

INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES
LA UNIVERSIDAD DE POSGRADO DEL ESTADO

REPÚBLICA DEL ECUADOR

INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES

LA UNIVERSIDAD DE POSGRADO DEL ESTADO

MAESTRÍA EN DERECHO: MENCIÓN EN ESTUDIOS JUDICIALES

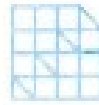
**Tema: Afectación del derecho a la propiedad del adulto mayor por la
administración y/o disposición de su patrimonio a través de terceras
personas: parroquia Calderón y Notaría Pública de Quito**

2016 – 2017

Autor: Jorge Marcelo Chamorro Estacio

Director: Salamanca Antonio

Quito, Marzo 2019



INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES
LA UNIVERSIDAD DE POSGRADO DEL ESTADO



**SECRETARÍA
GENERAL**

No.080- 2019.

ACTA DE GRADO

En el Distrito Metropolitano de Quito, hoy a los seis días del mes de marzo del año dos mil diecinueve, **JORGE MARCELO CHAMORRO ESTACIO**, portador del número de cédula: 1716488117, EGRESADO DE LA MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN ESTUDIOS JUDICIALES (2017-2019), se presentó a la exposición y defensa oral de su Artículo Científico, con el tema: "AFECTACIÓN DEL DERECHO A LA PROPIEDAD DEL ADULTO MAYOR POR LA ADMINISTRACIÓN Y/O DISPOSICIÓN DE SU PATRIMONIO A TRAVÉS DE TERCERAS PERSONAS: PARROQUIA CALDERÓN Y NOTARÍA PÚBLICA DE QUITO 2016-2017", dando así cumplimiento al requisito, previo a la obtención del título de **MAGÍSTER EN DERECHO CON MENCIÓN EN ESTUDIOS JUDICIALES**.

Habiendo obtenido las siguientes notas:

Promedio Académico:	9.02
Artículo Científico Escrito:	8.72
Defensa Oral Artículo Científico:	8.72

Nota Final Promedio:	8.87
----------------------	------

En consecuencia, **JORGE MARCELO CHAMORRO ESTACIO**, se ha hecho acreedor al título mencionado.

Para constancia firman:

Mgs. Zaira Novoa

PRESIDENTE Y MIEMBRO DEL TRIBUNAL

Dra. Natalia Mora

MIEMBRO

Abg. Ximena Curvajal Chiriboga.

DIRECTORA DE SECRETARÍA GENERAL

De conformidad con la localidad
prevista en el estatuto del IAN
CERTIFICO que la presente es fiel
copia del original



AUTORIA

Yo, Jorge Marcelo Chamorro Estacio, con CI 1716488117 declaro que las ideas, juicios, valoraciones, interpretaciones, consultas bibliográficas, definiciones y conceptualizaciones expuestas en el presente trabajo; así cómo, los procedimientos y herramientas utilizadas en la investigación, son de absoluta responsabilidad del autor del trabajo de titulación. Así mismo, me acojo a los reglamentos internos de la universidad correspondientes a los temas de honestidad académica.



Firma
C.I. 1716488117 →

AUTORIZACIÓN DE PUBLICACIÓN

"Yo, Jorge Marcelo Chamorro Estacio, cedo al IAEN, los derechos de publicación de la presente obra por un plazo máximo de cinco años, sin que deba haber un reconocimiento económico por este concepto. Declaro además que el texto del presente trabajo de titulación no podrá ser cedido a ninguna empresa editorial para su publicación u otros fines, sin contar previamente con la autorización escrita de la universidad"

Quito, 4, Abril de 2019



JORGE MARCELO CHAMORRO ESTACIO
CI 1716488117

Dedicatoria

A mi esposa Sandra, y mis hijos: Elizabeth y Jorge, por el tiempo que no compartí con ellos, quienes en todo momento comprendieron la importancia de este artículo y con su apoyo me alentaron a culminar satisfactoriamente este trabajo; también dedico este artículo a mi padre, quien con su labor, me hizo conocer las vivencias de los adultos mayores en los Centros de Residencia.

Agradecimiento

Agradezco a mi maestro y tutor Antonio Salamanca, quien como tutor me guio de manera constante y efectiva en la elaboración de este artículo; como maestro sembró en mí, pensamientos analíticos y críticos sobre el derecho. Mi reconocimiento también al Instituto de Altos Estudios Nacionales y todos sus funcionarios, por su enorme trabajo con la educación superior.

Resumen

El artículo pretende analizar la posible afectación en la administración de los bienes patrimoniales de los adultos mayores, cuando tienen avanzada edad o enfermedades degenerativas, por parte de sus administradores y/o curadores. Ello especialmente cuando los adultos mayores están internados en geriátricos o centros de residencia y cuando comparecen a notarías a realizar actos de voluntad. El artículo busca determinar los factores y paradigmas que intervienen en la posible vulneración de los derechos a la propiedad y autodeterminación de los adultos mayores en centros de residencia. Esta investigación es realizada en la ciudad de Quito, parroquia Calderón, en *el Centro de Residencia Caminar Juntos*, de la zona, así como en una notaría pública de la ciudad de Quito. Se utilizará el enfoque cualitativo, las técnicas de recolección de datos empleadas será la observación no estructurada y entrevistas abiertas. Esta investigación jurídica es interdisciplinar, ya que atiende la problemática socio-jurídica y axiológico-jurídico. Se pretende con ello establecer situaciones de posible afectación al derecho a la propiedad de los adultos mayores. Se analiza y evalúa los resultados obtenidos con el objetivo de hacer visible los problemas de este grupo de personas vulnerables y los conflictos que surgen cuando se dificultan los actos voluntarios del adulto mayor en el acceso a la administración de sus bienes y la afectación de sus bienes patrimoniales. Es decir, esa limitación de sus recursos propios puede desencadenar la afectación de sus derechos patrimoniales.

Palabras Clave

Adultos mayores, centros de residencia, afectación de derechos a la propiedad, derecho a la autodeterminación personal, notaría pública.

Abstract

The article intends to analyze the possible affectation in the administration of the patrimonial goods of the elderly, when they have an advanced age or degenerative diseases, for part of their administrators and / or curators. This especially when older adults are in nursing homes or residential centers and when they appear at notaries to perform acts of will. The article looks for determine the factors and paradigms that intervene in the pos-

sible infringement of the rights to property and self-determination of the elderly in residential centers. This research is carried out in Quito's city, Calderón parish, in the "Caminar Juntos" Residence Center, in the area, as well as in a public note of the city of Quito. The qualitative approach will be used, the data collection techniques used will be the unstructured observation and open interviews. This legal research is inter-disciplinary, since it encompasses the socio-legal and axiological-legal issues. The aim is to establish situations of possible affectation to the right to property of the elderly. The results obtained are analyzed and evaluated in order to make visible the problems of this group of vulnerable people and the conflicts that arise when the voluntary acts of the older adult are difficult in accessing the administration of their goods and the affectation of their patrimonial assets. That is to say, this limitation of their own resources may trigger the impairment of their heritage rights.

Keywords

Older adults (elderly), residence center, affectation of rights to property, right to personal self-determination, public notary.

INDICE

1. Introducción.....	10
2. El derecho a la propiedad de los adultos mayores en la parroquia de Calderón, Cantón Quito y en su comparecencia a Notaría Pública.....	11
3. Paradigmas de enclaustramiento en residencia de adultos mayores y afectación del derecho a la propiedad de sus bienes.....	17
3.1 Paradigma totalitario.....	20
3.2 Paradigma abstencionista.....	22
3.3 Paradigma paternalista.....	24
3.4 Paradigma sujeto de derechos.....	26
4. Análisis y valoración de los adultos mayores como sujetos de derechos en el ámbito internacional con los derechos humanos y en el Ecuador.....	28
4.1 En el ámbito internacional.....	29
4.1.1 Resoluciones de la Asamblea de las Naciones Unidas.....	30
4.1.2 Observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.....	31
4.1.3 Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Protocolo de San Salvador.....	32
4.1.4 Nueva concepción del Adulto mayor como sujeto de Derechos.....	33
4.2 En el Ecuador: la participación del Estado, el notario público, la sociedad y la familia, en relación al tratamiento de los adultos mayores como sujetos del derecho a la propiedad...35	
4.2.1. El Estado: normativa, institucionalidad y políticas públicas.....	35
4.2.2 El notario y su actuación.....	38
4.2.3. La familia y los centros de residencia.....	40
4.3 Los aportes del Derecho comparado.....	42
5. Conclusiones.....	45
BIBLIOGRAFÍA.....	47

1. Introducción

Existe una afectación del derecho del adulto mayor a la propiedad cuando su derecho de decidir es limitado al no considerar su voluntad, prevaliéndose de su situación de vulnerabilidad. La designación de malos administradores desencadena una serie de vulneración de derechos, no solo del derecho a la propiedad, sino también a la salud, la vivienda, alimentación y cuidados personales.

La afectación del ejercicio del derecho a la propiedad del adulto mayor por un mal tutor/curador es motivada muchas veces solo por el deseo de obtener provecho de esa gestión. Particularmente graves son los casos en que el adulto mayor alcanza avanzada edad o es declarado en interdicción civil. Hay también violación de derechos cuando el adulto mayor expresa su voluntad de decidir sobre su futuro y ésta no termina siendo garantizada, sino que muchas veces es impedida de plasmarse en un documento público. Se genera violencia económica por la presión que reciben los adultos mayores para que dejen sus propiedades a otras personas (Freire, 2010: 244, 245).

Esta investigación busca, a modo ilustrativo, no demostrar una verdad estadística, sino ofrecer una verdad mostrativa, de varios casos concretos, tomados de adultos mayores que permanecen en el *Centro de Residencia Caminar Juntos*¹, ubicado en Quito, parroquia Calderón, en el período comprendido desde enero de 2016 a diciembre de 2017. Además, se recogerán las experiencias de los adultos mayores que han llegado en ese periodo a la notaría donde el autor realiza su actividad profesional.

Atendiendo a nuestra problemática social, la investigación jurídica interdisciplinar se desarrollará en el modo socio-jurídico y axiológico-jurídico. Se utilizará el enfoque cualitativo. Las técnicas de recolección de datos se centran en las personas adultas mayores que residen en el norte de la ciudad de Quito, parroquia Calderón, con la pretensión de obtener información sobre la afectación. Cualitativamente indagaremos la opinión y sentir de los adultos mayores que han sido internados en la residencia por sus familiares. Utilizaremos la técnica de la observación no estructurada, entrevistas abiertas y evalua-

¹ Nombre ficticio del Centro de Residencia, en cumplimiento al derecho a la privacidad.

ción de experiencias personales sobre la limitación de disposición de sus bienes y afectación de su patrimonio.

También como técnica se hará una revisión documental de la literatura sobre cómo se aborda esta problemática social a nivel local e internacional. Particularmente se tomará en cuenta los aportes de países latinoamericanos e iberoamericanos sobre el avance histórico de los paradigmas que han abordado el reconocimiento de derechos, y derecho a la propiedad en particular, de este grupo vulnerable de atención prioritaria. En concreto, se realizará un análisis y comparación con España, país en donde la voluntad del adulto mayor se toma en cuenta antes de perder la capacidad y conciencia para la administración de sus bienes, designando personalmente a su tutor y la forma en que disponga su patrimonio. La comparación de la normativa de España con nuestro país buscará identificar las disposiciones de administración que existen, su aplicación y sus limitaciones al momento de ejecutarlas, con lo cual se empiezan y da origen a la vulneración de sus derechos. Sin embargo, el problema desborda la solución normativa. A pesar de toda la regulación nacional e internacional, persiste la evidencia de la afectación al derecho a la propiedad, cuando es el adulto mayor, quien expresando o no su voluntad de recibir el cuidado a través de terceras personas, es destinado a un centro de residencia. Allí, muchas veces queda en la indefensión si su voluntad y mandato no son respetados.

2. El derecho a la propiedad de los adultos mayores en la parroquia de Calderón, Cantón Quito y en su comparecencia a Notaría Pública

La observación de campo que se realizó se ubica en el *Centro de Residencia Caminar Juntos* —que así denominaremos para respetar su anonimato— situado en la parroquia Carapungo, con un total de 50 personas, de los cuales 10 son hombres y 40 son mujeres. Algunos adultos mayores se encuentran ahí por su propia voluntad y otros por voluntad de sus familiares. Unos adultos mayores no tienen problema con la administración de sus bienes. En otros, sin embargo, se observa afectaciones a sus bienes patrimoniales por mala administración; por disputa entre familiares por administrar sus bienes. Se buscó contar con la participación de parte de los directivos y funcionarios de la institución, sin embargo, al no recibir respuesta favorable se realizaron entrevistas únicamente a las personas adultas mayores. A esta información se unirá la observación de campo obteni-

da en el desempeño de la actividad laboral del autor en la notaría, particularmente en el otorgamiento de actos voluntarios, en la celebración de mandatos y transferencias de dominio.

Pues bien, habitualmente los adultos mayores internados se reúnen los días domingo para recibir a primera hora la visita de una persona delegada de la iglesia católica. Una vez concluida la ceremonia religiosa esperan por sus familiares o visitas. Así es el caso de nuestra primera entrevista. La señora Ana Julia², de 88 años de edad, mujer soltera que no tiene hijos, de profesión odontóloga, lleva 18 años internada. Ella es poseedora de varios bienes inmuebles, siendo el más representativo un departamento en la ciudad de Quito. Quienes administran sus bienes son sus hermanos, familiares de mucha confianza. Según sus palabras, de ellos no tiene ninguna queja. Ella hace frente al costo mensual de la residencia con su jubilación. No ha tenido mala experiencia en la administración de sus bienes, ni personalmente ni con sus mandatarios. De igual manera, según nos dice, no ha tenido problemas con funcionarios públicos, como notarios, por discriminación o mala asesoría profesional.

Sin embargo, es un hecho que producto del asilamiento y la separación de la sociedad, las personas adultas mayores pierdan interés en sus bienes. Este es el caso de la señora Lidia Berenice, de 85 años de edad, de ocupación ama de casa, y viuda, como estado civil. Ella nos indica que con su cónyuge adquirieron varios bienes, de los cuales dispusieron para cubrir la enfermedad del esposo. En la actualidad, manifiesta no ser propietaria de bienes inmuebles o desconoce si aún tiene alguna propiedad. Sus hijos pagan la estancia en el asilo. Por el enclaustramiento, no tiene mucha información de las propiedades que vendieron, del dinero producto de dichas ventas, o del dinero que gastaron. Sus hijos son quienes se encargan de la administración de bienes y ella no tiene ninguna objeción con esa situación.

El señor Víctor Germán, de 82 años de edad, que ha perdido parcialmente la vista, se encuentra internado por voluntad de sus hijos; ya que no tienen tiempo para dedicarle el cuidado que por su edad y enfermedad requiere. Él manifiesta que no se imaginó vivir en un centro de residencia, pensó que viviría con sus hijos. Sobre sus propiedades co-

² Los nombres han sido modificados para respetar el derecho a la intimidad de las personas participantes.

menta que tenía tres propiedades, dos departamentos y una casa. A sus dos hijos le entregó un departamento a cada uno, y dejó la casa para solventar sus gastos. Además, otorgó un poder a los dos hijos para que puedan administrar sus bienes. En el otorgamiento de esos actos no existieron inconvenientes en las notarías a las que acudió a realizar los trámites. A la fecha desconoce si su propiedad está vendida o en arriendo; y, al estar internado, no realiza ninguna actividad comercial ni maneja dinero para disponer.

En ocasiones, las situaciones se complican familiarmente cuando algunos hijos quieren obtener provecho o ventaja de la situación de debilidad. Este es el caso de Sara, mujer de 86 años. Ella manifiesta que su hija es quien se preocupa de su estancia en el Centro y quien le visita. Le ha pedido que haga un testamento, porque ella es quien la cuida. A este efecto, un día la sacaron a pasear y permanecer en el domicilio de su hija de visita. En esas circunstancias, había acudido un notario para que receptara la firma con los testigos. No entendió bien la situación de para qué hacer un testamento; se puso nerviosa y el notario no autorizó la firma.

Es otros casos es frecuente encontrar que cuando entre los hijos hay disputa por la administración de los bienes, el adulto mayor se encuentra en medio de la controversia, del conflicto patrimonial, además de afectivo y emocional. Por la avanzada edad, en estos dilemas al adulto mayor le es difícil tomar decisiones. Franklin, de 91 años y viudo, nos manifestó que ha tenido mala experiencia con uno de sus hijos, quien administra sus bienes. Le había otorgado un poder ante notario hace mucho tiempo. No recuerda las facultades que le dio. Sus otros hijos le cuentan que, para beneficio privado, aquel hermano ha hipotecado la casa del padre en donde tiene varios locales comerciales, que generan ingresos mensuales. Franklin no puede constatar directamente los hechos por el aislamiento y su estado de salud. Los otros hijos se quejan porque el apoderado se gasta la plata para su beneficio. Le piden al padre que le quite el poder y haga otro en favor de otro hijo. Entre los hermanos hay pelea y Franklin tiene temor de dar otro poder. Además, indica que llega un punto en que no quiere saber nada porque sus hijos le confunden. Ellos tienen mala relación. Él ha terminado por no preocuparle el dinero. Está cansado y les ha dicho que hagan lo que quieran porque desde el lugar donde está no puede hacer nada.

Por otra parte, en mi experiencia como funcionario de notaria he podido conocer de primera mano varios casos en donde se intenta de parte de los familiares, o quienes estén al cuidado de personas adultas mayores, ser nombrados administradores por medios de actos notariales como mandatos, ser beneficiarios de testamentos, o de transferencia de dominio.

A modo de ejemplo ilustrativo, María, de 90 años, acudió a la notaria. La mujer era viuda, con problemas de audición. Ella manifestó que tenía varios hijos pero que vivía únicamente con una hija, quien la cuidaba en su casa. Ella expresó que para disponer de los bienes le trasladaron a una notaría para que firmase un poder autorizando la venta de sus bienes. Tenía muchas dudas y miedo pues desconocía qué iba a firmar. Al conversar con el notario, este le indicó que si tenía dudas o si le estaban obligando no firmase nada; finalmente no firmó. Los familiares se disgustaron con el notario pues le acusaron de haber influido de manera negativa en la señora con la conversación que mantuvieron. El poder era general para poder disponer sin limitación alguna los bienes de la señora.

El mandato es uno de los actos que más utilizan los adultos mayores para delegar facultades y es el más utilizado por familiares para disponer de bienes. En otra ocasión, dos señoras, Milagros y Dolores llevaron a su madre, trasladándola desde una residencia de adultos mayores a una notaría, para que otorgase un poder para disponer de los bienes que había adquirido con su esposo. La señora, por la edad y la situación se puso nerviosa y sensible. Le contó al notario que no deseaba que vendan la casa en donde vivió en la ciudad de Ibarra. Ante esto, el notario no autorizó se realizase ese poder. Sin embargo, la trasladaron por una segunda ocasión a la notaría, y, para sorpresa de la señora, se encontraban todos los hijos en la notaría, incluso algunos que no veía desde hacía algún tiempo. En esa ocasión firmó porque le convencieron y por insistencia de los hijos que decían: *“mamá el dinero de la venta serviría para pagar sus propias medicinas”*.

La transferencia de dominio de bienes inmuebles a través de donaciones o incluso de ventas simuladas es otra de las formas más utilizadas y celebradas en notarías. En ese sentido, he sido testigo en actos en los que al hijo a cargo del cuidado del adulto mayor se le transfiere una propiedad, sea por venta o por donación.

En otra ocasión, la señora María Soledad no tenía familiares cercanos que la cuidaran. Una amistad le sugirió que acudiese a una organización religiosa para que permaneciese en ese centro y recibir atención asistencial y residir permanentemente. El lugar era de ayuda social a personas de escasos recursos y no tenía que pagar mensualidades por ese servicio. De inicio, en la institución le indicaron que no pagaría un mensual por permanecer ahí, pero si debía contribuir voluntariamente para ingresar al centro. Ella así lo hizo pagando al ingresar. Al pasar el tiempo, le solicitaban de forma constante que voluntariamente entregue dinero para que pueda permanecer ahí. La señora, ante los constantes requerimientos de los funcionarios del centro, consideró vender una pequeña casa para de una vez pagar su internamiento. Finalmente la señora abandonó el referido centro y buscó atención en un centro privado. Ahora paga un valor mensual por la atención que recibe.

El caso más simbólico que recoge la experiencia en notaría y residencia de adulto mayor es el de la señora Martha Mejía, de 68 años de edad, viuda, con formación secundaria, madre de dos hijos. Su domicilio está ubicado en el sector norte de Quito, barrio El Inca. Su casa fue adquirida por medio de un crédito hipotecario. En el mencionado inmueble adecuó locales comerciales para arrendar y así obtener ingresos para su cuidado y sustento diario. Además de ahorrar para asegurar sus años futuros, la señora se caracterizó por ser económicamente activa, independiente y responsable de su propia vida. Con el pasar del tiempo y con la avanzada edad fue diagnosticada con la enfermedad degenerativa de Alzheimer. Decidió delegar facultades administrativas a una persona de su confianza, que no era su familiar, con el fin de que la ayudara con el manejo de sus bienes y su sobrevivencia. Para ello contrató los servicios de un abogado. Este fue el encargado de elaborar la minuta con el contenido de los mandados requeridos dentro del poder especial a otorgarse ante notario público.

El estado de salud de la señora, afectado por la referida enfermedad, sumado a su avanzada edad, ocasionó que en la primera notaría a la que acudió se le negara asentar su voluntad. El notario efectuó un análisis crítico de la poderdante, previo a receptar su firma. El notario se negó a celebrar dicho contrato, aduciendo falta de voluntad, conciencia y, por lo tanto, capacidad jurídica. Dicha determinación fue tomada sin solicitar la opinión de una persona especialista, un perito. Esta situación se repitió por dos ocasiones más,

en diferentes notarias, sufriendo discriminación, limitación al acceso a un servicio público, a la propiedad y a su derecho natural de elegir voluntariamente quien administrará sus bienes y, por ende, quién se encargará de su cuidado. Al pasar el tiempo, su enfermedad evolucionó, perdiendo gradualmente la voluntad de autogobernarse, sin poder decidir por sí misma en lo relativo a bienes, cuidado y atención personal. Por lo cual, sus hijos consideraron a su madre una carga, teniendo a su cargo el cuidado sin tener la facultad de disponer de su bienes patrimoniales. En ese punto, uno de sus hijos decide realizar el proceso para declararla en interdicción civil. Él es nombrado su tutor mediante sentencia judicial. Dentro de los encargos que posee por ley, se encuentra la administración de sus bienes. El hijo empieza a recibir el dinero producto de los arriendos de la casa, pero destina dicho dinero para su uso personal y no para el cuidado de la madre, afectando con ello sus derechos a la salud, alimentación cuidado médico.

Con posterioridad, el tutor acude ante la instancia judicial a fin de que se le autorice la venta de la casa que poseía su madre, aduciendo que es indispensable dicho ingreso para su cuidado y subsistencia. Mediante sentencia se le concede dicha autorización, la misma que es realizada por remate conforme lo señala la ley. El dinero obtenido de la transferencia efectuada no cubre las necesidades básicas de la señora, puesto que su hijo no lo destinó para el fin correspondiente, sino que por el contrario lo despilfarró en adquisiciones para su beneficio personal, descuidando a su madre en todo sentido.

Al no poder atender las necesidades de la señora por su delicado estado de salud, que se encuentra en completo abandono, y sin poseer los fondos suficientes, su tutor procede a internarla en un centro de residencia y cuidado especializado de adultos mayores, terminando la señora en un centro, contra su voluntad.

Más allá de estos casos expuestos a modo ilustrativo, y con pretensión mostrativa, la problemática identificada y descrita no es solo de este Centro de Residencia, en Ecuador. Es una problemática nacional y regional. A modo de ejemplo, para visualizar también la problemática a nivel regional tomamos como referencia la investigación realizada por El Servicio Nacional del Adulto Mayor y la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales – Chile (FLACSO), con entrevistas grupales a personas adultas mayores sobre el abuso patrimonial de que son objeto. Tres casos sirven para evidenciar

la problemática en el ámbito regional: uno de clase media, otro segundo de clase media alta, y un tercero de clase alta.

a) Mi hijo es abogado, “deme un mandato”, me dijo para sacar esta gente. ¿Cómo voy a desconfiar de mi propio hijo? Mi hijo mayor, ¡quién va a desconfiar de su propia sangre! Yo le firmé el mandato para sacar esa gente de ahí, para que se fueran porque no me pagaban. Mi hijo con ese mandato echó a la gente, vendió la casa y se quedó el dinero, no me dio ni un veinte (Guajardo, 2013:113).

b) Hay otros casos en que la mamá no puede estar sola y se deja caer el hijo o la hija casada con todos los niños, pero como tú vives solita la ponen en la pieza de empleada y de toda la casa se adueñan. Las casas se pierden y lo poco y nada que le queda de la casa. Le han tenido que construir una piececita en el fondo del patio de la casa de la hija para que viva ahí (Guajardo, 2013:111).

c) Una señora tenía un solo hijo y el hijo quería hipotecar la casa donde vivía la mamá porque quería comprarse un camión para trabajar. Le hipotecó la casa y desgraciadamente al hijo le dio bronconeumonía y se murió. Quedó con la casa hipotecada y la señora no pudo pagar el préstamo. Le quitaron la casa, quedó en la calle ¡terrible!, ¡terrible!” (Guajardo, 2013:112).

En todos estos casos vemos cómo el abuso patrimonial, como lo definen en Chile, se origina con los familiares, y las formas de apropiación, aunque diferentes, terminan afectando los bienes y autodeterminación de los adultos mayores. Estos quedan como en espacio opaco, invisibilizado de injusticia.

3. Paradigmas de enclaustramiento en residencia de adultos mayores y afectación del derecho a la propiedad de sus bienes

Para ubicar la problemática objeto de indagación, la afectación al derecho a la propiedad de los adultos mayores en centros de residencia y notarías, es necesario conocer cómo a través de la historia las instituciones geriátricas, las formas de internamiento, con sus

distintos paradigmas y concepciones, han defendido o no los derechos a la propiedad y disposición de los bienes de los adultos mayores.

Algunos autores identifican diferentes paradigmas de instituciones geriátricas desde sus inicios. Han sido clasificados y entendidos de la siguiente manera: a) asilares o asistenciales. En Occidente, hasta el siglo XX se consideraba al anciano alguien a quien cuidar y tutelar; b) rehabilitadores. En el siglo XX se incorporan funciones de rehabilitación, que agregan al anterior paradigma el trabajo sobre las necesidades funcionales del anciano; y c) sanitario. Desde los años ochenta del siglo XX el anciano es visto en estos centros como un sujeto sanitario para la promoción de su salud. Se combina entonces centro de cuidado de salud y rehabilitación permanente (Zolotow, 2010: 87).

Davove (2008) indaga sobre este problema social y jurídico. La historia de la ancianidad y del Derecho de Familia nos revela la existencia de tres modelos de responsabilidad jurídica familiar ante la vejez, vinculados entre sí: a) el *modelo totalitario*. Nace en la Antigüedad y se extiende hasta la Edad Media. Se desarrolló en un contexto donde las personas tienen baja esperanza de vida, con una fuerte figura del *pater*. Estaban bien definidos los roles de los integrantes de la familia. Por esa asignación de roles, los ancianos eran cuidados y protegidos afectivamente y patrimonialmente por las mujeres y niños. Sus familiares se encargaban totalmente de la administración de sus bienes; b) el *modelo abstencionista*. Se gesta en la Modernidad y se extiende a lo largo de todo el siglo XIX. Con los cambios en la economía, el Estado, la sociedad y la familia adquieren nuevas precepciones y nuevas costumbres. Los roles familiares cambian, la responsabilidad jurídica del cuidado de los ancianos queda delegada a sus hijos y nietos, en materia asistencialista. Se empieza a visualizar en este modelo la responsabilidad del Estado en el cuidado de los ancianos que no tenían medios económicos para ser cuidados. La protección patrimonial era aún responsabilidad de los familiares, quedando sus bienes a disposición de los mismos; y c) el *modelo paternalista*. Este se desarrolla con el Estado de bienestar en el siglo XX. La responsabilidad jurídica familiar ya no depende solo de los familiares, sino que la responsabilidad jurídica familiar es compartida con la acción de Estado en la creación de políticas públicas constitucionales, para recibir asistencia y cuidados médicos de sus familiares y el Estado. Protege también sus bienes económicos y patrimoniales en caso de no poder administrar personalmente esos bienes (p.6).

En cada uno de estos horizontes existe un modelo conceptual de responsabilidad jurídica familiar frente a la vejez. Se revisa la estrecha vinculación que existe entre el tipo de Estado imperante, las diversas formas de organización social y familiar y los conceptos de vejez sustentados en esos marcos (Davove, 2012: 6).

Davove (2012) identifica un cambio de paradigma internacional a inicios de la década de los años noventa del siglo XX, en un contexto de envejecimiento de la población en los países desarrollados. Los adultos mayores van dejando de ser considerados como objetos de derecho, a quién hay que suministrarle lo necesario para que vivan o para rehabilitar su salud, etc. Se va incorporando paulatinamente la perspectiva de los derechos humanos y la dignidad en su tratamiento, es decir, se empieza a considerar al adulto mayor como sujeto de derechos, sin discriminación y fortalecimiento de su autonomía en la toma de decisiones, referentes a la disposición de su patrimonio (p. 205).

Este cambio de paradigma y esta perspectiva plantea fundamentalmente el imperativo ético y normativo de considerar a los adultos mayores ya no solo como un grupo vulnerable que es objeto de protección, sino como sujetos activos titulares de derechos. Así, la atención se dirigirá a asegurar la integridad y la dignidad de los mismos, la ampliación de la protección efectiva de sus derechos humanos, entre ellos el derecho a su autodeterminación personal. En este sentido, se reclama también el ejercicio del derecho a la propiedad y la seguridad económica en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna, elemento fundamental para el fortalecimiento de su autonomía (Huenchuán, 2004: 31).

Hemos considerado adecuado desarrollar la indagación basándonos en los paradigmas definidos por María Isolina Davove. Sus estudios y trabajos se ubican en los adultos mayores de la República Argentina y Latinoamérica. Se comparte así la problemática cercana de la región e historia latinoamericana.

Una vez identificada la problemática y los principales paradigmas para el análisis de esa realidad, volvemos ahora a nuestro Centro de Residencia y notaríamos. En el apartado anterior, por la experiencia de campo realizada se observaron diversas situaciones de los adultos mayores que comprometen sus derechos. La negativa de parte de los directivos del Centro de Residencia, así como de sus funcionarios, no facilitó un trabajo de campo

completo. El presente apartado busca identificar en los casos ilustrativos expuestos los paradigmas actuantes y analizar cómo desde ellos se produce o no la vulneración del derecho a la propiedad y disposición de los bienes de los adultos mayores.

3.1 Paradigma totalitario

En el modelo totalitario Davove (2014) los integrantes de la familia se sometían a una división del trabajo. Su buen funcionamiento permitía que la familia atendiera a sus ancianos y ancianas, proveyéndole alimentos, con atención afectiva y patrimonial, a cambio del control de sus vidas (p. 6).

Este modelo o paradigma se reactualiza en el presente. Se observa en muchos casos cómo el control total de los adultos mayores depende de sus familiares: hijos, nietos, esposa. Ellos toman las decisiones de internamiento de adultos mayores sin consultar ni tomar en cuenta la voluntad del adulto mayor. Toman el control de sus vidas y de sus bienes. Así empieza a producirse su desvinculación de la sociedad.

Es el caso del señor Víctor Germán, que fue internado por sus hijos porque no tienen tiempo para cuidarle. El no deseaba ingresar al centro de residencia. Se anticipó a entregar una propiedad a cada hijo libre y voluntariamente. No existió ningún inconveniente con ese proceso en la notaría. Este es un claro ejemplo del paradigma totalitario, se muestra cómo son los familiares quienes toman decisiones sin importar el consentimiento del adulto, por el simple hecho de estar bajo el cuidado de ellos, y más aún cuando les han entregado propiedades y se han beneficiado del patrimonio de él.

Está presente el paradigma totalitario también cuando las personas adultas mayores internadas en los centros de residencia desconocen si son propietarias de bienes. Ello es una muestra de su desvinculación de la sociedad. Aprovechándose de esta debilidad, sus familiares toman decisiones sobre sus bienes sin hacerles ninguna consulta. En el caso de la señora Lidia Berenice, manifiesta no tener conocimiento sobre el dinero producto de las ventas de algunas propiedades que adquirió con su esposo. Aunque es consciente de que existieron gastos para cubrir la enfermedad del mismo. Por eso dice: *“no ser propietaria de bienes inmuebles o desconoce si aún tiene alguna propiedad”*, o dinero

por pago de arriendo o venta. Esto es fruto del asilamiento y la separación de la sociedad, ha perdido el interés en sus bienes. La desvinculación de la sociedad y el enclaustramiento mismo hace que no se preocupe por sus cosas, no le importa saber si tiene dinero o propiedades, porque en el lugar que esta no los puede utilizar.

En el Ecuador, la responsabilidad jurídica familiar del cuidado de los adultos mayores aún se encuentra presente. Se conserva esta forma jurídica de organización familiar, ya que los hijos y nietos se encargan de sus ancianos. En muchas ocasiones cumplen con esas obligaciones esperando recibir alguna compensación económica o en propiedades.

Una de las características del paradigma totalitario es la división del trabajo de los integrantes de la familia. En la actualidad se mantiene en algunas familias esta división. El rol del cuidado principalmente recae en las mujeres. En el caso de la mujer de 90 años que acudió a la notaria, por pedido de su hija para que le otorgase un poder para disponer de sus bienes a favor de sus nietos, ya que, por el cuidado que le brindaba como hija y la permanencia en su casa, consideró que sería una forma de compensación. El interés porque realice el acto jurídico le hace a la hija llevar a la madre a la notaría para que firmase un poder autorizando la venta de sus bienes. En esa ocasión, no autorizó el notario el poder por considerar viciado el consentimiento de la persona.

Como hemos indicado, el paradigma totalitario no es cosa del pasado sino que continúa y se reactualiza. Se encuentra presente a pesar de generarse en la antigüedad. En muchos casos los familiares tienen el control total de sus ancianos, los cuidan pero lo hacen por interés económico, para despojarlos de sus bienes porque ven que no tienen participación en la sociedad. La desvinculación de la sociedad de los adultos mayores hace que su capacidad jurídica se disminuya y pierdan el interés por administrar sus bienes. De esa manera son dependientes de sus familiares. Los casos expuestos indican cómo la voluntad de los adultos mayores es coaccionada y obligados en ocasiones a enajenar una propiedad a cambio de atención y cuidado.

3.2 Paradigma abstencionista

Este modelo surgió en la Edad Media de la necesidad de los adultos mayores que tenían los medios económicos suficientes de asilarse personalmente en centros de acogida en monasterios. Era un privilegio para ricos. Mientras, para los adultos mayores pobres y enfermos, lo que había era mendigar y permanecer en la indigencia (Bayerns, 1990:155).

Para los pobres, el antecedente histórico de internamiento de los adultos mayores se desarrolló en los siglos XVI y XVII en Inglaterra. Por la cantidad de ancianos pobres que se veían forzados a la mendicidad se crearon las leyes unificadas, *Poor Law Act* de 1601. Para los ricos, la idea del retiro iba progresando. El obstáculo era los recursos financieros. Sin embargo, durante la Ilustración se evidencia un desinterés por la vejez, y se acentúa la discriminación social. En general no hay avances para proteger esta etapa de la vida (Dabove, 2008: 8).

Como hemos indicado, en la Alta Edad Media, en general la solidaridad familiar aseguraba la subsistencia de los adultos mayores. Las diferencias de clase social determinaba la vejez del anciano rico. Este podía asegurar su vejez retirándose a un monasterio. Se consideraba entonces el aislamiento en un monasterio algo de élite. Este fue el primer esbozo de asilo de ancianos: un refugio. Hacia el final de la Edad Media en la clase social media comienza a tomar auge la idea del retiro. Comerciantes y artesanos se organizan para asegurar su retiro pagando hasta su muerte el retiro, en una casa de reposo (Martínez y otros, 2003: 31).

Las personas de élite podían planificar su retiro en casa de reposo. En cambio las personas pobres, debían trabajar hasta morir. Pensar en planificar su retiro o descanso simplemente no era un derecho para ellos.

De igual manera para que los ancianos reciban atención médica, dependían de sus recursos económicos. Nacen los hospitales medievales de los religiosos, que recogían a los adultos mayores pobres. Estos hospitales podían estar situados en las ciudades, funda-

dos por obispos para los reyes y otros hospitales estaban situados en zonas rurales, que acogían a enfermos que no tenían recursos. (Pileño y otros, 2003: 30).

Así el retiro y la atención médica, dependían exclusivamente de los recursos económicos que poseían los ancianos, asegurándoles atención privilegiada en las ciudades o atención con pocos recursos excluidos de la sociedad.

En un estudio realizado por la Universidad de la Sorbona, *Estudios de historia de la pobreza* (1974), se señalaba que hasta el siglo XIX el retiro voluntario era privilegio de los ancianos ricos, mientras que los ancianos pobres deberán trabajar hasta que sus fuerzas se lo permitan. Después la familia lo mantendría como podían. (235).

El antecedente histórico de las formas de enclaustramiento de los adultos mayores pobres y ricos nos revela cómo este paradigma abstencionista se reproduce en la actualidad. Existen centros de residencia públicas, privadas, de organizaciones religiosas, de fundaciones u organizaciones no gubernamentales. Cada institución con sus políticas internas atiende las necesidades de los adultos mayores de acuerdo a los recursos económicos que estos poseen.

En las residencias de religiosos y de ayuda para personas de escasos recursos, en ocasiones estas instituciones solicitan pagos o contribuciones para su funcionamiento. El ejemplo de la señora Dioselina Pavón, que ingresó a la residencia por cuidados y atención médica, a manera de contribución entregó dinero para permanecer ahí. La señora entregaba dinero de forma permanente por contribución y estaba incluso por realizar la venta de una pequeña propiedad para costear de forma permanente su estancia en ese centro. Por su avanzada edad no pudo realizar la negociación de su casa. En este caso, existe afectación al derecho de la propiedad por parte de la institución que bajo la forma de ayuda o colaboración pretendía obtener mayores ingresos cada vez de la señora.

Por otra parte, en el caso de la señora Ana Julia se evidencia cómo se internó voluntariamente al centro de residencia para recibir asistencia y cuidados médicos. Esta decisión la pudo tomar porque tenía el control sobre sus ingresos económicos. Pudo costear personalmente su estancia en el centro, su voluntad era permanecer ahí. Ella manifiesta no

tener afectación de sus bienes patrimoniales. Como en la Edad Media las formas de internamiento siguen dependiendo de los ingresos económicos o las clases sociales.

En este modelo histórico están los antecedentes de los geriátricos para ricos y pobres. Así, en el modelo abstencionista la protección del Estado aún no se hace presente. Todavía hoy, en muchos casos, si bien el Estado cuenta con políticas públicas a favor de los adultos mayores, hace falta controlar y normar a los centros privados, estatales y de organizaciones sociales para garantizar los derechos de los adultos mayores, su autodeterminación, su dignidad como sujetos activos de derechos.

3.3 Paradigma paternalista

Este paradigma considera al Estado como proveedor y garantista de derechos de los adultos mayores; es responsable de brindar a la población garantías legales que permitan a las personas obtener un adecuado acceso a la justicia y ver así plasmados sus derechos.

Desde el siglo XIX las luchas populares crearon nuevas formas de organización social e institucional y nuevos conceptos de vejez. Se adquiere una forma jurídica de responsabilidad con el constitucionalismo social y el Estado de Bienestar del siglo XX. El sistema operativo del modelo paternalista de responsabilidad jurídica familiar se basó en principios jurídicos asistencialistas (Davove, 2014: 20). En este modelo, la asistencia se combina con la responsabilidad jurídica del Estado, el mismo que da solo lo necesario al adulto mayor para que sobreviva.

En opinión de Contreras (1996), el Estado de Bienestar se origina a consecuencia de un proceso histórico sobre tres ejes: a) el individuo es incapaz de satisfacer por sí solo sus necesidades básicas; b) los problemas no son solucionados individualmente sino en conjunto; c) el Estado tiene que garantizar un mínimo de bienestar a los adultos mayores (p.13).

En este paradigma, en la práctica, la mayor parte de las veces en las residencias, las personas adultas mayores se encuentran asiladas y con frecuencia vulnerables. Su capaci-

dad jurídica muchas veces es puesta en duda al momento de realizar actos jurídicos voluntarios. Así, Davove (2014) señala que al anciano se le identificará como un sujeto incapaz, e integrante de una clase social determinada (p.177).

En estas residencias, las enfermedades de los ancianos les provocan mayor vulnerabilidad, personal, social y jurídica; conllevan la pérdida de autonomía personal y social del afectado, provocando una importante vulnerabilidad jurídica. Para el afectado disminuye los mecanismos de defensa de sus derechos; se transforma en una persona débil jurídicamente (Fábrega, 2000:80).

Por la avanzada edad las personas adultas mayores pierden autonomía, y en mi experiencia como funcionario en notaría, de los casos citados, observo que las personas adultas mayores acuden en su mayoría de veces acompañados de un familiar, ellos influyen para ser los beneficiarios del acto notarial a otorgar, sea un mandato o transferencia de dominio. Además cuando el adulto mayor está internado en un centro de residencia se visualiza cómo es vulnerable y es considerado incapaz jurídico a veces por el hecho de no poder movilizarse solo. Así como el caso de la señora María Augusta, que es trasladada por sus hijas a una notaría por dos ocasiones, únicamente a firmar un poder para vender una casa. Dicen que el dinero de la venta serviría para cubrir sus gastos médicos. La voluntad de la señora María Augusta es no vender su casa y no le permiten presentar una opción diferente para obtener ingresos adicionales para sus cuidados. Sus ideas o propuestas son minimizadas porque la consideran incapaz de administrar sola su propiedad. La decisión la tomaron sus hijas y la madre después de ser convencida por todos sus hijos, firma el poder para la venta de la casa. Así vemos que el ser considerado incapaz o inútil, no solo es una acción del Estado, sino es un problema de la sociedad.

El caso de la señora Martha Mejía reúne varios presupuestos de este modelo paternalista, en relación al desarrollo de su capacidad jurídica y la administración de sus bienes patrimoniales, a causa de la evolución de su enfermedad de Alzheimer. Antes de perder la capacidad jurídica acudió ante varios notarios para otorgar el mandato, pero estos no autorizaron por considerar a su capacidad jurídica disminuida. En el caso expuesto, el notario en representación del Estado, vulneró el derecho de la señora; o, más bien, el Estado, al no dotar de herramientas necesarias al notario, permitió que se afectase su capa-

cidad de obrar y de decidir sobre su propio patrimonio. El estado que es proveedor de lo necesario para las personas en este caso ha fallado y es necesario que entregue otro tipo de recursos a sus delegados para evitar vulneración y afectación de los bienes patrimoniales de los adultos mayores.

3.4 Paradigma sujeto de derechos

A inicios de la década del 90 se plantea un cambio de paradigma a nivel internacional en el análisis del envejecimiento y la situación de los adultos mayores. Se incorpora la perspectiva de los derechos humanos en su abordaje (Dabove, 2012: 205). Esta perspectiva plantea fundamentalmente el imperativo ético y normativo de considerar a los adultos mayores, ya no como un grupo vulnerable que es objeto de protección, sino como titulares de derechos. Así, desde entonces, la atención se ha dirigido a asegurar la integridad y la dignidad de los mismos, en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna, así como el fortalecimiento de su autonomía y la ética de la solidaridad (Huenchuán, 2004. 31). El punto de partida y base de este cambio se produce en las Naciones Unidas con Asamblea General con la resolución 46/91, que plantea eliminar la discriminación a las personas por su edad, visualizando a los adultos mayores como un grupo vulnerable, limitado de derechos fundamentales y alejados de la dignidad en trato y atención que reciben.

En mi experiencia laboral he observado casos positivos de personas adultas mayores, que, a pesar de su avanzada edad y limitaciones físicas, son parte activa de la sociedad. Este es el caso del señor Juan Tomás, ingeniero mecánico, quien ha perdido la visión casi en su totalidad. Compareció a la notaría para otorgar un poder como representante de una persona jurídica acompañado de un empleado. El ingeniero a más de tener una vida activa social, realizaba actividades laborales. Su edad y su discapacidad visual no fueron impedimento para que se traslade a la notaría. Él toma decisiones corporativas y de su vida personal. Es un ejemplo de un paradigma que toma en cuenta las decisiones de la persona mayor; que es inclusivo y no discriminatorio; que permite que el adulto mayor tenga una vida normal sin limitaciones.

De los casos mencionados, casi todos los adultos mayores tienen ingresos económicos permanentes, pero la gran mayoría no puede disponer de ellos. En este paradigma se pretende dar respuesta a unos de los reclamos de protección de los ancianos que viene por su inseguridad económica. Con frecuencia, parte de la discriminación que sufren los adultos mayores es sin duda por la capacidad de disposición económica que poseen en su vejez. Se ve mermada la seguridad económica de las personas adultas mayores como la capacidad de disponer y usar de forma independiente sus recursos económicos en montos suficientes para asegurar una buena calidad de vida (Guzmán, 2003:491).

Satisfacer las necesidades de los adultos mayores permite que se tomen decisiones y continúen participando activamente en la vida cotidiana, cumpliendo roles importantes dentro de la sociedad. La capacidad jurídica del anciano debe ser tratada en igualdad de condiciones con las demás personas; y la asistencia que brinde el tutor, en su caso, será proporcional al grado de discapacidad. Por ello, es necesario determinar el grado de discapacidad y verificar en qué casos esa capacidad requerirá de asistencia mayor o menor y deberá adaptarse a las circunstancias de la persona sin interferir con su capacidad jurídica, ni con sus derechos y libertades. Es decir, por el hecho de estar en edad avanzada, si la persona tiene aún capacidad jurídica no es necesario que otros tomen decisiones por ellos. A modo de ejemplo, mencionamos el caso de la Sra. Esperanza, que vivía con una hermana, presuntamente discapacitada, desarrollando una vida en un clima adecuado; contaba, además, con asistencia doméstica y no se había acreditado dilapidación de bienes. Se rechazó el pedido de inhabilitación y el de demencia, que habían solicitado terceras personas. Otro caso es el de la Sra. Soledad, de 82 años que, luego de un accidente, había quedado con una afasia, que le afectaba la expresión y articulación del lenguaje pero presentaba un alto nivel intelectual y la comprensión se hallaba intacta (Kermelmaier; 2006: 54). En estos casos se garantizaron sus derechos. A diferencia de los paradigmas anteriores, el consentimiento y la voluntad de los adultos mayores se respetaron. La voluntad del adulto mayor se cumple cuando por medio del sistema jurídico, su voluntad en la forma que dispone sus bienes es respetada.

Sin embargo, un conflicto frecuente con ello es cuando por medio de testamento el adulto mayor no designa como beneficiario a un legitimario, sino que, al contrario, nombra a la persona que lo cuidó. Entonces se genera muchas dudas y malestar, en especial de sus

familiares, quienes esperan ser beneficiarios del testamento. A modo ilustrativo, presentamos los siguientes casos argentinos: a) *demanda de nulidad de testamento*. En el caso se rechazó la demanda por nulidad de testamento interpuesta por el hermano de la causante contra la heredera instituida, una persona del vecindario que la cuidó en los últimos años. La sentencia tiene un voto disidente, por considerar, con sólidos fundamentos, que se había captado la voluntad de la testadora; y b) *nulidad de testamento*. En ese largo proceso, iniciado por quien fuera el ama de llaves de Borges durante muchos años, fueron testigos figuras relevantes de la vida intelectual argentina; el dictamen del fiscal transcribe gran parte de estos testimonios. Borges hizo tres testamentos, uno en 1970, otro en 1979, y el último en 1986; la impugnación no prosperó y el acto de última voluntad fue declarado válido (Kemelmajer; 2006 54).

Los adultos mayores, que tienen una vida activa en la sociedad, y respetan su autonomía, necesitan la protección integral de derechos acorde con la normativa nacional e internacional. Respetar su autonomía y decisiones es también protegerlos de que puedan ser engañados por las personas que los cuidan, que lo que desean es sus bienes, quedando aquellos vulnerables, y sin ingresos económicos que sustenten sus necesidades básicas.

Los casos relatados en la investigación de la FLACSO- Chile nos enseñan que por engaños una madre otorga poder a su hijo abogado, para que realice un desahucio. Este vende la casa y no le da el dinero de la venta a su madre. Ante esto el Estado tiene que proteger a los adultos mayores, y si bien el acto jurídico del mandato y la venta de la casa cumplió con los requisitos legales, la voluntad y el consentimiento se consideran viciados. Además, el Estado debe intervenir para que los familiares cumplan con sus obligaciones económicas reales con la finalidad de que los adultos mayores puedan tener una vida digna. Si es cierto que en la normativa nacional existen obligaciones de los familiares para que pasen alimentos a los adultos mayores, es frecuente que los adultos mayores no suelen hacer uso de esa figura legal. Si para ejercer actos voluntarios ante notario público tienen serios inconvenientes, más son las dificultades para acceder al sistema judicial.

4. Análisis y valoración de los adultos mayores como sujetos de derechos en el ámbito internacional con los derechos humanos y en el Ecuador

De la revisión histórica se observa la evolución de los centros de residencia de adultos de los mayores y cómo los diferentes paradigmas de enclaustramiento se encuentran aún presentes y afectan el derecho a la propiedad de los adultos mayores. Ahora, con esa información, es pertinente analizar y valorar en la actualidad la responsabilidad jurídica y participación del: a) Los derechos humanos y sus resoluciones, observaciones del comité de Derechos Humanos y el Protocolo de San Salvador; b) Estado, con sus políticas públicas; c) el notario público, como delegado de dar fe pública; d) la familia; y e) los centros de residencia, en la materialización del paradigma del adulto mayor como sujeto del derecho a la propiedad y autodeterminación en los centros de residencia.

4.1 En el ámbito internacional

Las Naciones Unidas y los Derechos Humanos, abordan el problema de los adultos mayores para proteger sus derechos. Para cumplir con ese objetivo constantemente se han presentado iniciativas a nivel mundial para la aprobación de resoluciones en la Asamblea General de las Naciones Unidas. Estas resoluciones que emiten, reflejan la preocupación de los Estados y son consideradas por los países miembros para tratar en su política pública e incorporar normativa que vayan acorde con las resoluciones. Existe también producción de principios en la región interamericana con la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. De manera específica el Protocolo de San Salvador, trata el problema de los adultos mayores y busca cubrir sus necesidades especialmente en materia asistencialista y de seguridad social. Para que los tratados internacionales sean puestos en práctica, existe el Comité de Derechos Humanos, que con sus observaciones e interpretaciones, se encarga de reforzar los tratados de los órganos que están bajo su vigilancia. La resolución 46/91, es sin duda, un avance considerado como un hito por la preocupación de la comunidad internacional por el adulto mayor, para determinarlo como sujeto de derechos con plena participación en la toma de decisiones sobre su propia vida. De esta manera, el adulto

mayor deja de ser considerado como un objeto de derechos, al cual únicamente se le asiste en sus necesidades básicas, sin tener participación en su entorno familiar, político, social, laboral e independencia en la disposición de sus bienes.

4.1.1 Resoluciones de la Asamblea de las Naciones Unidas

La Asamblea General a pesar de ser el órgano más visible de las Naciones Unidas, sus declaraciones y resoluciones tienen un matiz diferente en cuanto a la aplicación directa de los derechos y más bien refleja la preocupación de los Estados miembros, ya que sus resoluciones no tienen un carácter vinculante, por eso es llamado *soft law* o derecho blando (Huenchan & Morlachetti, 2005:7). Depende de la importancia y aplicación que los Estados miembros dan a estas resoluciones. La Asamblea en 1973 ya empezó a discutir la discriminación de las personas adultas mayores sin llegar a concretarse nada. Finalmente el 16 de diciembre de 1991, la Asamblea emite la resolución 46/91 y se plantean cinco principios para la acción política: independencia, participación, cuidados, autorrealización, dignidad (Naciones Unidas, 1991). Estos principios tratan de manera específica la independencia en el acceso a un alojamiento, así como cubrir sus necesidades básicas de alimentación, agua, vestuario, recibir atención sanitaria adecuada, y residir en su vivienda propia. La participación en el ámbito político, social y familiar, que le permita ser parte en la formulación de políticas que inciden directamente en su bienestar. Con relación a los cuidados consigna el beneficio de recibir cuidados de sus familiares y sobre todo garantiza los derechos y libertades fundamentales cuando se encuentren en residencias o en instituciones de cuidado y tratamiento. Además sobre la autorrealización promueve la creación de espacios educativos, espirituales y recreativos, para que puedan desarrollar plenamente su potencial, sin importar su avanzada edad. También refuerza la dignidad de los adultos mayores de llevar una vida libre abusos y explotaciones, independencia de su economía y ser tratado con respeto y recibir una buena atención sin el requerimiento de un pago.

Los principios planteados son considerados como la base y el punto de partida que garantizan los derechos de las personas adultas mayores y a pesar de no ser vinculante las resoluciones, el Ecuador en el año 1991, se alineó con la resolución 46/91, ya que ese mismo año promulgo la Ley del Anciano. Sin embargo su aplicación ha sido contrarrestada por los paradigmas existentes en la sociedad.

4.1.2 Observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

El Comité de Derechos Humanos, es el órgano de supervisión que refuerza parcialmente los tratados internacionales, debido a la interpretación progresiva que ha realizado a los órganos encargados de su supervisión.

De manera específica, el Comité de Derechos Humanos, ha desarrollado el principio de no discriminación por edad. La práctica del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también es pertinente en este campo.

En 1995 aprobó su Observación general N° 6 sobre los derechos económicos, sociales y culturales de las personas de edad, en la que se especifican las obligaciones que corresponden en este ámbito a los Estados que son parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Al respecto esta observación trata principalmente sobre la igualdad de derechos entre hombres y mujeres; además el derecho al trabajo; derecho a la seguridad social; derecho a la protección de la familia; derechos a un nivel de vida adecuado; derecho a la salud física y mental; y derecho a la educación y la cultura.

Más adelante, este Comité ha continuado desarrollando el contenido de los derechos establecidos en el Pacto. En el año 2000, por medio de la Observación general número 14, contenido en el artículo 12, habla sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. En el año 2008, mediante la Observación general N° 19, detallado en el artículo 9, trata el derecho a la seguridad social; y en el año 2009 la Observación general N° 20, en el artículo 2, menciona la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (Huenchan, 2013:4).

De ésta manera con las observaciones emitidas por el Comité, se busca cada vez mejorar y adecuar los cambios que la sociedad experimenta. Por ello, se obliga a los Estados suscritos en los tratados, que protejan a los adultos mayores e incluyan en las leyes internas de cada país la normativa que según la interpretación progresiva que realiza el Comité se deben tomar en cuenta para evitar la vulneración de derechos y discriminación que puedan tener los adultos mayores.

4.1.3 Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Protocolo de San Salvador

En el continente americano, unos meses antes de la adopción de la Declaración Universal se había aprobado en el seno de la Conferencia de los Estados Americanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. En 1969, se aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica, que entró en vigencia en el año 1978. Posteriormente, se adoptó otras convenciones como el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales conocido como Protocolo de San Salvador (Huenchan, 2013:12).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, sobre el Protocolo de San Salvador, norma interamericana de derechos humanos de 1988, la misma que hace referencia a los derechos de las personas mayores de manera especial al ámbito del bienestar y las políticas asistenciales.

De conformidad con el artículo 17 del Protocolo, toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad. Los Estados partes se comprometen a adoptar de manera progresiva las medidas necesarias a fin de llevar este derecho a la práctica y en particular para: proporcionar instalaciones adecuadas, así como alimentación y atención médica especializada a las personas de edad avanzada que carezcan de ellas y no se encuentren en condiciones de proporcionárselas por sí mismas; ejecutar programas laborales específicos destinados a conceder a los ancianos la posibilidad de realizar una actividad productiva adecuada a sus capacidades, respetando su vocación o deseos; estimular

la formación de organizaciones sociales destinadas a mejorar la calidad de vida de los ancianos.

El Protocolo de San Salvador es el único instrumento vinculante para los países de América Latina y el Caribe que lo han ratificado, y se establecen normas sobre los derechos básicos de las personas mayores, cuyo cumplimiento, aunque sea progresivo, debería dar origen a una base mínima de reconocimiento y ejercicio de derechos para las personas mayores.

4.1.4 Nueva concepción del Adulto mayor como sujeto de Derechos

En las Naciones Unidas, antes de la década de los años noventa la concepción hacia algunos grupos desventajados y en especial hacia las personas adultas mayores se tratada de manera general, no se considerada como un grupo que necesitaba recibir especial atención o prioritaria, entonces se consideraban como objetos de derechos.

El cambio de paradigma ocurre con las Naciones Unidas y sus principios en favor de las personas adultas mayores, para considerarlos como sujetos de derechos. La Resolución 46/91, emitida en 1991, es considerada como un hito, base y punto de partida del interés y posterior producción de normas en favor de las personas adultas mayores (Butinof, 2013: 30)

La diferencia entre personas objeto de protección y sujetos de derechos se basa en que como objeto de derechos no tienen conciencia, disfrutan pasivamente y no participan de esos derechos, es decir sus ideas son minimizadas o no escuchadas, por considerarlos incapaces de emitir un criterio consiente y válido, es decir son discriminados por su edad. Mientras que las personas adultas mayores consideradas como sujeto de derechos, su participación es activa y con plena conciencia, sus decisiones son respetadas. Así la independencia, autonomía, autorrealización en la toma de decisiones de los adultos mayores con la disposición de sus bienes, les garantiza cubrir personalmente sus necesidades básicas, como vivienda, alimentación, asistencia médica.

Los Estados deben estar alineados a los Derechos Humanos y los avances en la producción de derechos. Implementar leyes que protejan a los adultos mayores es la consigna internacional. Pero más allá de crear leyes de protección, es más importante concientizar a las personas, a la sociedad sobre el cambio de paradigma y tomar como sujetos de derechos a los adultos mayores.

La región latinoamericana se encuentra produciendo políticas públicas y adaptando leyes a esos cuerpos normativos, en relación a la llamada Constitución de Derechos Humanos. Ello es urgente porque existen investigaciones que evidencian el creciente número de adultos mayores que tienen afectación de su patrimonio en los centros de residencia. Aunque ciertamente son datos difíciles de obtener, más aún cuando las formas de violencia que sufren no se denuncian. Según un estudio en Estados Unidos, se indica que por cada reporte de maltrato existen 5 casos que no son reportados. Se hace invisible los distintos tipos de maltrato a pesar de que muchas personas conocen al menos un caso de abuso patrimonial de un adulto mayor (Guajardo y Abusleme, 2013: 11). En Chile, por ejemplo, hay datos de un 30% de maltrato respecto a la totalidad de las personas mayores (Daichman y Quiroga, 2002). Ello aun cuando lo informado por Carabineros de Chile revela que solo el 1% de las personas mayores denuncia las situaciones de maltrato (Revista Chilena de Derecho, 2009). Existe hermetismo con este tema. Esta misma investigación tuvo inconvenientes con la recolección de datos del centro de residencia, de los familiares, e incluso de algunos entrevistados. Esto muestra que es un problema que está oculto en la sociedad y no lo queremos ver. Los paradigmas totalitario, abstencionista y paternalista se encuentran vigentes en la región y en el Ecuador. Es cierto que muchos países latinoamericanos en sus cuerpos normativos tienen leyes para una vez producido el daño; para reparar o sancionar a los culpables, lo cual es positivo, pero no se ataca el problema con políticas que prevenga o se anticipe al daño que pueda ocurrir.

Así es el caso de la Constitución del Ecuador de 2008, tiene avances significativos para garantizar derechos a los adultos mayores. Son considerados como sujetos de atención prioritaria y se les garantiza el derecho “al acceso a una vivienda que asegure una vida digna, con respeto a su opinión y consentimiento”. También exige políticas públicas como “desarrollo de programas y políticas destinadas a fomentar su autonomía personal,

disminuir su dependencia y conseguir su plena integración social”; y a la “protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole, o negligencia que provoque tales situaciones” (Constitución del Ecuador 2008, art. 37 y 38.3) En los artículos antes citados, una vida digna, el respeto a su consentimiento, disminuir dependencia, y aumentar su autonomía personal, son presupuestos que se convierten en muchas ocasiones en utopía. Sin embargo, la realidad es que en muchas ocasiones los adultos mayores son ingresados en centros de residencia sin su consentimiento, su voluntad no se considera para tomar decisiones y su autonomía se disminuye provocando así un aislamiento de la sociedad y de la administración de sus bienes.

4.2 En el Ecuador: la participación del Estado, el notario público, la sociedad y la familia, en relación al tratamiento de los adultos mayores como sujetos del derecho a la propiedad

4.2.1. El Estado: normativa, institucionalidad y políticas públicas

El objeto del presente apartado es conocer qué hace el Estado ecuatoriano, en su normativa, institucionalidad y políticas públicas, para garantizar los derechos de los adultos mayores, cuando se visualiza que existe violencia económica, abuso patrimonial o afectación del derecho a la propiedad.

En el ámbito del desarrollo legislativo, la ley que regula la materia es preconstitucional. La Ley del Anciano fue aprobada en el año 1.991; reformada por dos ocasiones. El Reglamento de la Ley del Anciano, se promulga en junio de 1.992 y se reforma por tres ocasiones, siendo la última en 2016. Las reformas tratan únicamente asuntos tributarios y de forma, ya que no se actualiza el fondo de estas leyes. Sin embargo, para la época de su creación la normativa estaba en consonancia con la tendencia internacional en Derechos Humanos. Actualmente se está debatiendo la creación de la Ley Orgánica del Adulto Mayor, que reemplazaría a la Ley del Anciano.

Las organizaciones sociales permiten a las personas participar y ser escuchados y requerimientos ser escuchados. Es el caso de la Red Nacional de Personas Mayores del

Ecuador (RENPERMAE), que ha sido parte del proceso de elaboración, presentación y seguimiento del Proyecto que fue presentado en el año 2014 y recibido por el señor Presidente de la República del Ecuador, a través de la Asamblea Nacional, en julio del 2018. Esta ley actualmente tiene una objeción parcial y por inconstitucionalidad por el Presidente de la República, según él, por ir en contra de principios constitucionales. Esta propuesta de ley, significa un avance para los adultos mayores, ya que a más de estar alineada con las garantías constitucionales, profundiza por ejemplo en las formas de reparación del abuso patrimonial de los adultos mayores y se hace mención a la prevención al maltrato de los adultos mayores. Sin embargo no profundiza en la autonomía de los adultos mayores y su capacidad jurídica para celebrar contratos.

Mientras tanto, según la vigente Ley del Anciano de 1991 las instituciones directamente implicadas en velar por los derechos de los adultos mayores son la Procuraduría General del Anciano o el Instituto Nacional de Investigaciones Gerontológicas. El Ministerio de Inclusión Económica y Social es el encargado de regir a las instituciones gerontológicas, y firmar convenios con instituciones privadas para atender a personas de escasos recursos. Las instituciones geriátricas, según la Ley del Anciano vigente, están reguladas por el Ministerio de Inclusión Económica y Social, el mismo que como indicamos lleva un control de las instituciones públicas y privadas.

Sin embargo, la Ley del Anciano, así como las instituciones que se mencionan ahí, no protegen a los adultos mayores, en realidad no han aportado en casi nada a considerarles como sujetos de derechos. Peor aún, esta ley no proteger el derecho a la propiedad y disposición con autonomía de sus bienes, especialmente cuando se encuentran en Centros de Residencia. Asimismo, se evidencia la urgencia de normar y crear instituciones para garantizar la capacitación del personal encargado del cuidado de los adultos mayores. La arquitectura jurídica e institucional actual más bien refuerza los paradigmas negativos a los adultos mayores: totalitario, abstencionista y paternalista.

En relación a las políticas públicas, en el Ecuador las investigaciones no son suficientes para que se puedan crear políticas públicas que vayan en concordancia con la problemática. Existe, por ejemplo, una investigación del año 2010 que determina que existen varios tipos de maltrato y violencia a los adultos mayores, entre ellos, los más comunes el

físico, psíquico o emocional, económico o material, sexual y el abandono o descuido (Freire y otros, 2010, 237). Desde esa fecha hasta la actualidad no existe otra investigación de esa naturaleza, evidenciando notablemente la falta de interés del Estado en conocer los problemas que enfrentan los adultos mayores cuando son propietarios de alguna propiedad y desean disponer o enajenar sus bienes.

En el año 2013, un estudio realizado en el país indicaba que un 68,5% de las personas adultas mayores se declaraba propietaria de una vivienda, conseguida a través de su esfuerzo y trabajo. El 30% de adultos mayores manifestaba que recibían cuidado o asistencia principalmente de sus familiares directos como hijos, hijas, esposos e incluso nietos (MIESS 2012, pp. 54, 55). Estos datos muestran que hay gran cantidad de adultos mayores que dependen de terceras personas para el desarrollo de sus actividades básicas.

Sin otras investigaciones importantes, en el Ecuador, durante los últimos cinco años se ha generado políticas públicas sin conocer los hechos y vivencias actuales que nuestros adultos mayores tienen. Según el Plan Nacional del Buen Vivir (2017-2021), con las proyecciones de población a 2017, los adultos mayores representan el 7,04% de la población total ecuatoriana (p. 42). Es por ello, importante fortalecer las políticas públicas para garantizar la atención integral al adulto mayor, pero asimismo pensar en su autonomía como sujeto de derechos. Esto es tan importante como la ampliación de la cobertura y especialización de los servicios de salud, pensiones no contributivas, envejecimiento activo con participación intergeneracional, cuidado familiar o institucional, entre otros.

Las políticas públicas del Plan Nacional de Desarrollo no abordan qué hacer para garantizar la realización de la autonomía personal del adulto mayor: a) en el otorgamiento voluntario de poderes o mandatos especiales o generales, para delegar encargos; b) cuando los familiares en ocasiones desean disponer de los bienes de los adultos mayores; c) en su traslado y comparecencia a la notaría pública; d) en el ejercicio de la disposición de su voluntad patrimonial sin coacción, obligación o presiones familiares o institucionales; e) en la negación del notario a atender la voluntad del adulto mayor para el otorgamiento del mandato.

Se observa cómo la norma específica que atiende a los adultos mayores -Ley del Anciano de 1991- a pesar de ser reformada en algunas ocasiones, no está en concordancia con la Constitución del Ecuador de 2008. Las garantías constitucionales que promulga la norma suprema, como el considerar a los adultos mayores como sujetos de derechos, no tienen una adecuada ejecución real cuando el adulto mayor desea disponer sus bienes patrimoniales, y así queda frecuentemente afectadas su autonomía personal. La institucionalidad, entonces, no cumple su rol constitucional, ya que se preocupa más por cumplir normas secundarias –Código Civil, Ley Notarial- que, cómo mencionamos antes, no están alineadas con el espíritu de la Constitución.

A mi criterio hay que reforzar e incentivar la investigación en el Ecuador. La academia, las organizaciones sociales y las instituciones públicas a cargo de las investigaciones, deben aportar con datos reales la situación de los adultos mayores, para conocer en la actualidad la afectación del derecho a la propiedad que sufren los adultos mayores que se encuentran en centros de residencia. Las políticas públicas deben generarse en base a los datos obtenidos de las investigaciones hechas, para atender verdaderamente el problema de los adultos mayores. A pesar de la buena iniciativa de la organización de adultos mayores RENPERMAE, en la presentación de un proyecto de la Ley Orgánica de la Ley del Adulto Mayor, en donde propone una mayor participación en la sociedad, hace falta proponer la consolidación del respeto a la autonomía y la libre autodeterminación del adulto mayor; que se respete su voluntad en la administración de sus bienes y en la designación de sus administradores.

4.2.2 El notario y su actuación

El notario, según la norma constitucional, es el depositario de la fe pública, a quien el Estado delega esta facultad para garantizar la seguridad jurídica (Constitución de la República del Ecuador 2008, art. 199). Entonces el notario autoriza a requerimiento de parte, actos, contratos y demás documentos que la normativa jurídica permita (Ley Orgánica de la Función Judicial, art. 296). Trata temas voluntarios no contenciosos. Como solución a los requerimientos de la sociedad, se han incorporado en los últimos años más

atribuciones a los notarios en varia materias, para ayudar a descargar la carga procesal de los juzgados.

Por ejemplo: el divorcio por mutuo consentimiento, cuyo requisito es que no tengan hijos menores de edad en común, y que la cónyuge no esté embarazada; la notificación del desahucio a los inquilinos, la inscripción de contratos de arrendamiento; las notificaciones de cesión de créditos; las notificaciones de constitución en mora; la extinción del usufructo, uso o habitación.

Ciertamente los notarios cada vez tienen mayor participación en los actos voluntarios que toda la sociedad requiere y se beneficia. Sin embargo, se observa en la actuación de los notarios que no hay cambios sustantivos en el reforzamiento de los adultos mayores como sujetos de derechos, para que puedan con mayor garantía comparecer ante el notario y expresar su voluntad a la hora de disponer y administrar sus bienes.

En la mayoría de casos presentados en este artículo, observamos que las personas adultas mayores dependen de la valoración subjetiva de los notarios cuando aquellos acuden a otorgar un mandato, por ejemplo. El problema se acentúa cuando por su avanzada edad es determinado como incapaz de otorgar ese acto voluntario. La función del notario es la recepción e interpretación de la voluntad de las partes, indagar la voluntad para encontrar el resultado jurídico que pretenden conseguir (Ley Notarial, art. 18, 17). Es su función verificar que la capacidad, voluntad, consentimiento no esté afectada (Acquarone, Morel y Siri, 2002). Para autorizar un contrato, el notario debe observar a los adultos mayores, conversar y hacer preguntas, tratar de verificar que tal acto no esté bajo presión o amenazas, es decir, que su consentimiento no esté afectado. Sin embargo, en ocasiones los notarios no cumplen esta función. En otros, pese a su intento, suele estar dando por válida una relación de simulación. Queda abierto aquí un espacio peligroso a la subjetividad del notario. Una mala decisión, sin duda, puede desencadenar la mayor afectación a los derechos del adulto mayor, ya que le limita a disponer sus bienes para que los pueda utilizar en la satisfacción de sus necesidades básicas.

La valoración del notario sin duda es importante y permite hacer un juicio de valor para autorizar o no un acto. Sus conocimientos técnicos son jurídicos y su sana crítica responde a su experiencia y conocimiento, pero no tiene conocimientos profundos o espe-

cíficos para valorar a una persona. Si el notario considera que la voluntad y consentimiento del adulto mayor está afectada, debería solicitar la opinión de técnicos, como hacen en España, con relación a los testamentos. Si tiene duda sobre la capacidad jurídica del testador, solicitar la opinión de dos peritos y con valoración determinar si autoriza o no el testamento (Fábrega, 2016: 26).

En el Ecuador, los notarios para decidir si autoriza o no un acto voluntario requerido por una persona adulta mayor, en caso de duda, no consulta a técnicos o peritos que den un diagnóstico. Realizar esa consulta no está prohibida por las leyes del país. Personalmente, no conozco ningún caso de notario alguno que eleve a consulta de peritos o personas especializadas sobre la voluntad de una persona adulta mayores y así determinar su capacidad jurídica. Al contrario, en estos casos, el notario prefiere no pasar tiempo y evitarse problemas futuros (administrativos), cuya consecuencia puede ser la destitución de su cargo. Incluso judicialmente puede ser demandado, por considerar que afectó a la persona con conocimiento y en complicidad con una tercera persona. Que haga esa consulta ayudaría a los adultos mayores a otorgar un mandato o disponer de sus bienes con mayor garantías y tratado como sujeto de derechos, y así evitar que se afecten sus derechos patrimoniales. Como decimos, las nuevas atribuciones de los notarios ayudan significativamente a la Función Judicial, especialmente en los procesos no contenciosos. Pero es evidente que los cambios en relación al tratamiento de los adultos mayores no existen. Esta falta de preocupación de atender de manera técnica a los adultos mayores, en especial los casos de duda sobre la evaluación de la voluntad de los adultos mayores, sigue causando problemas. Esta falta de preocupación es una expresión de que los paradigmas negativos: totalitario, abstencionista y paternalista, están presentes. Se considera al adulto mayor una persona incapaz a quien no se le escucha, y únicamente hay que darle lo necesario para que subsista.

4.2.3. La familia y los centros de residencia

Las familias de los adultos mayores son los primeros responsables del cuidado de los adultos mayores. En muchos casos, las hijas e hijos, nietos y nietas e incluso los hermanos son quienes atienden las necesidades de sus adultos mayores. Así vemos que en ma-

yor número de casos son las hijas las delegadas del cuidado de los adultos mayores, esto ocurre por el paradigma totalitario presente en la sociedad. Lamentablemente, la familia que cuida al adulto mayor no siempre es garantía de un buen trato, y peor aún que se respeten sus derechos. No toman como válidas sus ideas; sus requerimientos no son escuchados y no se plasman en documentos públicos; tampoco sus disposiciones son ejecutadas por las personas de su confianza. Observamos casos de Chile, en donde el hijo se muda con su familia a la casa de su madre, a quien le desplazan al cuarto de servicio. No afectaron su patrimonio por la venta de su casa, pero sí le afectan en su calidad de vida, la apropiación de su casa es sistemática. Peor es el caso citado en donde la madre le otorga un poder al hijo abogado para desahuciar a los inquilinos, y este vende la casa, disponiendo todo el dinero a su beneficio, afectando su derecho patrimonial. En Chile, el mayor número de casos denunciados de maltrato a los adultos mayores se genera principalmente por parte de los miembros de su familia (Lathrop, 2015: 90).

La problemática expuesta, se reproduce en nuestro país. En los casos antes referidos, los familiares intentan conseguir una compensación anticipada por cuidar a los adultos mayores. Acuden ante el notario público para que el adulto mayor otorgue testamento y los beneficiarios sean hijos o nietos. También acuden para obtener mandatos que les permita disponer de los bienes patrimoniales del adulto mayor. El caso de la señora Martha Mejía, cuya enfermedad degenerativa le hace perder sus capacidad jurídica y depender exclusivamente de sus hijos, además de estar internada en un centro de residencia de adultos mayores, es afectada patrimonialmente por malos administradores/ tutores, familiares que vendieron sus propiedades. Estos hechos nos muestran una realidad que la sociedad conoce, pero que no nada hace para cambiar esta situación.

Por lo que se refiere a los centros de residencia, según hemos visto, desde sus orígenes se dividieron según atendiesen a adultos mayores pobres o ricos. Como hemos indicado, quienes tenían dinero podían costear su permanencia en monasterios en donde pasaban sus últimos días, en cambio los pobres trabajaban hasta que tenían fuerzas; ya enfermos mendigaban y eran llevados fuera de las ciudades a centros religiosos de ayuda a los de- mentes y enfermos. Este antecedente histórico se repite hoy, y vemos que las personas que tienen dinero pueden permanecer en centros de residencia privados, mientras que las personas que no tienen dinero les queda, en el mejor de los casos, ingresar y perma-

necer en centros de residencia de ayuda social del Estado. A través de MIESS se encarga de atender a personas de escasos recursos, lo cual es positivo y está acorde a la normativa constitucional. Sin embargo, tanto en unos como en otros, en mayor o menor grado, muchas veces quedaban vulnerables en la garantía de su derecho a la propiedad ante las autoridades de la institución, por la debilidad de su condición física.

La institucionalidad estatal debe reforzar el control en las instituciones públicas y privadas de residencia de mayores, para abordar el problema de violación a los derechos del adulto mayor provenientes de las propias familias y los mismos centros de residencia. Debe hacerse visible el problema que ocurre con las personas adultas mayores en asilamiento en relación a sus bienes patrimoniales y su administración cuando sus causantes son los familiares más cercanos o las autoridades de las instituciones que dicen que los quieren atender y proteger. Los centros de residencia no se pueden convertir en espacios opacos de violación de los derechos a la propiedad autodeterminación de sujetos de derechos como los adultos mayores, prevaliéndose de sus posibles debilidades. El Estado debe elaborar informes de seguimiento de los adultos mayores en centros de residencia, para obtener datos sobre su familia, propiedades e ingresos económicos, con el fin de visualizar la afectación de sus bienes patrimoniales. Esta información serviría para implementar políticas públicas y concientizar a la sociedad sobre nuestros adultos mayores como sujetos de derechos. A modo de ejemplo, podría ayudar campañas publicitarias de radio y televisión, así como la inclusión de la sensibilidad por este derecho en las mallas de los niveles iniciales de enseñanza.

4.3 Los aportes del Derecho comparado

Considerar la voluntad de los adultos mayores es algo normado en el Ecuador a través de los mandatos, pero estos tienen limitaciones cuando el adulto mayor es considerado por el notario público como incapaz, o cuando mediante declaración judicial ya no tiene voluntad y conciencia y es nombrado en interdicción. En el Ecuador las personas pueden designar mediante testamento abierto o cerrado, ante notario público, con la intervención de tres testigos o cinco testigos una declaración de voluntad sobre la forma de repartir sus bienes. En dicho testamento se nombra a un albacea, quien será el adminis-

trador del testamento una vez fallecido el testador, quien hará cumplir las disposiciones testamentarias. En los testamentos se toma en cuenta la capacidad jurídica del testador al momento de comparecer ante notario público. Ahora bien, si en el futuro es diagnosticada con alguna enfermedad degenerativa o se acentúa la misma, y es declarado en interdicción, se toma en cuenta la voluntad con la que otorgó dicho testamento (Código Civil, art. 1043 y art. 1044). Es decir, no es nulo el testamento por recaer en un futuro en incapacidad jurídica, su voluntad permanece en el tiempo y sus deseos son respetados.

El mandato es una figura legal en donde la persona voluntariamente, con plena capacidad jurídica, comparece ante notario público para delegar a una persona que confía y por el realice ciertos actos. Se genera problemas o inconvenientes, cuando el adulto mayor otorgó poder general y después de un tiempo por una enfermedad degenerativa es declarado interdicto. Su apoderado, para disponer de los bienes en caso de requerir cubrir gastos médicos, no podría realizarlo porque el mandato se ha extinguido. Una de las formas de extinguir el mandato según lo determina el Código Civil es cuando el mandante esté en interdicción civil (Código Civil art. 2020 y art. 2067). El mandato es un mecanismo legal que sin duda ayuda a los adultos mayores a designar a sus administradores. Delegar con plena capacidad y conciencia funciones de administración y de disposición de sus bienes patrimoniales a su persona de confianza es garantizar su bienestar. Sin embargo, a nuestro juicio, sería más garantía que a pesar estar en interdicción su voluntad siguiese vigente y su mandato se cumpliera.

Otro tipo de figura legal que la normativa ecuatoriana contempla, a más del mandato, para que un tercero realice actividades administrativas es el encargo fiduciario. En este encargo, con algunas solemnidades, se instruye a una tercera persona para que ejecute diversas finalidades: como la tenencia, guarda, enajenación, administración o disposición (Ley de Mercado de Valores Art. 134). Este encargo se puede definir como una forma de mandato que se rige a las normas del Código Civil, en su parte pertinente, siendo una figura jurídica utilizada para la designación de la administración de los bienes de una persona, para que tomen mejores decisiones sobre el futuro económico de las personas adultas mayores que no puedan ejercer actos administrativos y de disposi-

ción por sí mismas. Las causas de terminación del encargo fiduciario, además de las determinadas en el contrato constitutivo y en la Ley de Mercado de Valores, se rigen por el Código Civil, y llegamos al mismo punto de las formas de terminación de los mandatos: su última causal es por la interdicción. Los encargos fiduciarios terminan por la interdicción como los mandatos (Ley de Mercado de Valores, art. 134).

En la región latinoamericana, acorde con los Derechos Humanos, a partir de los años 90 se incluyen en sus legislaciones leyes que protegen a los adultos mayores contra la violencia hacia ellos. Especialmente Uruguay y Costa Rica han determinado a la violencia doméstica, por acción u omisión, y en este grupo a la violencia patrimonial, como caso de estudio específico. Sin duda es un avance significativo para evitar ilegitimidad que implique daño, pérdida, distracción, ocultamiento o retención de bienes patrimoniales de adultos mayores. Ciertamente con la garantía del Estado en la generación de políticas públicas que fomenten la participación activa de los adultos mayores en la sociedad y el respeto de sus familiares, se puede lograr una mejor calidad de vida, sin limitaciones a sus bienes

Particularmente interesante son las experiencias en países europeos, que tienen gran parte de su población como adulta mayor. Tal vez esto hay generado un mayor avance en la protección de sus derechos. En el Reino Unido, por ejemplo, se permite que las personas otorguen poderes indefinidos (*lasting powers of attorney*) para la época en que se presente la incapacidad. Se toma muy en cuenta la voluntad de los adultos mayores que desean prevenir una seria de vulneraciones en un futuro que es incierto.

En España los adultos mayores delegan a sus administradores a largo plazo, incluso si después es declarado en interdicción, los administradores aún tiene facultades de representación. Existe en ese país la figura de la autotutela, que se define como un recurso voluntario que permite designar ante notario en documento público a una persona como tutor, en el caso de una futura incapacitación judicial (Justicia Extrajudicial, 2017). Da la posibilidad al afectado designar a la persona que él desea que ejercite el cargo tutelar tras la modificación judicial de su capacidad.

En otros países, como Estados Unidos, algunos avances en el derecho a la autodeterminación personal para el caso de situaciones futuras de incapacidad podría adoptarse para

el caso de adultos mayores. Por ejemplo, personas antes de recaer en alguna incapacidad expresan su voluntad para un futuro, y esas decisiones serán respetadas y se cumplen. El testamento vital, por el cual una persona, con todo el poder de su capacidad para decidir, pensar y ejecutar, resuelve dar directivas, en caso de discapacidad, para que alguien se encargue de su patrimonio o de decidir sobre determinados tipos de tratamientos podrían adaptarse en el Ecuador para evitar la limitación que la interdicción del mandato general autonomía del adulto mayor respecto a la disposición de sus bienes y la administración (Cabuli & Griselda, 1978: 285).

5. Conclusiones

La comunidad internacional denota preocupación por los adultos mayores, así se visualiza cómo las Naciones Unidas, por medio de sus resoluciones, tratados y pactos reconocen que los adultos mayores sufren discriminación y abuso patrimonial por su edad, siendo un problema real y palpable que afecta a la sociedad. Es importante mencionar que el punto de partida del cambio de concepción y relación hacia los adultos mayores, es con la resolución 46/91 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de ahí que progresivamente ha ido evolucionando con políticas públicas los derechos de los adultos mayores en cada país. El Ecuador mediante sus políticas públicas ha procurado estar alienado con las Naciones Unidas, con la creación de la Ley del Anciano de 1991 y las políticas estatales a través de la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo en la última década han procurado incluir a los adultos mayores en los programas estatales. Sin embargo falta conocer a profundidad los problemas que viven los adultos mayores como: el abuso patrimonial, la vulneración del derecho a la independencia, la autorrealización, la libre disposición de sus bienes y sus administradores, problemas que aún afectan a nuestra sociedad.

El problema del maltrato por abuso económico o patrimonial, la afectación a libre disposición de sus bienes por citar algunos, no es denunciado por los adultos mayores. Esta afectación empieza a generarse por los familiares en sus hogares y continúa en ocasiones en los centros de residencia. No se tiene pleno conocimiento de los distintos tipos de

abuso que afectan a los adultos mayores. Los paradigmas totalitario, abstencionista y paternalista hacen que la sociedad y la familia actúen de manera negativa con los adultos mayores. Toman el control de sus vidas y les desvinculan de la sociedad.

Para conocer los problemas reales de los adultos mayores, es ineludible que la institucionalidad estatal actúe de manera diligente con la obtención y recolección de datos, para que exista una verdadera comprensión de los problemas que a diario sufren los adultos mayores. Es necesario que el Estado, a través del MIESS, en coordinación con el INEC, conozca esta realidad de los adultos mayores que no son tratados como sujetos de derecho respecto a la disposición de sus bienes. La falta de investigación es una de las razones de la violación de estos derechos. El problema de la afectación del derecho a la propiedad es un mal, una injusticia. El Estado, las instituciones de residencia, las familias y notarios saben en parte que esta vulneración de derechos está ocurriendo, sin embargo no quieren conocer, ni se comprometen con determinación en cambiar la situación, el paradigma de reconocer al adulto mayor no como objeto sino como sujeto de derechos hasta el final de sus días.

Producto de la falta de investigación impulsada por el Estado, hace que no se emita una norma actualizada con requerimientos a favor de los adultos mayores. La Ley del Anciano, es preconstitucional, sus normas y las instituciones ahí promulgadas, no atienden a los adultos mayores como sujetos de derechos. Se está creando una nueva Ley Orgánica del Adulto Mayor, promovida por los mismos adultos mayores agrupados en organizaciones para ser visibles ante el Estado. La ley orgánica propuesta, a mi criterio, mejora sustancialmente la participación de los adultos mayores en la sociedad, pero no ataca el problema de esta investigación, específicamente sobre la libre disposición de sus bienes patrimoniales o sobre elegir un administrador de sus bienes.

En las propuestas presentadas, en ninguna parte se menciona nada sobre la capacidad jurídica, la voluntad y el consentimiento de los adultos mayores, problema que debe ser confrontado en la norma que regula esa solemnidad, por ello es necesaria reformar el Código Civil, en relación a la vigencia o permanencia de la voluntad en el mandato del adulto mayor cuando son declarados en interdicción civil. El Código Civil ecuatoriano debe estar acorde con la Constitución y debe reformarse principalmente en el tratamien-

to de la autonomía de las personas adultas mayores. Particularmente el mandato y sus formas de terminación con la incapacitación de las personas.

Revisar la actuación de funcionarios públicos frente a los adultos mayores, es un punto urgente. Cambiar la forma de valoración del adulto mayor por parte de los notarios. De los casos planteados cuando los adultos mayores acuden a una notaría, en casos de duda el notario debe solicitar apoyo técnico especializado para emitir un criterio acertado, por lo que la Ley Notarial requiere una reforma en ese sentido. De esta manera, no se limitaría a las personas adultas mayores, que pueden realizar actos de disposición de sus bienes, por una mala apreciación del notario. No hacerlo significaría declararlo en interdicción de hecho.

Es necesario tomar como ejemplo países europeos que por su situación demográfica han experimentado en décadas pasadas, crecimiento en la población de adultos mayores y por tal razón ahora están adelantados en su tratamiento. La experiencia que tienen en casos específicos como la libre determinación por ejemplo, hace que nuestros adultos mayores se beneficien y así se garanticen sus derechos. En España, existe la figura legal de la autodeterminación extrajudicial o autotutela, para que antes de perder su capacidad jurídica, el adulto mayor otorgue ante notario público la administración de sus bienes a cualquier persona de su confianza, que no necesariamente sea un familiar. Ello podría contribuir a evitar, en parte, que malos administradores, aprovechándose de situaciones de incapacidad, aparezcan para beneficiarse de los bienes patrimoniales de los adultos mayores que se encuentran en situación de vulnerabilidad.

Así esta investigación pretende acentuar y fortalecer el paradigma del adulto mayor como sujetos de derechos, es sin duda, el reto de la sociedad, para que los adultos mayores tomen el control de sus vidas y realicen actividades jurídicas de disposición de sus bienes sin limitaciones; para garantizar su derecho a la propiedad en la etapa final de su vida.

BIBLIOGRAFÍA

Académica

Abusleme, María Teresa & Guajardo, Gabriel. (ed.). (2013). “El maltrato hacia las personas mayores en la Región Metropolitana, Chile. Santiago”, Chile: Senama-Flacso Chile.

Bayerns, María (1992). “Las residencias de ancianos y su significado sociológico”. *Papers*, N° 40. Recuperado el 20 /11/ 2018 de <https://bit.ly/2Ab4pbk>.

Bayerns, María. (1993). “Un marco teórico para el estudio de las instituciones de ancianos”. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*. N° 64. Recuperado el 20 /11/ 2018 de <https://bit.ly/2TrJ1I1>.

Butinof, M., Guri, A. K., Rodríguez, G., Abraham, D., Vera, Y., & Gasmann, J. (2013). “Adultos Mayores en establecimientos geriátricos en la provincia de Córdoba—apuntes para una reflexión preliminar”. *Informe elaborado en el marco del Proyecto UPAMI, SEU-UNC. Córdoba*.

Cepeda, A (2010). “Los/as adultos mayores como sujetos económicos, sociales y de derechos en las políticas de vejez en Chile”. *Disertación magistral*. Concepción: Flacso, Sede Chile.

Contreras Peláez, Francisco (1996). *Defensa del Estado Social*, Sevilla: Universidad de Sevilla.

Dabove, María Isolina (2006). “Discriminación y ancianidad. Reflexiones filosóficas en torno al sistema jurídico argentino”. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* N° 9: 153-164.

Dabove, María Isolina (2008). “La problemática de la vejez en el derecho argentino: razones para la construcción del derecho de la ancianidad”. *Estudios Interdisciplinarios sobre o Envelhecimento*. N°1, vol.13. Recuperado el 20/11/2018 de <https://bit.ly/2PFhO-Df>.

Dabove, María Isolina (2008). “Derecho y Multigeneracionismo: o los nuevos desafíos de la responsabilidad jurídica familiar en la vejez”. *Revista de Derecho de Familia*. N° 40: 39-54. Recuperado el 20/11/2018 de <https://bit.ly/2PE0jTT>.

Dabove, María Isolina; (2012) “Derecho de la Vejez. Perspectiva Interdisciplinaria”. *Centro de Investigaciones en Derechos de Ancianidad*. Facultad de Derecho, Universidad de Rosario. CEPRAM, Córdoba.

Dabove, María Isolina; (2014) “Las Residencias gerontológicas en el derecho de la vejez: panorama normativo en Argentina”. *Revista de la facultad*. Vol 2: 173-214

De Castro Cid, Benito: *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*, León. Universidad de León.

Fábrega Ruiz, C. (2000). *Protección jurídica de la tercera edad*, Madrid: Colex.

Fassio, A. (2007) “La institucionalización de los adultos mayores en la Argentina Imaginarios y realidades”. *Vertex. Revista Argentina de Psiquiatría*. Vol. XVIII: 443-447.

Freire, Wilma (2010). *La Encuesta Nacional de Salud Bienestar y envejecimiento SABE I Ecuador 2009-2010*. Quito. Instituto Nacional de Estadísticas y Censos.

Guzmán, J., 2003, “Seguridad económica en la vejez: una aproximación inicial”, ponencia preparada para Reunión de Expertos en Seguridad Económica del Adulto Mayor, Panamá.

Guzmán, Marco, 2003, “Los Derechos Humanos en especial, los Derechos Económicos, Sociales y culturales”, Editorial Universitaria, Quito, 2003

Huenchuan Sandra, Morlachetti Alejandro & Vásquez Javier (2005). “Derechos Humanos en la edad avanzada. Análisis de los instrumentos de derecho internacional y de derecho interno en América Latina. *Serie Población y Desarrollo* No. 59, CELADE-División de Población de la CEPAL, Chile.

Huenchuan Sandra (2005) “Políticas de vejez en América Latina: elementos para su análisis y tendencias generales”. *Revista Notas de Población* No.78, CELADE-División de Población de la CEPAL, Santiago de Chile.

Huenchuan Sandra (2013) “Los derechos de las personas mayores: Los derechos de las personas mayores en el ámbito internacional”. *Materiales avanzados de estudio y aprendizaje Modulo No.2*, CELADE-División de Población de la CEPAL, Santiago de Chile.

Kemelmajer de Carlucci, A. (2006). “Las Personas Ancianas: En La Jurisprudencia Argentina: ¿Hacia Un Derecho De La Ancianidad?”. *Revista chilena de derecho*, 33(1), 37-68. Recuperado el 20/11/2018 de <https://bit.ly/2Bpxq5f>

Lathrop, Fabiola. (2009). “Protección jurídica de los adultos mayores en Chile” *Revista Chilena de derecho*, Vol. 1: 77-113, recuperado el 23/05/2017, a partir de [https://goo.-gl/LzbUvS](https://goo.gl/LzbUvS).

Lugo, Dayron., Barrera, Luis & Pérez, Arlene (2014). *Deontología notarial y su repercusión juridicasocial*. Revista digital: *Derecho y cambio Social*, 11(38)10.

Maljar, Daniel Eduardo: *Intervención del Estado en la prestación de servicios públicos*, Hammurabi, Buenos Aires, 1998, p. 221.

Medina, Antonio., Moreno, María José., Lillo, Rafael., Guija & Julio Antonio (2013). *Voluntad, capacidad y autonomía de la persona en el mundo actual*. Psiquiatría y Ley. Madrid: Fundación Española de Psiquiatría y Salud Mental.

Ministerio de Inclusión Económica y Social (2010). *Agenda de igualdad para adultos mayores 2012-2013*. Quito – Ecuador.

Morcillo, Silvia (2004): “*El desamparo legislativo de la ancianidad*”, Actualidad Jurídica de Córdoba. Familia y Minoridad, año I, vol. 8.

Naciones Unidas (1991), Resolución 46/91, “Ejecución del Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento y actividades conexas”, 16 de diciembre.

Naciones Unidas (2013), “Informe resumido de la consulta sobre la promoción y protección de los derechos humanos de las personas de edad” (A/HRC/24/25), Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 24° período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, julio, [en línea], <[http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/ GEN/G13/153/29/PDF/G1315329.pdf?OpenElement](http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G13/153/29/PDF/G1315329.pdf?OpenElement)>.

Palacios, Carlos (2005). “El Maltrato al Anciano en el Ecuador”. Disertación magistral. Quito: Instituto de Altos Estudios Nacionales.

Rivas, María (2016). “Los Adultos Mayores y El Derecho Al Buen Vivir”. Disertación magistral. Ambato: Universidad Regional Autónoma de Los Andes “Uniandes”- Universidad De Guayaquil.

Rueda, José (2009). “Fundaciones Tutelares y Personas Mayores. Valor estratégico del servicio pretutelar.” Disertación doctoral. Valladolid. Universidad de Valladolid.

Zolotow, D. (2010). *Hogares de ancianos, transformaciones posibles para un buen envejecer*. Revista Debate Público. Reflexión de Trabajo Social. Págs. 87- 92

Legales

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

Código Civil, Codificación 10. Registro Oficial Suplemento No. 46, 24 de junio de 2005.

Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial 544, 9 de marzo de 2009.

Ley Notarial. Registro Oficial 158, 11 de noviembre de 1966.

Ley de Mercado de Valores. Registro Oficial Suplemento 215 de 22 de febrero de 2016.

Ley del Anciano, Codificación 7. Registro Oficial 376, 13 de octubre de 2006.