el papel innegable que desempeñan en el cuidado y el apoyo a familiares deben verse reflejados en el desarrollo de políticas públicas, en nuestro caso el espacio sociosanitario, que favorezcan su participación y muestren la vejez como una etapa vital llena de potencialidades, y otorguen a las personas mayores el protagonismo y la capacidad de intervención social y de interlocución que merecen.

El respeto a la dignidad de la persona como ser único, sus preferencias, y la búsqueda del bienestar personal son valores esenciales en este modelo de atención, aun en situaciones de deterioro cognitivo grave para hacer una reflexión sobre sus derechos. La aplicación de estos principios demanda sensibilización y formación, además de la formulación de nuevos instrumentos legales, como es la anticipación de la voluntad sanitaria y patrimonial, la revisión de algunos sistemas organizativos y el diseño de intervenciones acordes con la imposibilidad, en ciertas circunstancias, de manifestar la voluntad.

1. EL ESPACIO SOCIOSANITARIO

Los cambios en la morbilidad característicos de las sociedades modernas han generado necesidades de atención con un elevado componente de cuidados y un menor componente de medicina estrictamente curativa. Se han desarrollado nuevas técnicas de intervención para la atención de enfermedades crónicas, como la hospitalización a domicilio o el hospital de día, nuevas técnicas de abordaje comunitario dirigidas a prevenir la aparición y el agravamiento de las situaciones de dependencia, y metodologías como la gestión de casos, que se ha demostrado eficaz para la atención a las personas en su entorno comunitario y es especialmente apropiada para la atención de personas con múltiples problemas y necesidades, que necesitan definir, localizar y obtener servicios de diferentes sistemas de atención y agentes proveedores.

Todo ello ha dado lugar a la aparición de un nuevo ámbito de atención, situado en la intersección entre los servicios sociales, la atención sanitaria comunitaria y la

atención hospitalaria, que se presenta como atención sociosanitaria. Las proyecciones demográficas predicen un futuro en que la dependencia y la salud de las personas mayores serán, de hecho, comienzan a serlo ya, el hecho dominante en la prestación de servicios personales públicos y privados. Pero también los estudios demuestran que estas consecuencias son gestionables.

Por último, desde el campo de las experiencias en prestación de servicios sanitarios y sociales integrados y de gestión de la enfermedad crónica, se apuntan a otras formas diferentes de gestionar la cronicidad y la dependencia. Los modelos de atención integrada ofrecen siempre unos resultados más que excelentes en la composición de servicios, resultados asistenciales, satisfacción del usuario y disminución de la utilización de servicios¹.

Sin embargo, históricamente, la sanidad y los servicios sociales han vivido separados en su quehacer asistencial. La descoordinación entre ambos sistemas ha restado efectividad a las actuaciones y ha afectado de modo negativo a las personas que necesitan ambos servicios de forma conjunta y simultánea. En un contexto de crecimiento de las patologías crónicas y de las situaciones de dependencia y de necesidades de apoyo para la autonomía personal, se ha hecho evidente la necesidad de coordinar los servicios sanitarios y los servicios sociales para proporcionar una respuesta integral y eficaz a las necesidades de la población.

A pesar de que el tema de la construcción del espacio sociosanitario se ha instalado en el debate público y se ha concretado en múltiples iniciativas, estamos todavía lejos de haber logrado instaurar una atención sociosanitaria satisfactoria, que garantice de forma efectiva y generalizada la continuidad de los cuidados. Una importante oportunidad perdida en este sentido ha sido la aprobación del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, en el que no se ha regulado lo correspondiente a la prestación de atención sociosanitaria, pese a ser una de las incluidas en el catálogo establecido en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (LCCSN).

Las diferencias que presentan el sistema de salud y el sistema de servicios sociales en materia de organización, configuración jurídica y mecanismos de financiación han dificultado la coordinación. La red de salud está muy desarrollada y sus servicios tienen cobertura universal y son gratuitos para los usuarios. La red de

¹ Carrillo Ridao E.; Cervera Macià M.; Gil Suay V.; Rueda Falcón Y., *Claves para la construcción del espacio sociosanitario en España*, Antares Consulting, S.A, Barcelona, 2010.

servicios sociales, por el contrario, es bastante menos extensa, sus prestaciones no están garantizadas al ser en su mayoría discrecionales, y se financia en parte con el pago de los propios usuarios. También hay importantes diferencias en relación a la organización, recursos humanos, los protocolos de actuación, y en otros muchos aspectos, que dificultan el adecuado entendimiento entre el sistema sanitario y el social. La aprobación, implantación y desarrollo de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia (LAPDE) supone un importante cambio, al establecer un nuevo derecho universal de ciudadanía que, al asegurar la protección ante las situaciones de dependencia, reducirá la tradicional asimetría existente entre los servicios sociales y el sistema sanitario. La existencia de la prestación sociosanitaria se deriva, por los tanto, de la especial condición de los ciudadanos que se beneficiarán de ella, en cuanto son sujetos dependientes. Esta situación de dependencia se afronta mediante la atención sociosanitaria, que trata de reducirla desde el punto de vista sanitario, y remediarla desde el punto de vista sociocomunitario²

Es paradójico que haya sido precisamente la tramitación de la LAPDE la razón aducida para no regular en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud la prestación de atención sociosanitaria, con el argumento de que su enfoque podría verse afectado por las previsiones de dicha Ley. A mi juicio, la redacción de la LAPDE no dio motivos para evidenciar que no se actúe de forma inmediata al desarrollo de la prestación de atención sociosanitaria en el ámbito de la salud, sino que, por el contrario, demanda su abordaje urgente, para hacer posible y dotar de contenido la colaboración entre los servicios sociales y sanitarios en la prestación de los servicios a los usuarios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia que se establece como uno de los principios de la referida Ley.

2. EL MARCO NORMATIVO DEL ESPACIO SOCIO SANITARIO Y LOS MAYORES

2.1 El ámbito de la coordinación

La necesidad de organizar y coordinar los recursos sanitarios y sociales con la finalidad de proveer un cuidado integral y eficaz a un elevado número de personas que requieren cuidados y atención conjunta de ambos recursos, supone una meta del sistema un elemento teleológico. En este contexto se ha ido consolidando el concepto de

² Vida Fernández J., “Las prestaciones sanitarias del SNS, catálogo de las prestaciones y carteras de servicios” en coords. por Luciano José Parejo Alfonso, Marcos Vaquer Caballería, Alberto Palomar Olmeda *La reforma del Sistema Nacional de Salud: cohesión, calidad y estatutos profesionales*, 2004, pp. 37-110

coordinación sociosanitaria, cuyo sentido hace referencia a la posibilidad de acceder a diferentes servicios y garantizar o facilitar la continuidad de cuidados entre ambos tipos de servicios³. La coordinación sociosanitaria, por lo tanto, ha de servir de enlace entre los dos sistemas para determinar necesidades e integrar los recursos más apropiados que atiendan dichas necesidades, contemplando la planificación y concreción de protocolos comunes de intervención.

Las cc.aa. han puesto en marcha en la actualidad un modelo de coordinación que permite responder a las necesidades sociosanitarias de las personas dependientes y, con un interés particular, a las de las personas mayores. Una de las líneas fundamentales para la consecución de dicho objetivo es la de introducir en el marco de la estructura organizativa de la Comunidad, un ámbito de confluencia de los servicios sanitarios y los servicios sociales que permita dotar de una respuesta integral y eficaz a aquellas personas que requieren de atención simultánea desde los dos ámbitos.

La Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (LCCSNS), establece el marco legal para las acciones de coordinación de las Administraciones públicas sanitarias con el fin de asegurar a los ciudadanos el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria, avalando su universalidad, financiación pública, equidad, calidad y participación social. Los servicios sociales especializados forman el nivel de intervención específico para la programación, implantación y gestión de aquellas actuaciones que, atendiendo a las características concretas de la población a las que van dirigidas, proporcionen, en su caso, prestaciones técnicas y/ o económicas a aquellas personas que tengan dificultades físicas, psíquicas o sociales para acceder al uso normalizado de los sistemas ordinarios de protección social, correspondiendo a los sistemas sanitario, educativo y laboral aportar los recursos necesarios para el desarrollo de actuaciones referidas al ámbito de sus respectivas competencias, en coordinación con aquéllos.

La diversidad de estas situaciones de dependencia en las que, de forma indisociable, convergen componentes sanitarios y sociales, hacen necesario habilitar nuevas estrategias de abordaje, en las que la coordinación de los sistemas social y sanitario resulta decisiva para ofrecer respuestas integradas y necesarias en orden a conseguir la eficacia de los servicios. Con el fin de alcanzar los objetivos expuestos, resulta necesario abordar de forma conjunta la planificación y coordinación de las estrategias sociales y sanitarias que permitan responder de forma integral y coordinada a

³ Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, publica el *Libro Blanco de la Coordinación Sociosanitaria en España*, 2011.

este tipo de situaciones con el máximo nivel de eficiencia, eficacia y calidad, configurándose los distintos Órganos e instrumentos, que, en principio, con una vocación temporal diseñen dichas estrategias

El objetivo fundamental que se prosigue con este modelo colaborativo es el de estudiar, diagnosticar y tratar de forma coordinada y continuada, por un lado, las situaciones-problema y/o dificultades de las personas y familias (como ya hemos señalado, con una especial atención a las personas mayores) que se enfrentan a pérdidas severas de su salud y/o autonomía funcional física o psíquica y, por otra parte, garantizar y asegurar la equidad en la accesibilidad a los recursos sanitarios y sociales de todas las personas, proporcionándoles los niveles asistenciales más adecuados a sus procesos de enfermedad, rehabilitación y convalecencia.

El modelo propuesto implica la coordinación de los diferentes niveles asistenciales sociales y sanitarios estableciendo un circuito que permita a todas las personas en situación de dependencia y/o con perfil Sociosanitario, recibir una atención de calidad, en un entorno en el que se prioricen sus necesidades personales, familiares y sociales y promocionando, como objetivo fundamental, la mejora de la calidad de vida y la autonomía.

2.2. El marco normativo

Un análisis normativo no puede ser unidimensional, ya que esto supone una sucesión de elementos y disciplinas. Nace así la consideración *multifacial* de los asuntos relacionados con las personas mayores, y muy concretamente se empieza a hablar desde hace unos años de lo “sociosanitario”, como contexto de referencia para la resolución de algunos de los principales problemas que los mayores tienen. Resulta claro que de acuerdo al art. 149 de nuestra CE la competencia de los servicios sociales corresponde a las Comunidades Autónomas, las cuales los desarrollarán a través de sus respectivos estatutos de autonomía. Con independencia de lo anterior, parece claro que compete al Estado la regulación de todas aquellas condiciones que ayuden a mantener la igualdad entre todos los españoles. Asimismo, es estatal la coordinación general sanitaria y el régimen general de la Seguridad Social. El art. 149.1.16 confiere al Estado esta potestad coordinadora en el área de la sanidad, lo que a priori podría resultar altamente positivo para la cuestión que nos ocupa, .El principal problema radica en que se producen dos sistemas diferentes de reparto de competencias en el mundo sanitario y en el mundo de los servicios sociales. Así, del mismo modo que puede existir un cierto sistema unitario de tipo jurídico en el campo de la sanidad y que parte de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, (LGS) e incluso del propio Texto Refundido de la Ley General de

la Seguridad Social, esto no sucede en los Servicios Sociales, en donde en modo alguno existe el sistema unitario referenciado, y no se da más que una reunión de disposiciones que emanan del Estado, de las Administraciones Autonómicas y de la Administración Local.

Al haber avistado la propia CE la posibilidad de que las cc.aa. asuman todas o algunas de las competencias estatales en materia de Asistencia Social y Servicios Sociales se ha producido en realidad un traspaso de estas competencias de forma generalizada a los entes autonómicos, porque en principio así se ha desarrollado en sus respectivos estatutos de autonomía. Y esto se ha hecho sin excepción alguna. Cuestión diferente, aunque no vamos a entrar en ella, es el tema de los Servicios Sociales de la Seguridad Social en donde existiría una competencia compartida, al menos si nos movemos dentro de lo que se estipula en la propia Constitución. El Estado tendría competencias de regulación básica y régimen económico y las Comunidades Autónomas de desarrollo normativo y de gestión de servicios. Esta dualidad de atribución de competencias se produce formalmente atendiendo a las fuentes de financiación que de los servicios sociales se derivan.

Debe quedar claro que el sistema jurídico derivado de la CE no favorece especialmente el desarrollo normativo de la coordinación sociosanitaria, simplemente por la diversidad de Instituciones competentes sobre todo en lo social y también por qué no reconocerlo, porque ese complejo camino de las competencias en el campo social no se corresponde con las áreas sanitarias, en donde hay una Ley General que articula un sistema mucho más coherente en principio, y por supuesto mucho más unitario.

La protección de la salud, derecho constitucional de todos los ciudadanos del Estado Español, reconocido en el art. 43 y 49 de la CE, requería en su momento que los poderes públicos desarrollaran determinadas medidas que lo hicieran eficaz. Una de las primeras medidas adoptadas fue la publicación de la LGS que es el principal eslabón de una cadena de reformas absolutamente necesarias. Como características más importantes de la ley se deben resaltar las siguientes: A.- La designación a partir del título VIII de nuestra constitución, de las Comunidades Autónomas como las competentes en materia de Sanidad. B.- La reserva para el Estado de las funciones de coordinación general, entre otras. C.-- La introducción de la participación ciudadana en la organización y gestión de la Sanidad a través, entre otros, de los Consejos de Salud de Área. Ahora bien, en la ordenación del contenido de la atención sociosanitaria, el art. 14 LCCSNS se limita al ámbito sanitario, como manifiesta expresamente dicho artículo, dejándose al margen todo el contenido sociosanitario.

.3. LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MAYORES EN EL ÁMBITO SOCIOSANITARIO.

El respeto a determinados derechos fundamentales recogidos en la Constitución. Supone, con carácter general y retomado en la LGS, concretamente en su artículo 10 que es uno de los principios del escenario sociosanitario. No existe un estado civil de persona mayor. La situación de las personas mayores se ha de considerar tanto en la vertiente individual como en la social. En el apartado de derechos, las personas mayores que forman el colectivo de «tercera edad» gozan de plena capacidad de obrar (no están incapacitadas judicialmente), son personas sujetas a derecho (tienen personalidad jurídica) y ostentan aptitud para ser titular de derechos y deberes y para poder ejercitarlos (capacidad jurídica y capacidad de obrar) como cualquier otra persona. La limitación de la capacidad de obrar se ha de declarar judicialmente y es proceso específico de incapacitación (art. 199. CC.). La edad avanzada de la persona no es un dato determinante, la causa de incapacitación es la falta de autogobierno de la persona⁴. Por ello, parece aconsejable insistir en que si no quedan claros determinados postulados genéricos respecto a los derechos personales y libertades individuales, difícilmente se van a poder entender otros derechos más concretos.

En referencia al derecho a la salud, y entrando con mayor concreción en el principal elemento, estaría la protección de la salud. Así el art. 1 (LGS) es especialmente claro y dice textualmente: “La presente ley tiene por objeto la regulación general de todas las acciones que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud reconocido en el art. 43 y concordantes de la Constitución”.

Ahora bien, en la configuración del plano estrictamente sanitario la LCCSNS se ha mostrado excesivamente parca, ya que simplemente establece que la atención sociosanitaria comprenderá los cuidados sanitarios de larga duración, la atención sanitaria a la convalecencia y la rehabilitación en pacientes con déficit funcional recuperable. Pero la formulación de estos supuestos es escasamente descriptiva en su contenido, ya “que debajo de cada uno de éstos pueden incluir prestaciones más específicas (como la rehabilitación psicosocial o los cuidados psiquiátricos de larga duración que no se sabe si se incluyen o no”⁵. Por tanto, los derechos sociales responden a la satisfacción de los principios fundamentales de los derechos, pero teniendo en cuenta “las condiciones materiales de existencia” de las personas, el proceso de especificación en relación con los titulares de los derechos supone considerar a la

⁴ Blázquez Martín, D., “Los derechos de las personas mayores”, *Cuadernos «Bartolomé de las Casas»* Editorial Dykinson, Madrid, 2007 pp.54 ss.

⁵ Vida Fernández, J. o cit. p.82.

persona en relación a “la especificidad de sus circunstancias, de sus carencias vitales y de sus necesidades básicas”⁶.

3.1. Protección constitucional de la discapacidad y la vulnerabilidad de las personas mayores

La CE establece en su artículo 49 un precepto específico de protección para las personas con discapacidad. Casi todas las personas tendremos, en algún momento de nuestra vida, una discapacidad transitoria o permanente. A menudo consideramos difícil que seamos nosotros los afectados. Pero la discapacidad no entiende de identidades, ni de edad. Pensar que solo las personas mayores o quienes han nacido con una discapacidad conforman el grupo de afectados es ver solo la punta del iceberg, con un riesgo alto de colisión. Esta previsión constitucional fue pionera, junto con la Constitución de Portugal, en incluir dentro de su texto un artículo mediante el cual se establece un mandato expreso a los Poderes públicos para que establezcan una política activa en la defensa de los derechos e intereses de las personas con discapacidad.

Hasta ese momento era, cuanto menos, no habitual, que los textos constitucionales dedicaran alguno de sus preceptos a las personas con discapacidad, desplegando una guía en los textos constitucionales posteriores para recoger previsiones en este tema, en mayor o menor medida.

Esto no debe llevar a pensar, en ningún caso, que nos encontramos ante una mera declaración de intenciones carente de sustrato material, es decir, que los derechos de las personas con discapacidad no están estructurados y protegidos como ocurre con otros dentro del texto constitucional. Esta condición de principios rectores debe ser considerada tal y como establece el artículo 53.3 de la Constitución.

La importancia de este artículo (que vincula directamente a todos los Poderes públicos en sus actuaciones) resulta a todas luces indudable, puesto que se debe evocar que en un tema como la protección a los derechos de las personas con discapacidad están implicados todos los Poderes del Estado (Legislativo, Ejecutivo y Judicial).

En este sentido, la actuación de los poderes públicos debe garantizar entre otros los siguientes principios para la defensa de los intereses de todos los ciudadanos: el principio de igualdad, no discriminación y cohesión social. El artículo 14 de la Constitución española reviste una especial importancia para el tema que tratamos, puesto que consagra el Derecho a la igualdad, formal.

⁶ Martínez de Pisón, J., “Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales”, Techos U. de la Rioja, Madrid, 1998. p.98.

En consecuencia, la virtualidad del artículo 14 no se agota con el concepto general de igualdad, sino que presta una especial atención a determinados tipos de discriminación que históricamente han producido unas desigualdades muy significativas, entre ellas, cualquier circunstancia personal (que puede ser entendida como la discapacidad que, en mayor o menor medida, puede acompañar a una persona). De esta manera la obligación de promover las condiciones de igualdad efectiva y real en todos los campos de la vida es un mandato y, por lo tanto, una obligación de todos los Poderes públicos del Estado. En definitiva este principio trata de remover todos los obstáculos para conseguir la igualdad efectiva

La participación, configurada como un derecho esencial de cualquier persona, cobra especial importancia en el ámbito de las personas con discapacidad: sólo en su virtud se puede alcanzar la efectiva integración y defensa de los derechos de estas personas. Ello significa que para que realmente se logre una mejora sustantiva en la calidad de vida de las personas con discapacidad es necesario que, dentro de los órganos legislativos o representativos (por ejemplo, mediante su inclusión en comités o conferencias sectoriales), este colectivo tenga presencia propia. Lo que estipulará, entre otras cosas, que las medidas que se puedan adoptar en el seno de las actividades públicas se ajusten y adapten de manera más realista a las necesidades de las personas con discapacidad.

De esta manera la obligación de promover las condiciones de igualdad efectiva y real en todos los campos de la vida es un mandato y, por lo tanto, una obligación de todos los Poderes públicos del Estado. El artículo 9.2 de la CE es un precepto que compromete la acción de los poderes públicos, a fin de que pueda alcanzarse la igualdad sustancial entre los individuos, con independencia de su situación social. (STC 39/1986, de 31 de marzo). El citado artículo puede imponer, como consideración de principio, la adopción de normas especiales que tiendan a corregir los efectos dispares que, en orden al disfrute de bienes garantizados por la Constitución, se sigan de la aplicación de disposiciones generales en una sociedad cuyas desigualdades radicales han sido negativamente valoradas por la propia Norma Fundamental. (STC 19/1988, de 16 de febrero)⁷.

En definitiva, este principio trata de remover todos los obstáculos para conseguir la igualdad efectiva. La situación en la que la persona con discapacidad ejerce el poder

⁷ Ferret i Jacas, J. "El artículo 9.2 de la Constitución como parámetro del control de constitucionalidad / Joaquin Ferret Jacas., en Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución (1988. Madrid). Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución / [organizadas por la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado] - Madrid : Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, 1988, Vol. 1 pp.77-107.

de decisión sobre su propia existencia y participa activamente en la vida de su comunidad, conforme al derecho al libre desarrollo de la personalidad. Así, las personas mayores vulnerables pasan a ser conceptualizadas únicamente como aquella integrante de un colectivo que debe protegerse y entenderse como una persona capaz de llevar a cabo labores y participar en similares términos que el resto de la sociedad en la vida activa y productiva.

Conocer lo que es el mayor en la realidad, y para que se pueda deducir de este conocimiento la preparación de un elenco de derechos, ya que su desarrollo de los mayores en el mundo pide que respetemos una declaración de unos derechos que afloran en la nueva sociedad.

3.2. Derechos humanos y personas mayores

Los derechos humanos pueden ser estudiados, como proyección, en muchas dimensiones. Esta multidimensionalidad sería una característica ya del propio modelo epistemológico más adecuado. Respecto a los derechos humanos de las personas mayores, habría que hacer una reflexión sobre la ancianidad, se nutre de definiciones realizadas por Naciones Unidas, en las que se constata que la situación por la que atraviesan las personas mayores no se explica en función de su edad, sino por una discriminación estructural: económica, social y cultural⁸.

La cumbre sobre Desarrollo Social de Copenhague 1995, abordó esta realidad, exigiendo un nuevo planteamiento del envejecimiento que incumbe a toda la sociedad, consiguiéndose tras esta cumbre un reconocimiento a nivel internacional con un objetivo de interés público sobre la situación de los mayores. Los derechos (humanos) en edades avanzadas son términos vagos, repletos de contenidos y connotaciones jurídicas, morales y políticas, por lo que se hizo necesario desarrollar unos derechos específicos de las personas mayores. Estas exigencias morales, con forma jurídica, son fruto de un proceso histórico y constituyen el programa moral de la modernidad⁹.

La aplicación del enfoque desde la dimensión normativa de los derechos humanos en los asuntos de las personas mayores implicaba que las acciones públicas y las instituciones encargadas de su atención debían basarse explícitamente en las normas internacionales sobre derechos humanos, puesto que, con independencia de que su realidad no estuviera explícitamente unida, los instrumentos internacionales y regionales

⁸ Fuente: S. Huenchuan., Rodríguez-Piñero L., “Envejecimiento y derechos humanos: situación y perspectivas de protección”, serie Documentos de proyectos, N° 353 (LC/W.353), Santiago de Chile, CEPAL, 2010.

⁹ Blázquez Martín, D., “Los derechos de las personas mayores”, op. cit, pp. 51 ss.

de derechos humanos de orden vinculante podían brindar una protección jurídica de los derechos de las personas mayores si son empleados de manera adecuada¹⁰.

Junto con ello, hay que hacer uso de la jurisprudencia y la doctrina de los comités de los tratados, los cuales, por medio de sus comentarios generales o sus recomendaciones a los Estados, han definido con mayor precisión las principales obligaciones en relación a los pactos de derechos humanos, así como el contenido de los derechos protegidos por estos instrumentos. Así lo hizo el Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en 1995 en su Observación general N° 6, donde aborda los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores, orientando a los Estados.

En octubre de 2010, el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer hizo una contribución notable por medio de una recomendación que convoca a la protección de los derechos humanos de las mujeres mayores. El documento expone una decena de áreas que es necesario vigilar para prevenir la discriminación por razones de género y edad y disminuir la vulnerabilidad de la población femenina adulta mayor. En esta indicación se reconoce que los cambios en la estructura por edad de la población tienen profundas consecuencias para los derechos humanos y aumentan la necesidad de que, por medio de la Convención, se trate de solucionar el problema de discriminación que padece la mujer mayor¹¹, puesto que no existe ningún otro instrumento internacional de derechos humanos jurídicamente vinculante que se ocupe de estas cuestiones.

Tanto la legislación, como la administración de la res publica y de justicia, necesitan de formas procedimentales, dentro de las cuales puedan actuar atendiendo los nuevos patrones de derecho, basados en la racionalidad y en el respeto al sujeto, portador de esta facultad. La dimensión procesal supone incorporar el enfoque de derechos a los asuntos de las personas mayores; la legislación y las políticas sobre envejecimiento deben promover y proteger los derechos y libertades fundamentales en la vejez. Para que esto se combine, se requiere que los poderes políticos establezcan los medios y los recursos con que se harán efectivos, como por ejemplo la constitucionalización de derechos, la creación de leyes especiales de protección y la

¹⁰ Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE) - División de Población de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), gracias al financiamiento de la Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo (ASDI), en el marco del programa conjunto CEPALASDI 2010-2011 “Protección e inclusión social en América Latina y el Caribe, Componente 3: Estrategias de protección social para una población que envejece”, y con el apoyo del Proyecto “Annual Work Plan 2011 UNFPA-LACRO” (Project ID: RLA6P41A11).

¹¹ Guisan E., “Autonomía moral para las mujeres: un reto histórico” AFD, tomo X, 1992, pp.161-179.

puesta en marcha de las políticas o planes de acción. Asimismo, es necesario asignar presupuestos que financien la puesta en práctica de las disposiciones normativas y políticas a las que un Estado se obliga. Todo ello en base a tres criterios básicos: la no discriminación, la progresividad y la participación.

La dimensión de contenidos sería el enfoque de los derechos aplicado a los asuntos del envejecimiento con dos concreciones asociados. En primer lugar, se ubican aquellas acciones concretas de aplicación y de responsabilidad que se ponen en práctica mediante programas sectoriales o específicos dirigidos exclusivamente a las personas mayores (*targeting*), considerando en especial que su orientación y sus prestaciones permitan avanzar en el cumplimiento de los derechos en la vejez. Como características básicas, estos programas deben ser universales y contar con mecanismos para hacer exigibles esas prestaciones y servicios (CEPAL, 2006).

En segundo lugar, está la aplicación transversal (*mastreaming*), lo que conlleva la creación y el desarrollo de mecanismos de cumplimiento de las obligaciones por parte del Estado dentro de su obligación general. Como se aprecia, el uso de la normativa internacional de derechos humanos es una herramienta esencial para promocionar y proteger positiva y ampliamente los derechos en la vejez. No se pueden reducir los derechos de este colectivo a los derechos individuales. Esta identificación, por otra parte, es la que parece reflejara la tendencia de la normativa internacional. Empero, la dimensión de equiparación en derechos supondrá el reconocimiento de los derechos fundamentales para los miembros del colectivo en las mismas condiciones que goza la mayoría. Por otra parte, la dimensión de la diferenciación supondrá el reconocimiento de estatutos especiales, u otras medidas al colectivo o a los individuos que lo forman. Es decir, fundamentalmente, permite traspasar la esfera individual, establecer responsabilidades para la sociedad en general y para los gobiernos, junto con concentrar los esfuerzos para que los sujetos controlen de manera independiente sus vidas¹².

4. EL DERECHO A ANTICIPAR LA VOLUNTAD

La libertad es un bien tan tajantemente importante para el hombre como la misma vida, el principio de libertad queda automáticamente implicado en la idea del hombre-persona, en cuanto forma un fin en sí mismo, un ser “condenado” a su constante autorrealización, siendo unitario e indivisible¹³. Ahora bien, la libertad, la autonomía, ha visto florecer sus múltiples posibilidades internas con una graduación

¹² García Añón, J. , ¿Hay derechos colectivos?”, “*Diversidad de minoría*”, *diversidad de derechos*”, en Ansuategui Roig F.J. (Ed.), Instituto de derechos humanos Bartolomé de la Casas, Universidad Carlos III en una *Discusión sobre los Derechos colectivos*, de Madrid, Dykinson, 2001.

¹³ Castro Cid B. “Los derechos de libertad”. En coord. por Benito de Castro Cid, *Introducción al estudio de los derechos humanos*, 2003, pp.281 22.

acompañada al ritmo lento con que evolucionaban todos los condicionamientos sociales y, en especial, las coordinadas éticas en que se apoyaba la sociedad en cada momento histórico. Sin embargo, para Benito de Castro, la acción protectora de los derechos de integridad y libertad cuenta con el inestimable apoyo de un conjunto de derechos que promueven un orden social en el que se den las condiciones para el ejercicio igualitario del primero. Por eso, tales derechos podrán ser identificados como promocionales. Así, la finalidad de crear un marco normativo en el campo sociosanitario y de relaciones sociales se llega a conseguir por la regulación de los derechos a anticipar la voluntad. En los márgenes precisados por el perímetro de cada uno de los derechos, su titularidad atribuye el reconocimiento del respeto al modo de ser autónomo del individuo, su ejercicio “la directa proyección del principio de autonomía sobre los distintos ámbitos abarcados por cada uno de los derechos, y su vulneración la ilegítima intromisión en el terreno reservado por exigencia de su propia naturaleza al sujeto, impidiéndole en consecuencia la realización más acabada de su ser individual”¹⁴.

4.1. Las instrucciones previas sanitarias o voluntades anticipadas

En el desarrollo de lo anterior, esta declaración de voluntades anticipadas se ha definido como un instrumento amplio en el que se podrán contener las instrucciones expresas sobre su cuidado y tratamiento en situaciones en las que la persona esté privada de su capacidad de decidir, su decisión expresa respecto a elementos tales como la donación de su cuerpo y órganos en caso de fallecimiento y la designación de otras personas que representen su voluntad.

La estructura de la norma Ley 41/2002, LBRAP, se contempla el objeto, el concepto de declaración de voluntades anticipadas, la capacidad para otorgarla, el contenido, los requisitos y la formalización del documento, su modificación, la sustitución o revocación, su registro y la comunicación de las voluntades anticipadas al médico o a los centros sanitarios¹⁵. El contenido del documento, a mi juicio, no queda bien delimitado¹⁶.

Según el artículo 11 de la LBRAP es aplicable a cualquier situación de incapacidad en la que el sujeto no pueda expresar su voluntad con respecto al cuidado

¹⁴ Ara Pinilla I, “Funciones que cumplen los derechos”, En coord. por Benito de Castro Cid, *Introducción al estudio de los derechos humanos*, 2003, pp.281-22.

¹⁵ Marcos del Cano, A., “Las voluntades anticipadas, problemática jurídica”, En coord. por R. Junquera de Estéfani, N. Martínez Morán, A. Marcos del Cano, Francisco Javier Blázquez Ruiz, Iñigo de Miguel Beriain, *Algunas cuestiones de Bioética y su regulación jurídica*, Grupo Nacional de Editores, 2004 - 611 2004, pp. 217-24

¹⁶ Abellán -García Sánchez, F. “Estudio jurídico del marco regulatorio de las instrucciones previas en España: Estado y comunidades Autónomas”, Cap. III, en Sánchez Caro, J., Abellán F., (coords), *Instrucciones previas en España. Aspectos bioéticos y prácticos*. Granada, Comares, p.2008.

de su salud. Este dispone que las instrucciones previas son un documento que recoge la manifestación de voluntad de una persona para cuando no pueda decidir por sí misma sobre el cuidado de su salud y el destino de su cuerpo y de sus órganos tras el fallecimiento. En un plano teórico, con este documento se protege el derecho del paciente a decidir por sí mismo, y la posibilidad de nombrar a un representante que le garantice el cumplimiento de su voluntad.

El facultativo cuenta con el consentimiento del paciente para determinados tratamientos o su rechazo respecto de otros, lo que le proporciona cierta seguridad en la toma de decisiones difíciles, con la ventaja de que al estar limitada la voluntad del paciente por su adecuación a los principios del ordenamiento jurídico, a la *lex artis* y al supuesto de hecho de que se trate, el profesional podrá decidir si debe dar cumplimiento a las instrucciones por encontrarse dentro de este marco de actuación. Pero puede incluso oponer objeción de conciencia o de ciencia si considera que lo solicitado, aun estando amparado por el Derecho, está en contra de la buena práctica médica. Al designarse expresamente a uno o más representantes de manera sucesiva o solidaria, el propio paciente ha elegido a las personas que han de tomar decisiones junto con el médico con respeto a su voluntad en los términos manifestados en el documento

4.2. Las instrucciones del patrimonio

En los tiempos actuales nos encontramos ante una situación social preocupante debido al incremento de la esperanza de vida y el aumento de las demencias asociadas a la edad, muchas de ellas de carácter degenerativo y que, en numerosas ocasiones, impiden a la persona gobernarse por sí misma, lo que hace necesario recurrir a medidas de protección tanto de su persona como de su patrimonio, un recurso de anticipación de la voluntad.

La supervivencia de muchas personas con discapacidad y sus nuevas formas (lesiones cerebrales y medulares por accidentes de tráfico, enfermedad de Alzheimer y otras demencias asociadas a la edad) plantean la necesidad de que la asistencia económica a la persona dependiente se realice no sólo por el Estado o la familia, sino a través del patrimonio de la misma persona con discapacidad¹⁷, porque uno de los elementos que más repercuten en el bienestar de estas personas es la existencia de medios económicos a su alcance para atender sus necesidades vitales. Por ello, surgen las nuevas soluciones jurídicas que proporciona esta Ley: patrimonio protegido y sus

¹⁷ Ordás Alonso, M.: *La institución tutelar como mecanismo de protección jurídica de menores e incapacitados*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2008.

ventajas fiscales, autotutela y poderes en previsión de la propia discapacidad, novedades sucesorias, contrato de alimentos, derecho de habitación.

Los mecanismos legales que permiten las instrucciones hoy de lo que queremos para el futuro son el “poder preventivo” y la “autotutela”. Ambos son documentos públicos notariales. El primero permite elegir a otra para que representen sus intereses en caso de que pierda la capacidad para manifestar su voluntad. El segundo incluye la designación de un tutor. Dichos mecanismos de autotutela no solo se utilizan en situaciones de enfermedades asociadas a la edad, sino también en previsión de una dolencia grave o un accidente. Y por supuesto, y en el caso de padres con hijos que quieren velar por el futuro de sus vástagos cuando ellos desaparezcan. La Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad¹⁸ otorga una protección integral de la persona discapacitada y su patrimonio, concediendo para ello importantes beneficios fiscales. El marco legal lo constituye el art. 49 CE, así como los arts. 215 a 298 CC., todos ellos presididos por un principio fundamental y rector de la actuación del guardador, el beneficio y superior interés de la persona sujeta a protección, cuya salvaguarda compete al órgano jurisdiccional (art. 216 C.C.)¹⁹, que, a su vez, ha de intervenir bajo esa misma directriz del beneficio del tutelado, en aras de mantener el justo equilibrio fronterizo entre lo público y lo privado.

Con la promulgación de la Ley de Protección Patrimonial de la Persona con discapacidad, en el ámbito del derecho común, contempla la opción de que la misma persona, cuando aún es plenamente capaz y toma conciencia de una posible futura incapacidad, decide quién quiere que vele por sus intereses cuando ella, por razón de su incapacidad, no pueda hacerlo por sí misma. Esto es, decida quién será su tutor, para el supuesto que resulte incapacitado por sentencia judicial, en el futuro. La Ley 41/2003 de las personas con discapacidad establece que: “Cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor”. Los documentos públicos a los que se refiere el presente artículo se publicarán en el Registro Civil. En los procedimientos de incapacitación, el Juez recabará esta información del Registro Civil, pues para el

¹⁸ Ley 41/2003, de 18 de noviembre (BOE de 19 de noviembre), de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta Finalidad

¹⁹ Bello Janeiro, D., “Autotutela e incapacitación voluntaria”, en Bello Janeiro, D. (coord.) *Protección Jurídica y patrimonial de los discapacitados*, Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 2004, pp. 35-69

nombramiento de tutor el Juez preferirá, en primer lugar, al que se tenga designado en este documento.

La tutela y la curatela son instituciones de guarda y protección legal (no son las únicas existentes en nuestro Ordenamiento) de la persona y/o de los bienes de quien tiene limitada (parcial o totalmente) su capacidad de obrar, las cuales son establecidas *ex lege* con el fin de cubrir su falta de plena capacidad y evitar los riesgos que tal carencia puede suponer para su esfera personal y/o patrimonial. Son, pues, mecanismos de tuición, amparo o defensa de los intereses de las personas jurídicamente vulnerables.

5. CONCLUSIÓN

Los conflictos son situaciones que se presentan a las personas en todos los tipos. de ámbitos, de manera, que en las relaciones sanitarias, también se encuentran presentes con frecuencia, porque los centros sociosanitarios son zonas donde convergen diversidad de personas, con intereses, formaciones, culturas, costumbres y valores. La implicación de un doble ámbito, tanto sanitario como social exige que la continuidad del servicio se garantice tanto por los servicios sanitarios como por los sociales, a través de una adecuada coordinación entre las Administraciones pública apropiadas. Pero también, los conflictos son ocasiones para transformar relaciones, modificar conductas o visto de otra manera, son oportunidades de progresión.

En consecuencia, es de total importancia que los conflictos sociosanitarios sean abordados de manera adecuada y oportuna, toda vez que, por el estado del tiempo, los conflictos son emergentes, latentes y manifiestos, y se presenten en la aplicación de nuevos instrumentos jurídicos.

Llegados a este punto es necesario preguntarse sobre la posibilidad o no de la armonización y aplicación pacífica y segura de los distintos medios y herramientas legales protectores del discapaz, del mayor vulnerable, puesto el mandato de protección hace que giren varios documentos: A.- el documento de instrucciones previas; B.- las figuras de la autotutela y también de la autocuratela ; C.- la guarda de hecho; D.- así como la figura del administrador del patrimonio especialmente protegido. Todo ello, es verdad, con la incapacitación como fondo y posible final. En todo caso, la idea de competencia del sujeto como elemento nuclear determinante de la propia posibilidad de tomar decisiones autónomas²⁰ nos da cuenta de la función inexorable que cumplen ciertos derechos, que Castro Cid, denomina derechos supletorios. Por ello no obsta para confirmar el decisivo papel que, aunque sea en el plano ideal, juega el principio de

²⁰ Nino C.S. *Ética y derechos humanos*, Editorial Ariuel, Barcelona, 1989, pp.149-215.

autonomía para la determinación del contenido preciso que refiere la expresión derechos humanos.