

YANET ALFARO GUILLEN  
JOANNA PEREIRA PÉREZ  
ANABEL PUENTES GÓMEZ

**PROTECCIÓN JURÍDICA  
DE LAS  
PERSONAS MAYORES**  
ASPECTOS PERSONALES Y PATRIMONIALES  
Retos del Derecho Civil ante el envejecimiento de la población

Universidad de La Rioja / Biblioteca



## PRÓLOGO

### I

Cuando, a la edad de 62 años y en la antecámara de la muerte que se produciría al año siguiente, Marco Tulio Cicerón escribió *De Senectute*, con la característica sencillez y facilidad para la taxonomía que había desarrollado en tantas décadas de ejercicio como jurista y orador, afirmó para estructurar su discurso: “Yo, pensando en mí mismo, encuentro cuatro causas que agravan sobremedida la vejez: primera, porque aparta de la gestión de todos los negocios; segunda, porque la salud se debilita; tercera, porque te priva de casi todos los placeres; cuarta, porque, al parecer, la muerte ya no está lejos”. Dejando al margen los placeres o “juegos de la edad tardía” que a buen seguro contribuyen al envejecimiento activo, lo cierto es que el primer texto monográfico latino que aborda filosóficamente la materia ya contiene los pilares en los que centra su labor cualquier ordenamiento moderno que busca proteger a las personas vulnerables por razón de su edad: en primer lugar, la habilitación de mecanismos para mejor gestionar los negocios de su titular, el cual puede estar pleno de facultades pero deseoso de desprenderse de tareas gravosas que consumen energía y tiempo, o puede tener dichas facultades mermadas en mayor o menor grado, hasta el punto de sufrir una discapacidad, necesitar apoyos o, en el supuesto más extremo, verse incapacitado judicialmente. En segundo lugar, precisamente el factor de la salud y la variedad de enfermedades ligadas al deterioro cognitivo agregarán a los instrumentos de autoprotección propios del Derecho privado, diversas vías de ayuda aparejadas a la etiqueta del estado de “dependencia” por pérdida de autonomía; y ahí continúa abierto el debate de política jurídica acerca de si los miembros de la familia deben subvenir a esas necesidades en primera instancia o si son los servicios sociales del Estado los que han de asumir el papel protagonista. En tercer lugar, el hecho de la muerte obliga al Derecho Civil a disci-

<sup>1</sup> M. T. CICERÓN, *Sobre la vejez*, trad. R. Delicado Méndez, ed. Tal-Ver, Madrid, 2005, p. 10 (V. 15).

plinar el régimen de la sucesión *mortis causa*, no solo con una serie de garantías para evitar captaciones indebidas de voluntad de la persona mayor y para verificar su capacidad para testar, sino también ofreciendo instrucciones jurídicas a caballo entre los actos *inter vivos* y los *mortis causa*, que se adapten a las necesidades reales de los últimos días del causante, como pueden ser las donaciones *mortis causa*, ciertas donaciones remuneratorias o modales con eficacia *post mortem*, liberalidades con reserva de usufructo, fideicomisos en sentido clásico o como trasuntos del *trust* anglosajón (como el *living trust*), etc.

Si quisiéramos sintetizar hoy, auxiliados por algunas citas de la literatura universal, los cauces en que los sistemas jurídicos vigentes plasman el principio esencial de la libertad de la persona, que sin duda debe preservarse convenientemente también en la llamada tercera edad, quizás podríamos proponer estos tres escenarios: el anciano que *renuncia*, el anciano que *procura* y el anciano que *perdura*. Veamos.

a) *El anciano que renuncia*. En ejercicio de su "libertad negativa" (Bobbio, Berlin), el anciano puede, mientras mantenga su plena capacidad de obrar, acometer una de estas dos renunciaciones (o ambas): a sus bienes o a regir su situación personal para cuando no pueda valerse por sí mismo. La obra teatral que por antonomasia nos pone en escena ambas realidades es *El Rey Lear*. Cuando el anciano *Lear* expresa su voluntad de anticipar su sucesión a favor de sus hijas (desheredación de Cordelia incluida), lo hace con este conocido parlamento inicial (I, 1<sup>a</sup>): "*Dadme aquel mapa. Sabed que hemos dividido nuestro reino en tres, y nuestra firme intención es sacudir de nuestra ancianidad todas las preocupaciones y asuntos, pasando a energías más jóvenes, mientras avanzamos a rasstras hacia la muerte sin ningún peso*". Los motivos de la cesión de bienes en vida bajo la perspectiva de la *contemplatio mortis* pueden ser tan diversos como el ser humano: desprenderse de las gestiones propias del dominio -con o sin renuncia al disfrute-, vincular las transmisiones hechas a familiares, allegados o cuidadores con la atención a su persona hasta el último aliento, etc. Pero hay una segunda vertien-

te de la renuncia, más ligada a los aspectos personales que a los patrimoniales, que consiste en la plena inacción, la cual, con o sin conciencia del que elude adoptar medidas de autoprotección futura, abocará en relegar al diseño legislativo que le sea de aplicación las medidas de defensa de su persona en caso de necesitar asistencia. De alguna forma, Shakespeare también da pie a pensar en esta perspectiva en la trama de Gloucester que se trenza con la del propio *Lear*: el personaje de Edmundo, hijo no matrimonial de Gloucester, induce a creer a su padre que el hijo matrimonial de este, Edgar, conspira para apropiarse de su fortuna (I, 2<sup>a</sup>): "...le he oído muchas veces mantener que es justo que cuando los hijos llegan a la edad mayor, y los padres decaden, el padre debía estar bajo la tutela del hijo, y el hijo manejar sus rentas". Pues bien, si la persona (anciana ya o no) no ejerce su derecho de autodeterminación y nombra quiénes quiere que sean sus representantes o apoyos en caso de sufrir cualquier tipo de discapacidad, será el Estado quien procurará mayores o menores mecanismos de protección de su persona, más o menos sustituitivos o complementarios, los cuales, en función de si el Estado en cuestión ha ratificado o no, por ejemplo, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Nueva York, 13 diciembre 2006, en adelante CDPD) irán desde las clásicas tutela y curatela a los modernos apoyos o salvaguardas, pasando por figuras como el acogimiento de personas mayores. La variedad y calidad normativa de estas instituciones jurídicas redundará asimismo en la calidad de vida de la persona vulnerable.

b) *El anciano que procura*. El individuo puede optar por una actitud más proactiva y, en cualquier momento en que su capacidad de obrar se lo permita (su "capacidad jurídica" en la terminología del CDPD), adoptar con antelación las medidas con las que previene una adecuada protección y bienestar o, cuando menos, dejar previstas sus propias decisiones ante circunstancias futuras previsibles. De nuevo, puede hacerlo en el ámbito puramente personal con figuras como el testamento vital o documento de voluntad anticipadas (para decisiones relacionadas con el ámbito sanitario aunque no solo), o en el ámbito de la autoprotección patrimonial acudiendo a recursos como la hipoteca inversa, el contrato de ali-

<sup>2</sup> W. SHAKESPEARE, *El Rey Lear. Othello*, trad. J. M. Valverde, Planeta, Barcelona, 1980, Acto I, Escena 1<sup>a</sup>, p. 6.

<sup>3</sup> *Ibidem*, Acto I, escena 2<sup>a</sup>, p. 16.

mentos o alguna de las liberalidades con eficacia *post mortem* antes mencionadas.

c) *El anciano que perdura*. Enfrentado con la proximidad de la muerte, el recurso por excelencia que ofrece el Derecho Civil para disponer de las incumbencias personales y patrimoniales transmisibles es el testamento (o el contrato sucesorio, allí donde se admita). En la más alta liga literaria, el príncipe gemelo del inglés es el autor de *Don Quijote* y, obviamente, cualquier cita del testamento de Alonso Quijano daría colmado lustre al párrafo; pero prefiero traer a colación la tan humana reacción del buen Sancho, lloroso, que interrumpe la relación de mandas ante escribano de su señor, para decir en el capítulo final (LXXIV): “No se muera vuestra merced, señor mío, sino tome mi consejo y viva muchos años, porque la mayor locura que puede hacer un hombre en esta vida es dejarse morir sin más ni más, sin que nadie le mate ni otras manos le acaben que las de la melancolía. Mire no sea perezoso, sino levántese desá cama, y vámonos al campo”. El personaje acaba de otorgar testamento y muere pocos días después arropado por sus seres queridos. La longevidad de nuestros días, el predominio de la familia nuclear frente a la familia extensa, la carestía de las residencias geriátricas y otros muchos factores han dado lugar a situaciones cada vez más frecuentes de abandono de ancianos o de desvalimiento que algunos oportunistas utilizan para encauzar en su provecho el destino del caudal relicto. De ahí que los ordenamientos, por vía jurisprudencial o por iniciativa legislativa, estén abordando novedosamente estas circunstancias: por ejemplo, ampliando o reinterpretando las causas de desheredación de manera que se incluya el maltrato psicológico infligido por los descendientes legítimos que desarticularon al *de cuius* (como ha ocurrido en España desde unas conocidas sentencias del Tribunal Supremo desde 2014);<sup>4</sup> o estableciendo distintas cauteles en caso de disposiciones testamentarias favorables a la persona (física o jurídica) que cuidó al testador en sus años posteriores, que pasan por establecer presunciones de ineficacia, exigir especiales requisitos formales (escritura pública notarial en Cataluña) o establecer expresamente su validez dando primacía a la libertad de testar (Galicia), de manera que la cuestión pueda afrontarse desde las reglas generales sobre error o indignidad para suceder de quien fraudulentamente obliga al testador a cambiar su tes-

tamento; o incluso, en el reverso, concediendo *ex lege* un legado (*Pflegevermächtnis*) solo a los familiares (no a otras personas) que cuidaron del causante al menos seis meses en los últimos tres años de su vida (Alemania desde 2009 y Austria desde 2015). Abusando de la licencia del uso de citas literarias y como cierre, la perdurabilidad que va más allá de regir el destino del patrimonio después de la muerte ha quedado bellamente plasmada precisamente por el último Premio Cervantes (noviembre 2020), Francisco Brines:

“Cuando la edad es ya desventurada

Y es un pétalo el día,

y apenas quedan rosas,

no es posible que el mundo pueda ser recobrado.

Acógeite a unos ojos, solo jóvenes,

Y descubre con ellos el mundo que perdiste.

Y que te miren luego, para ser aún del mundo”

Las autoras del presente volumen, que han defendido con vehemencia e *in actu* la conveniencia de un enfoque multidisciplinar en el abordaje del régimen insipratista de la ancianidad, sabrán disculpar lo que el acarreo de materiales literarios (otra disciplina en sí) puede aportar a la hora de centrar el tema del estudio, cuyo contenido en este libro paso a glosar sucintamente al lector.

## II

El presente volumen afronta el envite de dar una visión integrada de los retos del Derecho Civil ante el envejecimiento de la población. Para ello combina el recurso a las Convenciones internacionales de ámbito mundial o regional que abordan la materia con el empleo de Derecho comparado, que hace dialogar las realidades normativas jurisprudenciales y doctrinales de Latino-América (con especial, pero no única, atención a Cuba, Argentina o México) con las de Europa (con énfasis en España). El objetivo es reparar y repensar las vías de protección de la persona, que es el núcleo del Derecho Civil, aplicadas a las personas de avanzada edad. Desde la perspectiva capital de la autonomía de la voluntad de los sujetos de derecho se profundiza en los mecanismos de autoprotección futura. El trabajo se completa

<sup>4</sup> Poema *El pacto que me queda*, en Brines, F., *Antología poética*, selección de J. Olivri Jiménez, Alanza, Madrid, 1986, p. 176.

con sugerentes reflexiones acerca de los desafíos que el trato con ancianos plantea en las funciones notariales y judiciales. A tal efecto, el libro se articula en siete epígrafes en los que se acierta en el planteamiento de algunas preguntas conflictivas y se presentan respuestas propias, con espíritu crítico y conocimiento jurídico.

1. El apartado introductorio aboga ya por un enfoque multidisciplinar en el que se da cabida a argumentaciones demográficas, sociológicas, psicológicas, médicas, bioéticas, filosóficas, políticas y, naturalmente, jurídicas. Las cifras sobre el envejecimiento poblacional no dejan margen de duda sobre la urgencia de diseñar los mecanismos jurídicos adecuados para la protección de este colectivo creciente: el número de personas longevas se duplicará para 2050 y se triplicará para 2100, de manera que según estimaciones recientes pasará de 962 millones en 2017 (13% de la población) a 2100 millones en 2050 y 3100 millones en 2100. Diversos convenios internacionales (como la importante Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores de 15 de junio de 2015, ratificada en el seno de la OEA por siete gobiernos de los potenciales 35), de forma acorde con los criterios de la Organización Mundial de la Salud, sitúan en los 60 años la edad para incluir a una persona en esta categoría que metafóricamente viene a llamarse popularmente “tercera edad” (aunque ya existen estudios que proponen una “cuarta edad”, como indican las autoras del libro, en las que estarían comprendidos los mayores de 80 años que han pasado a ser dependientes). La aprobación de esta norma internacional interamericana se califica como el primer esfuerzo internacional para la construcción de un auténtico “Derecho de la ancianidad” en el que las autoras quieren ver reflejados los principios de continuidad vital, privacidad y participación, y saludan positivamente el enfoque desde los derechos humanos, con la consiguiente vinculación que produce en los Estados adheridos.

De particular interés son las consideraciones terminológicas vertidas en esa introducción al desbrozar los matices aparejados a cada una de las designaciones de este colectivo, tanto en normas nacionales e internacionales como en propuestas doctrinales: “personas mayores”, “adultos mayores”, “ancianos”, “longevos” y otras con matices técnicos propios como “ascendientes”, “abuelos”, “pensio-nistas”, “jubilados”, amén de los vocablos “senectud”, “vejez”,

“tercera edad”, etc. Al hilo de esa decantación terminológica se reflexiona sobre la conexión de la ancianidad con el estado civil de la persona, así como su relación con las ideas de discapacidad, dependencia y vulnerabilidad para plantear la idea-fuerza del margen de autonomía y libertad decisoria que haya de concederse a estas personas en función de su precisa situación vital. Con base en esta autonomía y en la disponibilidad de instrumentos de autoprotección se cifra la idea de bienestar con que los Estados pueden contribuir desde la perspectiva del puro Derecho Civil.

El Capítulo I de este libro se adentra en el “nuevo enfoque sobre el ejercicio de la capacidad jurídica” que proponen tanto el art. 12 de la Convención de Nueva York (CDPD de 2006) como el art. 30 de la Convención Interamericana de 2015. Huyendo de informaciones meramente descriptivas, estas páginas cuestionan la *ratio* de, en su caso, equiparar el tratamiento de la capacidad jurídica de los ancianos con la propia de las personas con discapacidad. Inevitablemente, se dedican variadas reflexiones sobre el nuevo término de “capacidad jurídica” adoptado por la Convención de Nueva York y su contraste con las tradicionales categorías de la “capacidad jurídica” que poseen todas las personas por el hecho de nacer para ser titulares de derechos y obligaciones y de la “capacidad de obrar” modulada por la madurez y el juicio que, por ende, pueden variar en función de edad, discapacidad, etc. Bajo la premisa de que el envejecimiento no supone en sí mismo ni discapacidad ni incapacidad, se sugiere una actitud cauta a la hora de trasvasar los postulados de una Convención internacional sobre discapacidad a otra sobre ancianidad.

3. A continuación, este volumen aborda el alcance de la autonomía de la voluntad en la vejez. Así el Capítulo II vuelve a entrecer el discurso con reflexiones filosóficas (de Kant a Adela Cortinao Edgar Morin) y bioéticas sobre la configuración de la libertad de las “personas mayores” -término que a la postre será más empleado siguiendo la terminología internacional- para tomar decisiones relacionadas fundamentalmente con su salud. El texto entra a considerar los límites a esa facultad de autodeterminación personal (v. gr., los “mínimos morales” o el bien colectivo desde una perspectiva socio-filosófica y los límites legales, morales y de orden público desde una aproximación jurídica) y aborda el fenómeno del consentimiento informado en el ámbito sanitario. Las

varias páginas destinadas a consideraciones de bioética están libres de la actual sombra omnipresente de la pandemia por coronavirus que todo lo tizna. Esta enfermedad ha traído consigo crudas preguntas que interpelan directamente a la ética de cada ser humano precisamente en relación con las personas ancianas, dado su probado mayor impacto destructivo con ellas; una distopía novelesca no hubiera formulado mejor las cuestiones tanto a los propios ancianos como al resto de la sociedad: en los momentos más difíciles de la primera ola de la pandemia, cuando los sanitarios hubieron de priorizar a quién se asignaban los escasos respiradores, uno de los factores (catalogado como negativo en la balanza) para dar la dramática respuesta fue la edad avanzada de la persona; en la actualidad, ante la perspectiva de las inminentes vacunas, se prioriza administrarlas a estas personas más vulnerables, pero un altísimo porcentaje de la población esgrime ya a finales de 2020 el ejercicio de su libertad personal para no ser vacunado. También en este contexto, el consentimiento debidamente informado y la decisión por la propia persona mayor (por sí, con o sin apoyos, o por su representante legal, en su caso) pondrán a prueba en su modesta medida el acierto o desacierto de los cauces jurídicos disponibles en cada sistema legal para proteger a los más vulnerables.

4. El breve Capítulo III del presente libro concreta los ya estudiados perfiles de la autonomía de la voluntad en la llamada "autonomía prospectiva" por la que el anciano, expresando sus deseos con antelación, se dota de autoprotección jurídica futura; la inquietante pregunta acerca de si esa autonomía comprende la prerrogativa de impactar negativamente en la persona que así lo dispuso o bien ha de aplicarse por los destinatarios de tal manifestación el mejor interés de la persona concernida se aborda ahí (y, de nuevo, merece reflexión en tiempos de pandemia respecto a las personas que hubieran ya dispuesto sus instrucciones anticipadas).

5. Este bloque central del libro desemboca en el Capítulo IV, titulado "los mecanismos de autoprotección jurídica y el respeto hacia las voluntades y preferencias de la persona", que es, con diferencia, el más extenso de la obra y en el que se aborda el régimen jurídico comparado de varias figuras jurídicas, con especial detenimiento en dos: el contrato de alimentos y los actos de previsión de las futuras discapacidades o de la incapacidad.

En efecto, este Capítulo desglosa las instrucciones que "el anciano que procura" tiene a su alcance para pronunciarse sobre el nombramiento de su tutor o de la persona que podría servirle de apoyo en la toma de sus decisiones futuras, sus instrucciones de cara a intervenciones médicas o su voluntad sobre la realización de determinados negocios jurídicos sobre su patrimonio. Las autoras del volumen constatan el amplio silencio normativo existente en el ámbito latinoamericano sobre medidas de autoprotección, denuncian la pervivencia de terminologías discriminatorias y peyorativas hacia personas vulnerables en diversos Códigos civiles y consideran "una utopía pensar en su autorregulación"; en el contexto de América Latina, concluyen, se han sancionado leyes protectoras de grupos vulnerables, como las personas con discapacidad, pero con un enfoque más público que privado (con excepciones como la autotutela peruana o mejicana o el régimen de las voluntades anticipadas de Uruguay). Estas constataciones dan especial valla a la búsqueda de modelos de regulación de tales instituciones insupravitistas en otras latitudes -como hacen, señaladamente, con el régimen español del contrato de alimentos o podría buscarse en figuras personales y patrimoniales de apoyo pioneras que en su día se adoptaron en Italia). Acto seguido enuncian los rasgos generales de todas estas medidas de autoprotección (voluntarias, revocables, con forma escrita, etc.) y compilan de forma muy concisa pero ilustrativa el régimen de algunos de esos mecanismos (el fideicomiso, la autotutela y autocurarelta, los poderes preventivos, el crédito hipotecario con garantía hipotecaria o hipoteca inversa, el seguro de dependencia), para centrarse en las dos figuras antes mencionadas.

El minucioso estudio del contrato de alimentos, consistente en la transmisión de bienes o derechos a cambio de asistencia (vivienda, manutención, cuidados y otras contraprestaciones), toma como base el régimen del Código civil español (así como diversas regulaciones autonómicas dentro de España, como la de Galicia) y la abundante jurisprudencia recalcada al respecto, con oportunas pinceladas de contraste con la regulación del Código suizo de las obligaciones y la figura francesa del *bail à nourriture*, con las que construyen críticamente los perfiles a su juicio más abonados de esta figura contractual: así, cuestionan, por ejemplo el carácter en todo caso personalísimo del contrato en la figura del alimentante, la

posibilidad de conversión del contrato en lugar de abocar necesariamente en resolución en caso de incumplimiento de aquel, el carácter infranqueablemente vitalicio del objeto contractual o el requisito de que el alimentante haya de ser solo una persona física. En todo este examen de rasgos, naturaleza jurídica, distinción de figuras afines y régimen jurídico se aprecia un preciso y pulcro manejo de las categorías civilísticas. Del parejo examen posterior de la figura de las "instrucciones previas" (testamento vital, documento de voluntades anticipadas, etc.) también ramizado por una visión comparatista, vale la pena destacar las realistas consideraciones sobre los destinatarios de estas decisiones en función de su contenido (personal médico o familiares) y, sobre todo, sobre los contornos propios de dicho contenido, que deberta acotarse a aspectos personales (declaraciones de conciencia, instrucciones médicas ante enfermedades o decisiones clínicas al final de la vida, decisiones sobre el destino del cuerpo o los órganos), más que patrimoniales, para las cuales existen instrumentos idóneos como el testamento o el apoderamiento preventivo, aunque las autoras parecen inclinarse por un contenido amplio o flexible del documento de voluntades anticipadas.

6. Los dos últimos Capítulos del libro se consagran a examinar el papel y función del notario y del juez al intervenir en los actos de las personas ancianas en ejercicio de su libertad dispositiva sobre aspectos personales y patrimoniales. En estas páginas se conjuga el rigor académico con la experiencia profesional de las autoras tanto en el ámbito notarial como en el jurisdiccional, lo cual arroja interesantes consideraciones prácticas y pautas de actuación de valía para los diversos operadores jurídicos, sin perder de vista el marco normativo internacional. Así, el Capítulo V se rotula como recomendaciones para la actuación notarial en los actos jurídicos realizados durante la vejez. La primera cuestión abordada es la forma en que el Notario, que carece de conocimientos médicos, ha de valorar la exteriorización inequívoca de un anciano con síntomas perceptibles de deterioro cognitivo, para lo cual se repasan las principales manifestaciones de ese deterioro, se alerta de las que pueden pasar más inadvertidas en el audiencia ante el fedatario público (reservas cognitivas para ocultar dicho deterioro y comparecencia bajo medicación) y se plantean algunas estrategias durante las autorizaciones notariales; las

autoras proponen que junto al juicio de capacidad el notario debería emitir un juicio adicional en el que se hiciera constar no solo la prestación libre del consentimiento, sino también que la manifestación o exteriorización de la voluntad se adecua inequívocamente a la voluntad informada de los intervinientes. El Capítulo, adicionalmente, clasifica y repasa los apoyos con que la persona anciana puede acudir al despacho notarial y pone en valor la función del notario como "apoyo de primer grado"; asimismo, explora el tópico de las posibles limitaciones a esa asistencia en los actos personalísimos o en los relacionados con las liberalidades, como garantía para evitar captaciones indebidas de voluntad. El examen se cierra con varias reflexiones tanto teóricas como pragmáticas sobre las funciones notariales de instruir sobre las previsiones legales, aconsejar el cauce jurídico y fomentar la comprensión del sujeto mediante una comunicación personalizada, que desemboque en una certera comprensión de la persona anciana pese a las barreras de la terminología jurídica. Las autoras realizan propuestas respetuosas con la Convención de Nueva York, como la forma de dar cabida a los sistemas de apoyo, el uso de peritos médicos en algunos casos o la introducción de los testigos de asistencia.

El último Capítulo del libro, el sexto, trata de la relación entre el acceso a la justicia y el envejecimiento, poniendo especial atención en las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, aprobadas en marzo de 2008 en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana y su relación con las citadas Convenciones de Nueva York e Interamericana sobre derechos humanos de las personas mayores. Defienden las autoras que el reconocimiento formal del derecho de acceso a la justicia debe acompañarse medidas sustanciales y procesales que lo hagan efectivo, bajo los postulados de disponibilidad, asequibilidad y adaptabilidad; barreras como la falta de conocimiento de los profesionales del Derecho sobre la forma de trabajar con clientes envejecidos, la lejanía geográfica de las instalaciones judiciales o una tramitación ágil para personas que sienten especialmente la presión del tiempo son obstáculos que en alguna medida pueden atenuarse con normativas internas y autorregulaciones que se adapten a las circunstancias de cada tribunal. Entre los "ajustes razonables" que preconiza el art. 2º CDPD para garantizar a las personas con disca-

pacidad el goce de sus derechos, se mencionan las medidas de comunicación accesible (incluido el lenguaje Braille y de señas) y el uso adecuado de las nuevas tecnologías (como la grabación audiovisual del acto procesal en que participe el anciano vulnerable, lo que permitirá su reproducción en ulteriores instancias judiciales), así como la experiencia española de "modernización del lenguaje" en materia judicial, que ha conducido al dictado de sentencias con formato de lectura fácil para mejor comprensión del adulto vulnerable al que afecte el fallo; precisamente, en la fecha en que esto se escribe, 23 de noviembre de 2020, el órgano técnico del Consejo General del Poder Judicial de España encargado de la difusión de la jurisprudencia (CENDOJ) mediante una base de datos de acceso público, ha comenzado a incorporar las resoluciones que ya se han dictado en ese formato de lectura fácil: las sentencias pueden leerse en el formato habitual o en la versión adaptada mediante palabras sencillas, frases cortas e incluso pictogramas.

### III

Expuesto el tema y el contenido de este libro, me cumple en último término presentar a sus autoras. Se trata de tres jóvenes profesoras de Derecho Civil. Quiero resaltar entre las letras algo ajadas de este prólogo su juventud, no reñida con una trayectoria profesional muy sólida, con formación y presencia internacional. Las tres, además de docentes de Derecho Civil, han ejercido o ejercen como juezas, notarias o fiscales.

Mientras exista investigación jurídica vigorosa desde profesionales jóvenes que, con su plasticidad cerebral -que se pierde con la edad-, propongan con imaginación jurídica y respeto a las categorías y principios nuevas fórmulas o adaptaciones oportunas para proteger desde el Derecho Civil al colectivo de personas de edad avanzada, el anciano del poema antes citado se sentirá dentro del mundo en una benéfica senectud, a la manera propuesta por el anciano Cicerón, y seguirá aún en el mundo tras el tránsito, nos enseña el poeta Francisco Brines, al quedar confiada la labor a esa joven ciencia que no deja de crecer.

SERGIO CAMARA LAPUENTE  
Catedrático de Derecho Civil  
Universidad de La Rioja (España)

## INTRODUCCIÓN

### 1. Breve referencia al panorama actual: Sociodemográfico y Jurídico

La senectud es un fenómeno que por su propia naturaleza tiene una innata vocación por la interdisciplinariedad, de tal forma que cuando un profesional se dispone a razonar sobre él, se apoya no solo en el sistema doctrinal y categorial de su ciencia, sino que casi con total regularidad, se entremezclan argumentos médicos, psicológicos, demográficos, políticos, bioéticos y jurídicos. Lo anterior trasciende entonces al concepto que adoptemos, las necesidades de este grupo poblacional y la respuesta que obviamente debe dar la ciencia jurídica a esta nueva realidad social, o sea, el envejecimiento poblacional creciente.

En la actualidad, nos desafia la cada vez más creciente longevidad de la población, fenómeno demográfico de alcance mundial. Kemelmajer de Carlucci (2006, p. 41) pone en evidencia que cada época ha debido resolver dos cuestiones fundamentales en relación con la vejez: por un lado, saber qué lugar otorgar al anciano en el seno de su sociedad; por el otro, elaborar algún concepto que la identifique. Ello se complementa en la actualidad con las cinco cuestiones principales de ineludible estudio cuando se aborda el tema de la protección de los longevos, esbozadas por Davobe (2015, p. 44), voz autorizada en la materia: 1. la discriminación por edad, la vulnerabilidad y la capacidad jurídica de las personas mayores; 2. los derechos humanos de autonomía referidos a la autodeterminación, la libertad y la propiedad en la vejez; 3. los derechos humanos de participación vinculados a la familia, la inclusión social y la participación política; 4. los derechos sociales fundados en las exigencias de la igualdad material de las personas mayores; y 5. los sistemas de protección y garantías en orden de asegurar el acceso a la justicia de este grupo<sup>1</sup>.

Sin embargo, explica Huenchuan (2013, p. 3) que hasta 2013, no existía ningún instrumento regional relativo específicamente a

<sup>1</sup> AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, Las personas ancianas en la jurisprudencia argentina. ¿Hacia un derecho de la ancianidad? *Revista Chilena de Derecho*, (33), 2006, 1: 37-68.

Prólogo.....

**Introducción**

1. Breve referencia al panorama actual: Sociodemográfico y jurídico ..... 1

2. El envejecimiento poblacional como fenómeno socio-demográfico, datos que avalan la urgencia del abordaje ..... 2

3. Contexto jurídico: La Convención Interamericana de 2015 y el enfoque de derechos humanos ..... 2

4. Adultos mayores, discapacidad, dependencia y vulnerabilidad: ¿Receptores de protección? ..... 4

5. Concepciones psicosociales y jurídicas que fundamentan la protección personal y patrimonial a los adultos mayores..... 4

6. El “bienestar” del adulto mayor en la búsqueda de alternativas protectoras ..... 5

**Capítulo I**

**El nuevo enfoque sobre el ejercicio de la capacidad jurídica**

El artículo 30 de la Convención Interamericana y el artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre protección de las personas con discapacidad: ¿iguales o diferentes?..... 5

**Capítulo II**

**La autonomía de la voluntad como pilar de la libertad y autodeterminación de los ancianos**

1. En pos del envejecimiento activo ..... 6

2. Aportes desde la multidisciplinariedad: el principio bioético de autonomía y la acción autónoma ..... 8

3. La autonomía de la voluntad vista desde una perspectiva jurídica y la autodeterminación en la vejez..... 8

Capítulo III  
La autonomía prospectiva y los mecanismos de autoprotección jurídica

De cara a la protección futura de la población envejecida ..... 99

Capítulo IV

Los mecanismos de autoprotección jurídica y el respeto hacia las voluntades y preferencias de la persona

1. Contextualización .....	105
2. Características generales .....	114
3. Algunos actos y negocios jurídicos que ha reconocido la doctrina como mecanismos de autoprotección .....	117
3.1. El fideicomiso .....	117
3.2. La autotutela y autocuratela .....	118
3.3. Poderes preventivos .....	119
3.4. Crédito vitalicio con garantía hipotecaria o hipoteca inversa .....	121
3.5. Seguro de dependencia .....	122
4. El financiamiento privado de la vejez, especial referencia al contrato de alimentos como mecanismo de autoprotección .....	122
4.1. Enfoque general .....	122
4.2. ¿Derecho de cuidados materiales vs. financiamiento privado de la dependencia? .....	127
4.3. El Derecho romano: Obligada mención en la búsqueda de antecedentes contractuales .....	129
4.4. Costumbre, medioevo y codificación europea. Impacto y antecedentes en la construcción del contrato de alimentos .....	132
5. El contrato de alimentos .....	136
5.1. Construyendo una definición .....	136
5.2. Elementos indispensables para el análisis de la naturaleza jurídica del contrato de alimentos .....	142
a. Carácter consensual .....	143

INDICE GENERAL

b. Bilateralidad .....	1
c. ¿Personalísimo? .....	1
d. Onerosidad .....	1
e. Aleatoriedad .....	1
f. ¿Carácter vitalicio? .....	1
5.3. Diferencias de otros institutos del Derecho Civil y familiar. Consideraciones sobre la causa del negocio .....	1
a. La obligación legal de dar alimentos .....	1
b. La renta vitalicia .....	1
c. De las donaciones y el contrato de alimentos .....	1
5.4. Elementos subjetivos del contrato .....	1
a. La capacidad de los sujetos contratantes .....	1
b. ¿Persona natural o jurídica como sujeto contractual? .....	1
c. El contrato de alimentos con estipulación a favor de terceros, una alternativa a la protección de los menores y las personas con discapacidad .....	1
5.5. Elementos reales del contrato .....	1
a. La prestación del alimentatista .....	1
b. Los "alimentos" como prestación del alimentante. Análisis sobre el alcance del término .....	1
c. Obligaciones de las partes contractuales .....	1
d. Garantías de posible inserción en el contrato. Protegiendo a los más vulnerables .....	1
5.6. La forma del contrato de alimentos .....	1
5.7. La visión registral del contrato de alimentos .....	1
5.8. Efectos jurídicos del incumplimiento contractual .....	1
6. El acto en previsión de las futuras discapacidades o la incapacidad .....	2
6.1. Naturaleza .....	2
6.2. ¿Quién puede otorgar el acto en previsión de las futuras discapacidades o la incapacidad? .....	2
6.3. Algunas consideraciones sobre los denominados destinatarios del acto .....	2

6.4. La forma idónea para el acto en previsión de las futuras discapacidades o la incapacidad.....	218
6.5. El contenido del acto en previsión ¿personal o patrimonial?.....	223

#### Capítulo V

##### Actuaciones jurídicas durante la vejez: recomendaciones para la autorización notarial

1. Planteamiento del tema.....	231
2. Autonomía personal en la vejez: capacidad jurídica vs. exteriorización inequívoca de la voluntad del sujeto.....	235
3. Deterioro cognitivo: Principales manifestaciones y repercusión en la conducta del sujeto.....	239
4. Los apoyos: auxilio esencial para la actuación jurídica durante la vejez.....	241
4.1. Naturaleza.....	241
4.2. Tipos de apoyos: especial énfasis a los apoyos eventuales.....	244
4.3. Particularidades de los apoyos en los actos de liberalidad y en los actos personalísimos.....	250
5. Desempeño notarial durante las autorizaciones en las que intervienen adultos mayores.....	251
5.1. La función notarial.....	251
5.2. El notario como apoyo de primer grado.....	257
a. Particularidades de la función asesora del fedatario público ante la ancianidad.....	258
b. Juicios notariales.....	260
c. Formalidades del instrumento público.....	267
d. El notario como veedor de los postulados de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.....	269
6. Breves conclusiones.....	270

#### Capítulo VI

##### Acceso a la justicia y envejecimiento

1. De lo alcanzado a lo debido.....	273
-------------------------------------	-----

#### INDICE GENERAL

2. Instalaciones judiciales accesibles para los adultos mayores.....	27
3. Los ajustes razonables y otros medios alternativos de comunicación. Herramientas de accesibilidad en el proceso.....	28
3.1. Formato de fácil comprensión.....	28
3.2. El empleo del método Braille.....	28
3.3. El intérprete de lenguaje de señas.....	28
3.4. Nuevas tecnologías.....	28
4. A modo de cierre.....	28