

MÉS DE
100

**PREGUNTES
SOBRE LA
DISCAPACITAT
GUIA JURÍDICA BÀSICA**

VERSÍO CORRESPONENT A LA
LEGISLACIÓ CATALANA

MÉS DE
100
PREGUNTES
SOBRE LA
DISCAPACITAT

GUIA JURÍDICA BÀSICA

Versió corresponent a la legislació catalana

Redactors:

Aida Lozano Pascual. Fiscal
Cristóbal Fábrega Ruiz. Fiscal
David Mendoza Moreno. Advocat, jutge substitut
Francisco González Ruiz. Advocat
Fundació Tutelar Kyrios
María del Carmen Velasco Ramírez. Notària
Manuel Lora-Tamayo Villacieros. Notari
Manuel María Rueda Díaz de Rábago. Notari

Coordinador:

Manuel María Rueda Díaz de Rábago.
Director de la Secció Jurídica de la Fundació Aequitas

Edició de continguts: Aequitas
© de l'edició Fundació "la Caixa", 2021
Dipòsit legal B 2394-2021
Primera edició: maig 2021

El 1999, el Consell General del Notariat, en el marc de la política adreçada a potenciar al màxim la utilitat social d'aquest col·lectiu de professionals, va acordar la creació de la Fundació Aequitas. La reflexió que va motivar aquesta decisió va ser la següent: el notari, en l'exercici de la seva funció, està vinculat íntimament als drets de la persona i al benestar de les famílies i ha de col·laborar a donar solucions jurídiques per als problemes de les persones més vulnerables.


El col·lectiu notarial, integrat a Espanya per uns tres mil professionals altament qualificats en dret privat, que en l'exercici de la seva funció estan en contacte directe amb la realitat, amb les persones i amb les famílies, s'havia de trobar en condicions de prestar un bon servei a la societat.

La Fundació Aequitas és, per tant, la resposta del notariat a la situació d'indefensió en què es troben els sectors més desfavorits de la nostra societat. Crec que en aquests més de vint anys de feina hem demostrat el nostre compromís amb fets i hem aconseguit assentar una enorme plataforma solidària integrada no només pels tres mil notaris d'Espanya, sinó també per una gran quantitat de professionals de diversos àmbits, tant del dret como d'altres disciplines. Per tant, estem en condicions de prestar un bon servei a la societat en una matèria tan important per a tots els ciutadans, independentment de la seva condició i ideologia, com és la defensa i la protecció dels drets de les persones i, de manera molt especial, d'aquelles que es troben en una situació deficitària pel que fa a assessorament i informació.

Aquesta guia bàsica que avui presentem és el fruit de la feina d'aquesta plataforma solidària. Per això, permeteu-me que transmeti el meu agraïment especial a totes les persones que han dedicat el seu temps a respondre de manera senzilla aquestes Més de 100 preguntes que tothom, en un moment o altre de la nostra vida, amb més o menys neguit, ens hem plantejat. Gràcies a tots, ja que sense el vostre esforç personal hauria estat impossible. També he d'adreçar el meu reconeixement i agraïment a la Fundació "la Caixa", que es va afegir a aquest projecte sense pensar-s'ho dos cops i que amb el seu suport permet que vegi la llum en el dia d'avui.

Finalment, m'acomio expressant tres coses: d'una banda, el desig que aquest instrument que posem a disposició de la societat sigui útil; d'una altra, la meva gratitud a totes les persones que han fet possible aquesta realitat; i, en últim lloc, el convenciment que aquesta col·laboració continuarà en el temps, ja que d'aquesta manera podrem fer realitat el lema de la nostra fundació: «Junts podem fer més coses», que és la millor manera de posar les nostres mans al servei de la societat.

Almudena Castro-Girona Martínez
Directora de la Fundació Aequitas



Des de fa més d'un segle, la Fundació "la Caixa" és al costat de les persones amb discapacitat. L'entitat va ser creada el 1904 i ja des dels primers anys es va fer palès el que segueix sent el seu valor diferencial: el compromís amb la societat i, sobretot, amb els col·lectius més vulnerables.

Avui, 117 anys més tard, és evident que les necessitats de les persones amb discapacitat han canviat, cosa que reflecteix les transformacions i l'evolució de la societat. Podem esmentar i celebrar, sense dubte, la seva major integració social i participació activa en molts àmbits, tant de l'esfera pública com de la privada.

Així i tot, no hem de perdre de vista el més essencial: si volem que la nostra societat sigui la millor possible, encara ens queda molta feina per fer, des de la justícia i l'equitat i sense deixar ningú enrere. Per això són tan necessàries iniciatives com aquesta guia jurídica amb més de cent respostes sobre la discapacitat.

En aquestes pàgines es recullen les definicions, els drets, les obligacions, els recursos i els tràmits, entre d'altres aspectes, que poden ser d'utilitat per a les persones amb discapacitat, les seves famílies i els professionals vinculats a aquest col·lectiu. Voldria destacar el fet que aquesta publicació s'ha concebut perquè sigui de fàcil lectura per a les mateixes persones amb discapacitat.

Tot això ha estat possible gràcies a la tasca ingent dels especialistes encarregats d'elaborar la guia, coordinats per la Fundació Aequitas. Per a la Fundació "la Caixa" és un honor haver-ne pogut formar part. Desitgem que sigui d'utilitat per a molta gent i, sobretot, que contribueixi al benestar de les persones amb discapacitat.

Marc Simón Martínez
Sotsdirector general de la Fundació "la Caixa"

ÍNDEX

INCAPACITAT I DISCAPACITAT	9
LA MODIFICACIÓ DE LA CAPACITAT DE LES PERSONES (ANTIGA INCAPACITACIÓ)	13
PROCEDIMENT DE MODIFICACIÓ DE LA CAPACITAT	17
LA TUTELA	20
LA CURATELA	25
EL DEFENSOR JUDICIAL	28
L'ASSISTÈNCIA	30
LA GUARDA DE FET	31
LES ENTITATS TUTELARS	33
L'AUTOORGANITZACIÓ DE LA PRÒPIA DISCAPACITAT	39
L'AUTOTUTELA	41
ELS PODERS PREVENTIUS	43
LA SUCCESSIÓ I LA DISCAPACITAT	49
EL PATRIMONI PROTEGIT	57
LA DEPENDÈNCIA	63
D'INTERNAMENTS I TRACTAMENTS MÈDICS	67
INFLUÈNCIA DE LA DISCAPACITAT EN LA RESPONSABILITAT PENAL	77

INCAPACITAT I DISCAPACITAT

INCAPACITAT I DISCAPACITAT

1. Capacitat / incapacitat / discapacitat

Ser capaç de fer alguna cosa és estar en disposició de fer-la. Així, qui escriu aquest text no pot (és a dir, és incapaç de) aixecar una pedra de 150 quilos fins a l'altura del coll. Probablement el lector tampoc pot fer-ho. No obstant això, n'hi ha que sí que en són capaços; fins i tot es fan travesses de quantes vegades poden fer-ho en un minut.

Tots som capaços o incapaços per a diverses activitats. No obstant això, la societat estableix uns estàndards aplicables a la major part de la població, tenint en compte situacions personals que impedeixen arribar a aquest estàndard a algunes persones. D'aquests estàndards se n'ocupa el dret.

Així, l'article 200 del Codi civil estatal cita "les malalties o deficiències persistents de caràcter físic o psíquic que impedeixin a la persona governar-se per si mateixa". Aquest és el concepte bàsic utilitzat per les lleis que tracten de la modificació de la capacitat.

Aquest esquema se centra sobretot en la discapacitat intel·lectual. Altres persones, per raons físiques o sensorials, no poden fer el que la majoria sí que pot; les construccions, allò que ens envolta, ha estat dissenyat per a aquesta majoria. Aquest disseny està ple d'obstacles per als qui tenen alguna deficiència. El dret civil tracta, en aquest àmbit, de les habilitats en la vida economicojurídica i el govern per un mateix; tracta sobretot de com es poden fer aquestes activitats donant suport o en substitució dels qui tenen discapacitat. Altres branques del dret s'ocupen de les altres discapacitats i tracten de com es poden superar els obstacles: amb rampes, ascensors, vorades rebaixades o inexistentes, cintes gravades, sons, altres formes de comunicació, aparells, etc.

Aquest treball se centra sobretot en el primer aspecte: l'accés al "govern de si mateix".

En l'àmbit jurídic s'ha distingit entre la capacitat jurídica (la possibilitat de ser titular de drets i obligacions) i la capacitat d'obrar (la possibilitat d'exercir-los). En la nostra cultura, pràcticament en tot Occident, és clar que totes les persones tenen plena capacitat jurídica: un nen pot tenir el que li hagin deixat en una herència i haver de pagar impostos; una persona amb discapacitat també, en situació d'igualtat amb qualsevol altra. Però un nen o una persona amb discapacitat poden no ser capaços de fer actes jurídics derivats de la seva situació: no podrien fer una venda d'aquests béns, o llogar-los, o comprendre'n les conseqüències, i en el camp dels deures no sabrien que han de pagar impostos ni com fer-ho. Per això tradicionalment se'n modifica la capacitat d'obrar.

2. La modificació de la capacitat

Davant una situació en què una persona no es pot valer, la solució tradicional en el nostre dret era adoptar mesures per protegir-la, d'una banda, perquè no fes actes jurídics que la poguessin perjudicar i, d'una altra, per determinar qui podia representar-la (fer-los per ella). És el sistema clàssic d'incapacitació (els seus actes són anul·lables) i nomenament de tutor (persona que actua en el seu nom).

En els últims anys s'ha produït un canvi en el tractament de les persones que no es poden valer per si mateixes. S'ha substituït el concepte d'"incapacitació" pel de "modificació de la capacitat". Es procura no privar la persona, en la mesura del possible, de la realització dels actes que l'afectin. Paral·lelament, es configura el curador (persona que complementa els actes de la persona amb discapacitat) com a preferent al tutor (persona que la representa, que actua per ella).

Hem de tenir en compte que el terme "modificació de la capacitat" només es pot referir a la capacitat d'obrar.

3. On es regulen aquestes matèries?

La legislació principal en aquesta matèria és en el Codi civil estatal, que recull les normes que regulen les relacions entre les persones (com actuen, família, contractes, successions, drets sobre les coses). En algunes regions d'Espanya es van conservar, per motius històrics, normes especials dins d'aquesta branca del dret, anomenades drets forals. Després de la Constitució es va produir l'adaptació, desenvolupament i actualització d'aquestes normes, que es van començar a qualificar com a drets propis d'aquestes regions. Són principalment normes de successions, però també afecten altres àmbits. Farem les referències que calgui a aquestes normes autonòmiques.

4. La Convenció de l'ONU

L'últim pas en aquesta evolució del tractament jurídic de la discapacitat s'està fent en un procés que comença l'any 2006, amb l'aprovació per part de les Nacions Unides de la Convenció sobre els drets de les persones amb discapacitat.

Per aplicar-la a Espanya, cal integrar la Convenció en el nostre ordenament jurídic. Per fer-ho, es va publicar en el BOE (21 d'abril de 2008) l'Instrument de ratificació de la Convenció sobre els drets de les persones amb discapacitat, feta a Nova York el 13 de desembre de 2006, de data 23 de novembre de 2007, prèvia autorització de les Corts.

La Convenció canvia per complet el concepte que mou a actuar el sistema jurídic: "la discapacitat és un concepte que evoluciona i que resulta de la interacció entre les persones amb deficiències i les barreres degudes a l'actitud i a l'entorn que impedeixen llur participació plena i efectiva en la societat, en igualtat de condicions amb les altres" (Preàmbul, apartat e).

Dos requisits: persones amb deficiències i barreres. Una finalitat: la seva participació en la societat, en igualtat de condicions amb les altres.

La nova orientació s'està introduint en la nostra pràctica social (per exemple, penseu en el nombre d'ascensors que s'han instal·lat en reformes de les nostres cases) i en la nostra pràctica jurídica, amb una presència cada vegada major en resolucions judicials.

5. Els suports

El sistema que defensa la Convenció és, d'una banda, el de supressió de les barreres que impedeixin actuar com els altres; d'una altra, el de suports, és a dir, l'element que es necessita per poder participar en els actes de tota mena de la mateixa manera que els altres.

En l'àmbit jurídic referent a les actuacions amb rellevància jurídica, l'article 12 indica, després de reconèixer la mateixa capacitat jurídica a tothom, que "3. Els estats part adoptaran les mesures pertinents per proporcionar accés a les persones amb discapacitat al suport que puguin necessitar en l'exercici de la seva capacitat jurídica."

La mateixa Convenció repeteix que no sols es té dret a fer les activitats de tota mena, en igualtat de condicions amb els altres, sinó que els estats part reconeixeran, asseguraran, prendran totes les mesures per al seu exercici efectiu.

La societat, a través de les administracions, haurà de prendre la iniciativa perquè totes les persones puguin fer les activitats que permeten a una persona, amb suports, "governar-se per si mateixa".

6. La futura legislació

Des de la Convenció, que està inclosa en la nostra legislació des de 2008, s'han anat produint modificacions puntuals de lleis per acollir-se als seus principis. Queda pendent la modificació principal del Codi civil referent al nucli de l'atenció a aquestes persones: els suports que s'han de prestar a aquells que "no poden valer-se per si mateixos", centrats, en la mesura que sigui possible, a ajudar-los a comprendre els actes jurídics i activitats ordinàries que els afectin i decidir, per si mateixos i amb l'ajuda que els calgui, com fer-los. Està en marxa, i avançada, la modificació. S'arraconaran les mesures de substitució de voluntat, sense ignorar que en alguns casos aquesta substitució serà necessària, i es mantindrà com a subjecte principal la persona titular dels drets, en igualtat de condicions tant si és capaç com si necessita ajuda.

7. Suport o substitució de voluntat

En la substitució de voluntat, hi ha una persona que actua en el lloc d'una altra. És el sistema tradicional a l'hora de determinar com es fan actes jurídics en el lloc d'algú que "no pot" o "no en sap". El fet de no poder o no saber-ne es tracta com un límit absolut. Com si es tractés de nombres enters: entre el 0 i l'1 no hi ha res; o es pot o no es pot. O ets capaç o t'incapacito. La conseqüència és que, si no arribes a l'1, s'encarrega a algú altre que ho faci en el teu lloc. Però passa que la vida no maneja nombres enters (0 i 1), sinó que maneja els decimals, i entre el 0 i l'1 hi ha infinits números (0,0000000001, 0,0000000002, 0,0000000003, etc., i només s'han fet servir deu decimals, podem utilitzar-ne deu mil, per exemple). A moltes persones se'ls pot sumar una mica, o molt, perquè arribin a l'1, és a dir, puguin fer les coses. Aquests complements són els suports. En comptes de substituir la seva voluntat, la hi complementem amb suports, i així la persona amb discapacitat pot fer moltes més coses del que ens pensem.

No ens enganyem, hi haurà casos en què no es podran prestar suports suficients. En aquests casos caldrà recórrer a la substitució de voluntat, a la representació, que algunes persones també anomenen "suport intens" per mirar d'evitar el terme que ha quedat proscrit en l'àmbit de la discapacitat. El problema no serà com en diem, sinó les habilitats de la persona. Tant és, el nom. L'important és que la primera instància ha de ser buscar el suport que es pugui prestar perquè el mateix subjecte, sol o amb ajuda, faci els seus propis actes com els altres.

LA MODIFICACIÓ DE LA CAPACITAT DE LES PERSONES (ANTIGA INCAPACITACIÓ)

LA MODIFICACIÓ DE LA CAPACITAT DE LES PERSONES (ANTIGA INCAPACITACIÓ)

8. És possible declarar la modificació de la capacitat d'un menor d'edat?

Els menors d'edat, amb discapacitat o no, estan subjectes a la pàtria potestat (anomenada "potestat parental" en el Codi civil de Catalunya), que normalment exerciran tots dos progenitors i que s'extingeix quan es compleixen 18 anys. No obstant això, és possible iniciar el procediment de modificació de capacitat mentre la persona amb discapacitat encara és menor d'edat, de manera que, en arribar a la majoria d'edat, no quedi desprotegida.

En el cas dels menors d'edat, només poden instar el procediment de modificació de capacitat els pares de la persona amb discapacitat o, si escau, els seus tutors (fixem-nos que hi haurà tutor del menor si no viuen els seus pares).

9. Una incapacitat laboral és igual que una incapacitat judicial?

No. Una incapacitat laboral és un reconeixement, a través d'una resolució administrativa de l'INSS, d'una situació d'impossibilitat total o parcial de desenvolupar una activitat laboral concreta o qualsevol activitat laboral.

Una modificació judicial de la capacitat suposa una resolució judicial que estableix mesures de protecció per a una persona que requereix suports o substitució en la presa de decisions.

Ara bé, és possible que la mateixa causa d'incapacitat laboral (per exemple, una malaltia que afecti la capacitat cognitiva) sigui també causa de modificació judicial de capacitat, però no necessàriament.

10. En el procediment de modificació de capacitat compareix el subjecte afectat?

En el procediment de modificació de capacitat, el demandat (persona amb discapacitat) és cridat a comparèixer amb advocat i procurador. Si no ho fa, es nomenarà un defensor judicial que també serà cridat a comparèixer amb advocat i procurador.

En tot cas, sempre haurà de ser entrevistat de manera reservada pel jutge, el lletrat de l'Administració judicial i, a vegades, el fiscal, per poder dictar sentència. És l'anomenada exploració judicial i és una prova que s'ha de practicar necessàriament en aquests procediments.

11. Què pot fer una persona la capacitat de la qual ha estat modificada judicialment?

La sentència de modificació de capacitat n'ha de determinar l'extensió i els límits i els mitjans de suport que s'estableixin.

No obstant això, amb caràcter general, si es constitueix una tutela i en la sentència no s'especifiquen actes concrets, el tutor ha de representar la persona amb discapacitat en els actes jurídics o administratius, substituint-la amb caràcter general. Tot i això, aquesta representació no afecta el matrimoni, el testament ni el vot.

Per contra, el curador ha d'assistir la persona amb discapacitat en els actes concrets previstos en la sentència, de manera que serà necessari el consentiment de tots dos perquè facin efecte.

12. Quina relació té la modificació de la capacitat amb el grau de discapacitat?

Aquests conceptes no tenen relació directa.

Un grau de discapacitat és un reconeixement administratiu d'una deficiència sensorial, física o psíquica que dificulta la participació en la societat en igualtat de condicions.

Aquestes discapacitats poden suposar una modificació judicial de la capacitat si afecten la capacitat de la persona per prendre decisions; en cas contrari, no.

Per exemple, una persona cega pot tenir reconegut per aquest fet un percentatge alt de discapacitat, però aquesta situació, per si sola, no donarà lloc a un procediment de modificació de capacitat perquè la ceguesa no afecta la seva capacitat per prendre decisions.

13. Una persona amb la seva capacitat modificada judicialment pot treballar?

Sí. Si la sentència de modificació de capacitat va constituir una tutela amb una representació general, la persona amb discapacitat pot signar un contracte de treball amb l'autorització expressa del seu tutor.

En la resta de supòsits (tutela per a actes concrets entre els quals no es fa esment exprés de contractes laborals, i també curatela), tindrà plena capacitat per signar un contracte laboral en els mateixos termes que una persona amb la capacitat no modificada.

Independentment de qui signi el contracte de treball, una persona amb la capacitat modificada pot realitzar activitats laborals. Únicament dependrà de les seves habilitats per exercir les funcions en què consisteixi la seva feina, no del fet que hi hagi limitacions de les seves activitats jurídiques.

14. Una persona amb la capacitat modificada pot casar-se?

Una sentència de modificació de capacitat no pot limitar el dret a contreure matrimoni civil. Serà el jutge encarregat del Registre Civil qui, si escau i previ informe mèdic, valori si el contraent pot contreure matrimoni vàlidament.

15. Una persona amb la capacitat judicialment modificada pot votar?

Les persones amb la capacitat judicialment modificada poden exercir el dret de sufragi actiu (exercir el dret de vot en processos electorals) en igualtat de condicions que les persones que no la tenen modificada. Amb la Llei orgànica 2/2018 s'han suprimit totes les limitacions que hi havia per exercir el dret de vot.

16. Una persona amb la capacitat judicialment modificada pot tenir fills?

Les persones amb la capacitat judicialment modificada poden tenir fills en igualtat de condicions amb les altres persones.

Ara bé, si es constata que no poden exercir els drets i deures derivats de la pàtria potestat, en interès dels fills menors d'edat, poden ser privades o suspeses de la pàtria potestat de la mateixa manera i amb els mateixos procediments que les altres persones.

17. Quines són les causes de la modificació judicial de la capacitat?

El Codi civil estatal preveu com a causes de modificació de capacitat les malalties o deficiències físiques o psíquiques que impedeixin a la persona governar-se per si mateixa, sense establir un catàleg o llista d'aquestes causes.

En tot cas, han de ser malalties o deficiències que afectin la capacitat de les persones per prendre decisions i que siguin persistents en el temps.

Si aquestes són les causes, caldrà que a més hi hagi un motiu, és a dir, que aquestes deficiències o malalties suposin una desprotecció jurídica, sanitària, social, residencial o d'un altre tipus.

Això és així perquè, encara que hi hagi una causa de modificació judicial de la capacitat, si no hi ha desprotecció no serà necessari iniciar un procediment.

18. Quina publicitat es dona a la sentència de modificació de capacitat?

La sentència que declara la modificació de capacitat s'inscriu d'ofici, sense necessitat de sol·licitar-ho, en el Registre Civil. També s'ha d'inscriure a instància de part, per ordre del jutjat, en el Registre de la Propietat si el subjecte afectat té béns immobles o drets sobre béns immobles.

PROCEDIMENT DE MODIFICACIÓ DE LA CAPACITAT

19. Qui pot presentar la demanda per a modificar la capacitat d'una persona amb discapacitat?

El procediment pot iniciar-lo, mitjançant demanda, el mateix subjecte afectat, el seu cònjuge o persona en situació assimilable (parella de fet), els pares, els avis, els fills, els nets i els germans.

Les persones indicades poden iniciar el procediment mitjançant presentació de demanda en els jutjats de primera instància del seu lloc de residència. Caldrà sempre advocat i procurador. Es podrà sol·licitar assistència jurídica gratuïta si no es tenen béns suficients.

Qualsevol persona pot posar en coneixement de la Fiscalia una situació de desprotecció d'una persona presumptament necessitada de suports. Quan sigui una autoritat o funcionari públic qui tingui coneixement d'aquesta situació, estarà obligat a comunicar-ho a la Fiscalia. El fiscal, rebuda la comunicació, sol·licitarà la informació que consideri oportuna per decidir si és necessari o no iniciar un procediment de modificació de capacitat i determinació de mitjans de suport. Si ho és, presentarà la demanda.

No obstant això, si la persona presumptament necessitada de suports és menor d'edat, només poden presentar la demanda els seus pares (que exerceixen la pàtria potestat durant la minoria d'edat) o els tutors (si estigués tutelada).

20. El fiscal. Quin paper juga el fiscal en els procediments de modificació de capacitat?

El fiscal intervé sempre en tots els procediments de modificació de capacitat en defensa de la legalitat i els drets de la persona amb discapacitat.

Ho farà com a demandant, o com a part interessada si la demanda ha estat interposada per una altra persona.

El fiscal intervé en l'acte del judici, participant en les proves i, en funció d'aquestes, sol·licitant que es dicti sentència amb el contingut que consideri més beneficiós per a la persona amb discapacitat.

Si el fiscal no és el demandant, actuarà en defensa dels interessos de la persona amb discapacitat i no serà necessari nomenar un defensor judicial.

Si el fiscal és el demandant i el demandat no contesta a la demanda, serà necessari nomenar una tercera persona perquè actui en defensa dels seus interessos. Aquesta persona es diu "defensor judicial" i pot ser un familiar o una tercera persona propera a la persona amb discapacitat. El defensor judicial pot contestar la demanda en el seu nom o no fer-ho.

21. Mentre dura el procediment hi ha mesures de protecció?

El procediment de modificació de capacitat té una durada en el temps de diversos mesos, depenent del volum de feina del jutjat on es presenti.

Si existís una urgència d'atendre necessitats de la persona amb discapacitat, podrien sol·licitar-se mesures cautelars, que fins i tot poden ser adoptades pel jutge d'ofici sense que cap part ho sol·liciti, encara que el més habitual és que hi hagi una petició de part.

Aquestes mesures poden consistir en el nomenament d'un tutor provisional o d'un administrador provisional, una autorització d'internament residencial, una anotació preventiva de demanda en el Registre de la Propietat, la impossibilitat de disposar de comptes bancaris... o qualsevol altra que es consideri necessària per evitar un perjudici immediat a la persona amb discapacitat.

Aquestes mesures poden sol·licitar-se amb la demanda o en qualsevol moment posterior a la demanda i abans que se celebri la vista.

22. Com es desenvolupa el procediment de modificació de capacitat?

Després de la presentació de la demanda, aquesta serà notificada a la persona amb discapacitat perquè la contesti en el termini de vint dies. Podrà contestar amb advocat i procurador, o no fer-ho.

En aquest últim cas, si la demanda l'ha interposat el Ministeri Fiscal, caldrà designar un "defensor judicial", que podrà ser un familiar o persona propera, que la representi en judici per mitjà d'advocat i procurador.

Posteriorment, se citarà a la vista (judici) que se celebrarà a porta tancada.

En aquests procediments s'han de practicar obligatòriament tres proves:

- Audiència de parents, als quals se'ls preguntarà sobre la situació de la persona amb discapacitat i sobre la persona que considerin més adequada per exercir la figura de protecció.
- Informe mèdic forense: per fer-lo, la persona amb discapacitat serà citada el mateix dia de la vista, o en data anterior, per ser examinada pel metge forense, que emetrà un informe.
- Exploració judicial de la persona amb discapacitat, que es farà de manera reservada en presència del jutge, del lletrat de l'Administració de justícia i, si escau, del fiscal.

També es practicarà la prova documental, que es referirà a tots els documents que s'hagin presentat amb la demanda i als que s'aportin després o siguin sol·licitats pel jutge i es considerin rellevants per resoldre la qüestió.

Es podrà practicar també la prova testifical d'altres persones, diferents dels familiars, que puguin tenir informació rellevant per resoldre.

23. Quins efectes produeix la sentència?

Després de la pràctica de la prova en la vista, el jutge dictarà sentència, en la qual establirà l'extensió i els límits de la modificació de la capacitat. La sentència ha de contenir els actes per als quals la persona amb discapacitat necessita suport o representació.

La sentència pot establir una modificació total, que té caràcter excepcional, i constituir una tutela en què el tutor ha de representar la persona amb discapacitat en tots els actes relacionats amb la seva persona i béns.

Pot establir una modificació parcial en els casos en què la persona amb discapacitat tingui autonomia per gestionar certs aspectes de la seva persona i béns.

En aquests casos, la sentència podrà constituir una tutela, i en aquest cas ha d'establir els actes concrets en què el tutor ha de representar la persona amb discapacitat substituint-la amb caràcter general. Pot referir-se a actes de contingut econòmic, relacionats amb la salut, amb la decisió sobre el lloc de residència... Alguns d'aquests actes requeriran autorització judicial (per exemple, agafar diners en préstec o acceptar una herència).

També pot constituir una curatela, i en aquest cas ha d'establir els actes en què aquesta persona necessitarà l'assistència del curador. És a dir, perquè tinguin validesa, serà necessari que hi consentin tots dos, el curador i la persona posada en curatela.

Igualment pot disposar la **rehabilitació de la pàtria potestat**, que ha de recaure sempre en un o tots dos progenitors. La sentència determinarà si han d'actuar com a tutors o com a curadors i en quins casos concrets.

Si així s'ha sol·licitat, també es designarà en la sentència la persona o entitat que ha d'assumir el càrrec.

Si no s'està conforme amb algun dels pronunciaments de la sentència, s'hi pot recórrer amb advocat i procurador.

24. Si s'ha declarat la incapacitat, pot modificar-se?

Si es produeixen modificacions en les circumstàncies de la persona amb discapacitat, pot instar-se un nou procediment mitjançant nova demanda, ja sigui per modificar la mesura de protecció, ja sigui per deixar-la sense efecte.

Podrà instar-se una modificació per sotmetre la persona amb discapacitat a una mesura de protecció de major intensitat si s'ha produït una pèrdua d'autonomia o, al contrari, per establir una mesura de protecció de menor intensitat o fins i tot per eliminar aquesta mesura de protecció. Això últim es denomina "reintegració de la capacitat".

En tots els casos, serà necessari iniciar un nou procediment judicial amb presentació de demanda al jutjat del lloc de residència de la persona amb discapacitat, amb els mateixos requisits i a través del mateix procediment que va donar lloc a la modificació inicial.

LA TUTELA

25. Què és?

La tutela és una forma de representació de persones que no poden actuar per si soles, en concret de menors o persones amb la capacitat judicialment modificada. Si no poden, per exemple, signar una compravenda o gestionar una herència familiar o manejar-se al banc per raó de capacitat o d'edat, és una altra persona, el tutor, qui actua per elles.

Dins de l'esquema de mesures de suport que preveu avui el Codi civil, la tutela implica la substitució de l'exercici dels poders del tutelat; aquest no pot fer vàlidament els actes que s'incloguin en la sentència; en el seu lloc i en el seu nom els fa el tutor.

En el sistema que sorgeix de la modificació del Codi civil estatal de 1983, que va regular la tutela tal com està avui configurada, es va establir com a solució preferent per atendre les persones que "no poden valer-se per si mateixes". Actualment, després de l'aplicació de la Convenció en la interpretació de les nostres lleis, els jutjats ja l'estan tractant com a subsidiària, per darrere de la curatela, que recordem que establia que el curador ha de complementar l'actuació de la persona amb discapacitat.

26. Qui designa el tutor?

1. Per al cas que sigui declarada incapaç, tota persona amb plena capacitat d'obrar pot nomenar o excloure, en escriptura pública, una o més persones perquè exerceixin els càrrecs tutelars.
2. Els pares poden ordenar la tutela dels seus fills menors, o majors d'edat amb la capacitat modificada judicialment, mitjançant una escriptura pública, un testament o un codicil.

El tutor és designat per un jutge. Cal acudir a un procés judicial perquè es designi un tutor.

27. Qui és nomenat tutor? Preferències.

El jutge ha de nomenar tutor, en primer lloc, alguna de les persones designades pel mateix afectat per la tutela, quan ell mateix les hagi previst, o alguna de les persones designades pels pares.

En el cas que no s'hagi previst res, s'ha de seguir l'ordre previst en el Codi civil:

- a) El cònjuge o el convivent en parella estable de la persona amb la capacitat modificada judicialment, si hi ha convivència.
- b) Els descendents majors d'edat (fills, nets...).
- c) Els ascendents (pares, avis...).
- d) En cas de mort del progenitor de la persona amb la capacitat modificada judicialment, el cònjuge o el convivent en parella estable d'aquell, si conviu amb la persona que s'ha de posar en tutela.
- e) Els germans.

No obstant això, si ho considera més convenient per als interessos de la persona amb la capacitat modificada judicialment, l'autoritat judicial, per mitjà d'una resolució motivada, pot alterar l'ordre establert o elegir la persona que ha actuat com a assistent o com a guardadora de fet, alguna de les que es presentin voluntàriament per assumir els càrrecs indicats o una altra persona.

28. És obligatori l'ordre anterior?

És important veure que, en el procés de designació de tutor, en el qual poden ser oïdes totes les persones implicades, el jutge té facultats per buscar sempre l'interès de la persona la capacitat de la qual es modifica, triant la persona més idònia dins de cada categoria o alterant-ne l'ordre. No pot actuar de manera arbitrària, sinó que ho ha de fer en benefici del menor o persona amb la capacitat judicialment modificada, i ha de motivar la seva decisió. Per exemple, quan el tutor previst no es troba en condicions d'exercir el càrrec per malaltia, o qualsevol altra causa. La resolució, en aquest últim cas, ha de ser motivada.

29. Pot designar-se més d'una persona?

En principi, s'ha de nomenar un sol tutor. No obstant això, hi ha diverses excepcions:

- a) Si la persona interessada o els titulars de la pàtria potestat han designat dues persones per exercir el càrrec.
- b) Si la tutela correspon a una persona casada o que conviu en parella estable i es considera convenient que el cònjuge o l'altre membre de la parella també l'exerceixi.
- c) El tercer motiu és bastant interessant en relació amb les noves tendències que es deriven de la Convenció, perquè centren l'interès en les necessitats o conveniències del subjecte passiu d'aquestes mesures: el jutge pot separar la tutela de la persona de l'administració dels béns, designar els titulars de tots dos càrrecs i fixar-ne l'àmbit de competència.
- d) A més, l'autoritat judicial pot nomenar un administrador patrimonial si el patrimoni del tutelat assoleix una importància considerable o si es produeix una altra causa que ho fa necessari.

30. Es pot designar una institució com a tutor?

És perfectament possible i, de fet, hi ha institucions tutelars especialitzades en l'exercici de la tutela. Pot succeir perquè hi ha famílies que no tenen cap familiar proper que pugui assumir la tutela del seu fill amb discapacitat, o simplement perquè s'hi troben més còmodes o consideren que és més beneficiós per al seu familiar ser sotmès a la tutela d'alguna institució.

31. És obligatori el càrrec de tutor?

El càrrec de tutor es regula com a obligatori. No obstant això, hi ha excepcions.

D'una banda, hi ha persones que en són excloses per causes conductuals (privació de la pàtria potestat, delictes, retirada d'altres tuteles); d'altres ho són per les seves circumstàncies personals (situacions d'edat, malaltia, és a dir, impossibilitat d'exercir la tutela).

D'altra banda, se n'exceptua les persones que tinguin relacions conflictives amb el tutelat o hi mantinguin conflictes d'interessos.

Es poden al·legar com a excuses per no exercir càrrecs tutelars l'edat, la malaltia, la manca de relació amb la persona que s'ha de posar en tutela, les derivades de les característiques de l'ocupació profes-

sional del designat o qualsevol altra que faci l'exercici de la tutela especialment feixuc o que el pugui afectar.

I finalment, encara que no s'esmenti en la llei, difícilment el jutge nomenarà tutor algú que es negui a exercir el càrrec. Seria crear el risc d'un mal exercici de la tutela. En l'actualitat, amb la possibilitat que exerceixin la tutela entitats privades (fundacions sense ànim de lucre) o públiques (les creades per les administracions competents en aquesta matèria), hi ha alternatives per a aquests supòsits de falta de possibles tutors o d'oposició a exercir el càrrec.

32. Què pot fer el tutor i què no pot fer?

El tutor representa el tutelat en el seu àmbit personal i patrimonial, llevat d'aquells actes que el tutelat pugui fer per si sol, d'acord amb la sentència de modificació de la capacitat, i els que pugui fer d'acord amb la seva capacitat natural.

Fora d'aquestes facultats representatives del tutelat, n'hi ha d'altres de més personals, referents a procurar-li aliments, tenir cura del tutelat, deure d'educació i formació, informar el jutge anualment i una altra més, a la qual no es para gaire atenció però que convé tenir present: "fer tot el que calgui per a afavorir la recuperació de la capacitat del tutelat i la seva inserció en la societat o, si això no és possible, per a prevenir el seu empitjorament i per a mitigar les conseqüències de la incapacitat". El primer aspecte prové d'una antiga consideració de la discapacitat com una malaltia que caldria intentar curar. El segon, la inserció en la societat, és plenament conforme a les actuals directrius procedents de la Convenció.

Hi ha una sèrie d'actes que el tutor no pot fer, fonamentalment aquells en què hi hagi un conflicte d'interessos amb el tutelat. Per exemple, no podria comprar una casa del seu tutelat, o repartir una herència en la qual ell tingués interès. Com que aquests actes poden ser necessaris en algun moment, encara que també hi estigui interessat el tutor, per salvar el conflicte d'interessos el jutge nomena un defensor judicial, que representa la persona amb capacitat judicialment modificada.

A més, hi ha una altra sèrie d'actes que el tutor pot fer, però que compten amb una vigilància judicial especial i, per tant, han de ser sotmesos a una autorització judicial prèvia: vendre immobles del tutelat, donar i agafar diners en préstec, acceptar una herència (ja que pot comportar l'assumpció de deutes), vendre objectes preciosos o de valor extraordinari o immobles... En general, els de major rellevància econòmica i major risc per a la situació patrimonial o personal (com ara internar el tutelat).

S'exceptuen també de la representació legal els actes relatius als drets de la personalitat (dret a la vida, a la llibertat, a votar...).

33. Què es el consell de tutela?

En els casos d'autotutela o de nomenament fet pels titulars de la pàtria potestat, la supervisió de l'exercici de la tutela es pot encomanar a un consell de tutela, que ha de constituir-se i actuar d'acord amb les regles següents:

a) El consell de tutela ha d'estar compost per un mínim de tres membres. El nomenament dels membres del consell correspon a l'autoritat judicial.

b) El consell de tutela ha d'actuar d'acord amb les normes que estableix l'acte de nomenament (escritura pública, testament o codicil) o, si no n'estableix, d'acord amb les que aprovi el mateix consell per al seu funcionament.

c) El consell s'ha de reunir com a mínim una vegada l'any per a ésser informat sobre la situació de la persona tutelada i perquè li siguin retuts els comptes anuals de la tutela.

d) Es poden atribuir al consell, si ho estableix l'acte de nomenament de la tutela, la funció de resoldre conflictes entre els tutors i la d'autoritzar els actes que requereixen autorització judicial

34. Obligacions del tutor

El tutor té les obligacions següents:

- 1) Fer un inventari, amb detall, dels béns del tutelat en iniciar la seva actuació. L'inventari s'ha de formalitzar judicialment o notarialment.
- 2) Abans de donar possessió d'un càrrec tutelar, l'autoritat judicial pot exigir caució a la persona designada per exercir-lo
- 3) Retre anualment els comptes de la tutela al jutge i informar sobre la situació personal del tutelat (l'estat de salut, el lloc de residència i la situació personal i familiar). La rendició anual de comptes consisteix en un estat detallat d'ingressos i despeses, un inventari de l'actiu i el passiu del patrimoni a la fi de l'exercici i el detall dels canvis amb relació a l'inventari de l'any anterior, acompanyat dels justificants corresponents.
- 4) En finalitzar la tutela, retre comptes de la seva gestió davant del jutge, que procedirà o no a aprovar-los.

A més d'aquestes obligacions davant del jutge, i encara que s'hagin aprovat els comptes, segueixen vigents les responsabilitats davant del propi tutelat o dels seus hereus.

35. Cessament del tutor

El tutor no exerceix el càrrec amb caràcter indefinit i amb independència de la seva actuació, sinó que en el cas que no l'exerceixi correctament el jutge pot fer-lo cessar en el càrrec: d'això se'n diu en dret "remoció del tutor". També en el cas que tingui problemes de convivència greus amb el tutelat, o incorri en alguna causa d'ineptitud per ser tutor, o si incompleix els deures inherents al càrrec, pot ser remogut de la tutela.

D'altra banda, com que el càrrec de tutor és obligatori, es preveuen les causes per les quals es pot apartar una persona d'aquesta responsabilitat. Bàsicament, quan ja no pot exercir-la de manera efectiva: quan concorrin les causes que permetin excusar-se de la tutela.

36. Canvi del tutor

En els casos previstos en l'apartat anterior s'ha de procedir a designar un nou tutor. La resolució que ordena el cessament ha de contenir el nomenament de la persona que ha d'ocupar el càrrec en substitució de la que ha estat remoguda. Mentre no recaigui aquesta resolució, s'ha de designar un defensor judicial.

També és possible que els pares, en establir la tutela, hagin previst alguna persona que exerceixi successivament el càrrec de tutor per defunció, renúncia o cessament de l'anterior, és a dir, diversos tutors, però no de manera conjunta sinó successiva.

37. Responsabilitat

En l'exercici de les funcions respectives, el tutor i l'administrador patrimonial han d'actuar amb la diligència d'un bon administrador i responen dels danys causats per la seva actuació. L'acció per reclamar la responsabilitat prescriu al cap de tres anys de la rendició final de comptes. El tutor ha de retre comptes de la seva actuació al jutjat i, si no ha actuat de manera correcta, se li pot exigir responsabilitat.

A més, el tutor és responsable civilment pels actes realitzats pel tutelat que estigui al seu càrrec, tret que provin que van actuar amb tota la diligència per evitar el mal.

38. Remuneració

La persona interessada o els titulars de la pàtria potestat, en escriptura pública, testament o codicil, o l'autoritat judicial, en la resolució d'aprovació de l'inventari, poden fixar una remuneració per al tutor i, si escau, per a l'administrador patrimonial, sempre que el patrimoni del tutelat ho permeti. Per fer-ho es tindrà en compte la feina a fer i el valor i la rendibilitat dels béns.

LA CURATELA

39. Concepte

La curatela és la institució de guarda que s'estableix quan es modifica de manera parcial la capacitat d'una persona. Això suposa que la persona conserva cert grau d'autogovern o autonomia, que li permet adoptar les decisions més senzilles sobre la seva persona i/o béns. La curatela ha assolit després de la Convenció una gran importància, ja que, segons el Tribunal Suprem, és la figura de protecció que s'adapta més bé a la Convenció (sentències del Tribunal Suprem de 29 d'abril de 2009, 11 d'octubre de 2012 o 24 de juny de 2013).

Per això, el projecte de reforma del Codi civil estatal, en l'article 249, la inclou entre les institucions jurídiques de suport per a l'exercici de la capacitat jurídica de les persones que en necessitin, juntament amb la guarda de fet i el defensor judicial.

Segons aquest article, la funció de les institucions de suport ha de consistir a assistir la persona amb discapacitat en l'exercici de la seva capacitat jurídica en els àmbits en què calgui, respectant la seva voluntat, desitjos i preferències.

La curatela s'ha d'aplicar als qui necessitin el suport de manera continuada. La seva extensió s'ha de determinar en la corresponent resolució judicial, en harmonia amb la situació i circumstàncies de la persona amb discapacitat i amb les seves necessitats de suport.

40. Diferències amb la tutela

Les principals diferències consisteixen en dos elements fonamentals:

- 1) L'abast dels problemes d'autogovern de les persones que protegeixen. Aquests són més intensos en el cas de la tutela i menys en el de la curatela.
- 2) El tutor representa la persona protegida, mentre que el curador es limita a completar-ne la capacitat. Vist d'una forma gràfica: per vendre un bé, el tutor ho fa sol, amb l'autorització judicial corresponent. En el cas de la curatela, ven la persona posada en curatela, sense necessitat d'autorització judicial, i actua amb ella el curador per complementar la seva voluntat.

41. La persona posada en curatela té capacitat d'obrar?

En l'actualitat, primer s'ha de modificar judicialment la capacitat de manera parcial i després es pot nomenar un curador. Una vegada modificada judicialment la capacitat, d'acord amb l'abast de la falta d'autogovern, se sotmetrà la persona a una tutela parcial o a una curatela (aquesta és la menys intensa). Amb la Convenció s'abandona la necessitat de portar endavant una modificació de la capacitat, bastaria constatar que la persona necessita suport.

42. Qui pot ser nomenat curador?

Podran ser curadors les persones majors d'edat que, segons el parer de l'autoritat judicial, siguin aptes per a l'adequat exercici de la seva funció. També les fundacions i altres persones jurídiques sense ànim de lucre, públiques o privades, entre els fins de les quals figurin la promoció de l'autonomia i l'assistència a les persones amb discapacitat.

És important tenir en compte l'autonomia i la voluntat de la persona necessitada de suport, per la qual cosa es preferirà la persona que ella mateixa hagi proposat per al nomenament, excepte causa d'inhabilitat.

En cas de falta de proposta, l'autoritat judicial nomenarà curador.

43. Quina és la mesura preferent, tutela o curatela?

Ja hem indicat que, segons el Tribunal Suprem, la curatela és la figura de protecció que s'adapta més bé a la Convenció, per la qual cosa ha de ser preferent, ja que és més respectuosa amb la capacitat de la persona necessitada de suport.

44. Què pot fer la persona posada en curatela?

La missió del curador és assistir la persona amb discapacitat i complementar-ne la capacitat en aquells actes que no pugui fer per si mateixa. Els actes en què es considera necessària la intervenció del curador han de quedar delimitats en la sentència que hagi establert la curatela.

Quan la sentència no especifica l'abast de la curatela, s'entén que el curador ha d'assistir la persona posada en curatela en els mateixos actes per als quals el tutor necessita autorització judicial. És a dir:

1. Per alienar o gravar béns immobles, establiments mercantils o industrials, objectes preciosos i valors mobiliaris dels menors o tutelats (aquí, posats en curatela), o subscriure contractes o fer actes que tinguin caràcter dispositiu i siguin susceptibles d'inscripció. S'exceptua la venda del dret de subscripció preferent d'accions.
2. Per renunciar a drets, així com transigir o sotmetre a arbitratge qüestions en què el tutelat estigui interessat.
3. Per acceptar sense benefici d'inventari una herència, o per repudiar l'herència o les liberalitats.
4. Per fer despeses extraordinàries en els béns.
5. Per entaular una demanda en nom de la persona sotmesa a tutela, excepte per als assumptes urgents o d'escassa quantia.
6. Per cedir béns en arrendament per temps superior a sis anys.
7. Per donar i agafar diners en préstec.

8. Per disposar a títol gratuït (regalar) de béns o drets del tutelat.
9. Per cedir a tercers els crèdits que el tutelat tingui contra ell, o adquirir a títol oneros (comprar) els crèdits de tercers contra el tutelat.

A vegades, la curatela se cenneix a l'administració dels béns. En aquests casos, el curador ha d'assistir la persona amb discapacitat en l'administració ordinària i, també, en la realització de negocis jurídics que la persona posada en curatela no pot efectuar per si sola. Això suposa que per signar escriptures públiques o subscriure contractes ha d'intervenir el curador juntament amb la persona posada en curatela, cosa que impedeix que altres persones puguin aprofitar-se de la seva imperícia. Quan la persona té baixa capacitat econòmica, a aquesta curatela li manca veritable utilitat.

Altres vegades, la curatela es refereix a l'esfera estrictament personal i requereix del curador l'assistència, per exemple, per al seguiment del tractament mèdic per part de la persona posada en curatela. Tendeix a sotmetre's a aquesta classe de curatela les persones que pateixen malalties que poden controlar-se a través d'un tractament farmacològic, permetent-los portar una vida normal. Les dificultats sorgeixen quan la persona no té consciència de la seva malaltia o simplement es nega a prendre la medicació, ja que aquest sistema de protecció és molt difícil d'executar.

45. El curador representa a la persona posada en curatela?

No, el curador només assisteix la persona posada en curatela, li dona suport perquè pugui intervenir en el tràfic jurídic. Això significa que cal tenir en compte bàsicament l'opinió de la persona posada en curatela, que és qui ha de tenir en principi la iniciativa, mentre que el curador només ha d'actuar per donar-hi el vistiplau.

En el cas que el curador consideri il·lògica la postura de la persona posada en curatela, caldrà acudir al jutge perquè decideixi què és el més adequat.

Si el curador es nega, sense causa justificada, a prestar assistència en algun dels actes que la requereixin, la persona posada en curatela pot demanar l'autorització judicial per actuar tota sola.

Avui dia hem de tenir en compte que la Convenció rebutja tota substitució de voluntat, s'allunya de la tutela representativa i manifesta que només s'ha de donar suport

46. Pot canviar-se de tutela a curatela?

En primer lloc, l'autoritat judicial pot disposar la constitució de la curatela, malgrat que s'hagi demanat la de la tutela, d'acord amb les circumstàncies de la persona afectada.

En segon lloc, si una persona està sotmesa a tutela, es podrà instar un nou procés que tingui per objecte deixar sense efecte o modificar l'abast de la mesura de suport ja establerta. En aquest cas, pot disminuir-se la intensitat del mecanisme de protecció i canviar-se la tutela per una curatela.

EL DEFENSOR JUDICIAL

47. Què és?

El defensor judicial és una figura de guarda que es caracteritza per la seva actuació provisional i transitòria. La seva funció és representar o, si escau, assistir la persona amb discapacitat en situacions en què no poden fer-ho els seus progenitors, el tutor o el curador, o quan no n'hi ha.

També és una figura necessària en el procediment de modificació de la capacitat per protegir i actuar en benefici del demandat quan el demandant és el Ministeri Fiscal.

48. Qui el nomena?

El lletrat de l'Administració de justícia (antigament conegut com a "secretari judicial") és qui ha de nomenar un defensor judicial, després de la tramitació del procediment oportú, d'ofici (en virtut dels deures del càrrec, sense ser-hi requerit) o a petició del Ministeri Fiscal.

49. És el mateix defensa judicial que defensa tècnica?

No necessàriament. El càrrec de defensor judicial pot recaure en qualsevol persona física, que no és imprescindible que sigui tècnica en dret, nomenada pel lletrat de l'Administració de justícia per exercir les funcions d'empara i representació dels menors i de les persones amb discapacitat de manera transitòria en certs casos.

Durant el procés judicial de modificació de la capacitat, el Ministeri Fiscal actua com a defensor judicial de la persona amb discapacitat, si no va ser el demandant, i n'assumeix la representació i defensa.

El defensor judicial, una vegada feta la seva gestió, n'haurà de retre comptes.

50. Quan es nomena?

En els casos en què el mateix Ministeri Fiscal inicia el procediment de modificació de la capacitat, si la persona amb discapacitat no compareix a defensar-se en el termini establert, es nomena un defensor judicial que la representi en el judici mitjançant procurador i n'assumeixi la defensa a través d'advocat.

La defensa judicial en aquest cas pot recaure en un lletrat, i llavors coincideixen defensa judicial i defensa tècnica en el procediment, o bé en una altra persona, que recorre a lletrat i procurador per a la seva defensa i representació en el procés.

També es nomena un defensor judicial en els casos següents:

- a) Si hi ha un conflicte d'interessos entre el tutor i el tutelat, o entre el curador i la persona posada en curatela.
- b) Si ho exigeixen les circumstàncies de la persona que ha d'ésser tutelada, mentre la tutela no es constitueixi.
- c) Mentre no es constitueixi la curatela.
- d) En els supòsits en què, per qualsevol causa, els tutors o curadors no exerceixin les seves funcions, mentre no acabi la causa o no es designi una altra persona per a l'exercici dels càrrecs.

51. Quines són les seves funcions?

El defensor judicial tindrà les funcions que li hagi assignat el lletrat de l'Administració de justícia, depenent de les necessitats que n'hagin motivat el nomenament. Pot ser que la seva actuació només sigui necessària per a un assumpte concret, per exemple, la signatura d'una escriptura pública, o que sigui requerit per exercir l'administració provisional dels béns de la persona amb discapacitat. En el cas que substitueixi transitòriament el tutor, assumirà la guarda de la persona i dels seus béns.

52. Quan acaba d'actuar?

Quan conclou la tasca per a la qual va ser designat o quan es nomena tutor o curador de la persona amb discapacitat.

L'ASSISTÈNCIA

53. Què és l'assistència?

La legislació civil catalana ha introduït la figura de l'assistent, que només existeix a Catalunya. Es tracta d'una persona que presta mesures de suport a una altra que considera que ho necessita, per motiu d'una disminució de les seves facultats físiques o psíquiques.

La persona major d'edat que ho necessiti per tenir cura d'ella mateixa o dels seus béns, a causa de la disminució no incapacitant de les seves facultats físiques o psíquiques, pot sol·licitar a l'autoritat judicial el nomenament d'un assistent.

N'és principi essencial que l'autoritat judicial, en designar la persona i fixar-ne les facultats, ha de respectar la voluntat del sol·licitant, sobretot pel que fa al nomenament o l'exclusió d'alguna persona per exercir la funció d'assistència.

Ara bé, no cal un procés de modificació de la capacitat, al contrari del sistema actual del Codi civil. És, per tant, molt més respectuós amb l'article 12 de la Convenció i n'inclou les característiques essencials: respecte de la voluntat de la persona amb discapacitat, control per part de l'autoritat, graduació de les mesures de suport i reconeixement de la plena capacitat de la persona amb discapacitat.

54. Quines són les seves funcions?

Les funcions de l'assistent són:

- a) Personals: l'assistent ha de vetllar pel benestar de la persona assistida, respectant-ne plena ment la voluntat i les opcions personals.
- b) Patrimonials: poden consistir a prestar suport i consentiment a determinats actes de la persona assistida o administrar tot o part del seu patrimoni, sempre en la mesura que li hagi estat encarregat.

L'assistència s'ha d'inscriure en el Registre Civil del domicili de la persona assistida mitjançant la comunicació de la resolució judicial perquè tingui efecte davant d'altres persones.

LA GUARDA DE FET

55. Què és la guarda de fet?

La guarda de fet és una situació de fet que es dona quan una persona assumeix la cura d'una persona amb discapacitat o l'administració dels seus béns, sense que hi hagi cap mesura voluntària (poder, per exemple) o judicial (tutela o curatela) que facultin el guardador.

És una situació molt habitual en la pràctica. En moltes ocasions, una persona amb discapacitat que necessita suports, o una persona d'edat molt avançada, té un familiar, una parella, un veí o un amic que actuen com el suport que necessiten en la presa diària de decisions o en la seva cura, sense que hi hagi una modificació judicial de capacitat prèvia (per exemple, una persona gran amb Alzheimer que té una filla o un fill que l'atén i que vetlla per les seves cures i els seus béns).

La llei reconeix la figura de la guarda de fet, la regula breument i autoritza el guardador a actuar en nom de la persona amb discapacitat, sempre que les decisions que prengui busquin la protecció dels interessos de la persona amb discapacitat.

Normalment, els guardadors de fet són els familiars propers (pares/mares, fills/filles, germans/germanes, etc.), encara que a vegades són persones properes (veïns/veïnes, amics/amigues).

56. Estava regulada per la llei?

En la reforma de 1983 es va regular per primera vegada en uns articles breus que indicaven, d'una banda, que una vegada comprovada aquesta situació calia promoure la modificació de capacitat amb els controls judicials procedents i, això és l'important, que tot allò fet pel guardador en benefici de la persona amb discapacitat tenia validesa i no seria anul·lat si redundava en utilitat seva. L'evolució posterior, a poc a poc, ha anat tenint en compte aquesta situació tan habitual.

57. Quines són les funcions i les obligacions del guardador de fet?

La guarda de fet és una figura complexa, sobretot si es té en compte que les lleis no especifiquen les funcions dels guardadors. Com que la regulació legal és escassa, es genera una situació d'inseguretat en la seva actuació.

Cal tenir clar que els guardadors no són els representants legals de la persona amb discapacitat. Cap organisme els n'ha atribuït la representació.

- En l'àmbit personal, el guardador pot cuidar la persona amb discapacitat procurant-li aliments o assistència mèdica, sol·licitar serveis assistencials (ajuda domiciliària, unitats de dia, centres residencials), demanar intervencions sanitàries i rebre informació mèdica.

- En l'àmbit patrimonial, pot administrar els béns de la persona amb discapacitat, però no vendre'ls ni arrendar-los, i també fer petites despeses ordinàries, com el pagament dels subministraments (llum, aigua, gas, telèfon).

58. Com s'acredita la guarda de fet?

Moltes vegades, els guardadors es troben amb la necessitat d'acreditar la seva funció, ja que els ho sol·liciten per actuar davant els bancs o les administracions públiques. Les maneres d'acreditar aquesta guarda de fet són, bàsicament:

1. A través d'un procediment judicial de jurisdicció voluntària, amb la finalitat d'obtenir una resolució judicial que declari l'existència d'una guarda de fet, exercida per una persona determinada. En la resolució judicial poden detallar-se funcions atribuïdes al guardador, i fins i tot es publica en el Registre Civil.
2. Mitjançant una acta notarial de notorietat, amb la qual, després de demostrar, amb testimonis fonamentalment, que existeix una persona amb discapacitat que rep les cures i assistència d'una altra, es declara que és notori que es dona aquesta guarda de fet. Davant de qui ho posi en dubte, permet justificar que, en l'àmbit de vida del guardat, es coneix que una determinada persona se n'ocupa.

59. Quan finalitza la guarda de fet?

- Per voluntat de la persona amb discapacitat que rep aquest suport.
- Per defunció del guardador o de la persona amb discapacitat.
- Quan l'autoritat judicial ho consideri convenient, podrà substituir el guardador per un curador, un tutor o un defensor judicial.
- Quan el guardador desisteixi de la seva actuació.

60. Com es preveu la regulació de la guarda de fet en el futur?

Hi ha un Projecte de Llei de reforma de la legislació civil i processal en matèria de discapacitat, per adaptar aquesta legislació a la Convenció de les Nacions Unides sobre els drets de les persones amb discapacitat.

Aquesta reforma, que encara no sabem amb certesa si serà aprovada ni en quins termes exactes, reforça la guarda de fet, la regula una mica més que ara i la reconeix com la primera i més important institució de suport a la persona amb discapacitat.

Així, en l'últim Projecte presentat, comprovada la guarda de fet, en principi es preveu que continuï si no hi ha altres mesures de suport establertes. I es desenvolupa la via per justificar la representació mitjançant autoritzacions judicials, sense necessitat de posar en marxa tot el mecanisme de la modificació de capacitat. Fins i tot s'estableixen casos en què es pot representar la persona amb discapacitat sense necessitat de l'autorització judicial (sol·licitar prestacions econòmiques i els actes jurídics sobre béns d'escassa rellevància econòmica).

LES ENTITATS TUTELARS

61. Què són les entitats tutelars?

Fins al 1983 només podien ser tutors les persones. En la reforma de la tutela d'aquest any es va introduir un article que permetia ser tutors a "les persones jurídiques que no tinguin finalitat lucrativa (és a dir, que no es dediquin a guanyar diners) i entre els fins de les quals hi hagi la protecció de menors o de persones amb la capacitat modificada judicialment". El tipus de persona jurídica que millor encaixa en aquests requisits és el de la fundació, que a Espanya pot tenir un interès públic i són de caràcter benèfic. A partir d'aquest moment, van aparèixer fundacions que es dedicaven a l'atenció de menors o persones amb capacitat judicialment modificada i, per tant, podien ser tutors o curadors.

Les entitats tutelars són institucions que tenen com a finalitat oferir la protecció i els suports que necessiten les persones amb la capacitat jurídica modificada judicialment, oferint una alternativa en aquelles situacions en què el jutge consideri que aquesta és la millor opció per a la persona afectada.

Poden ser d'origen públic, privat o mixt.

62. Què fan?

Les entitats tutelars són responsables d'exercir les funcions de protecció i suport establertes en la sentència judicial, que poden comprendre part o tots els àmbits de la vida de la persona en funció de les seves necessitats concretes: des de la protecció i garantia dels drets de la persona, la cura de la seva salut, la protecció de la seva gestió econòmica i financera...

63. Com ho fan?

A partir de la Convenció sobre els drets de les persones amb discapacitat, les entitats tutelars assumeixen el repte de trobar un equilibri entre la voluntat i autonomia de la persona amb la capacitat jurídica modificada, per ser protagonista de la seva vida i exercir els seus drets, i l'adopció de les mesures de protecció i seguretat jurídica definides en la sentència, necessàries perquè pugui exercir-los amb garanties.

En el dia a dia de la persona, li oferiran suports per a la presa de decisions de la seva vida, tant a nivell personal com a nivell econòmic, d'acord amb les indicacions recollides en la sentència judicial i prioritzant els desitjos de la persona.

64. Com es relacionen amb els familiars?

Les entitats tutelars han d'adaptar-se a la situació de cada persona i família.

Quan la família és un referent per a la persona, la relació entre els familiars i les entitats tutelars ha de ser de cooperació. És aconsellable que s'iniciï amb temps suficient per acompanyar la persona i la família en el procediment de modificació de la capacitat i poder dissenyar junts el sistema de protecció i suport que s'oferirà a la persona, coneixent-ne les capacitats, habilitats i necessitats i la situació personal, econòmica, patrimonial, de salut... Tot això millorarà la qualitat en la gestió dels suports que podrà oferir l'entitat tutelar.

65. Quins serveis ofereixen les entitats tutelars?

Les diverses entitats tutelars ofereixen els serveis adaptats als seus fins propis i les necessitats de les persones ateses.

Amb caràcter general, poden oferir:

- Servei de tutela o curatela centrat en la gestió del sistema de suport encomanat mitjançant sentència judicial, a través del qual ofereixen a la persona amb capacitat jurídica modificada els suports individualitzats que completen la seva capacitat jurídica per desenvolupar el seu pla de vida.
- Servei de pretutela, durant el qual la família i la persona treballen al costat de l'entitat per definir l'atenció que rebrà el seu familiar quan l'entitat assumeixi la funció tutelar.
- Servei d'informació i orientació, que permet assessorar les persones que ho sol·licitin en relació amb les mesures de protecció jurídica i social que s'oferixen a les persones, el marc jurídic, els serveis de suport, etc.
- Servei de suport a familiars que exerceixen càrrecs tutelars, capacitant i acompanyant els familiars que assumeixen la tutela o curatela per facilitar-los l'acompliment d'aquest rol.

Les fundacions tutelars solen disposar també d'un servei de voluntariat tutelar que facilita l'acompanyament emocional i la participació social de les persones a les quals ofereixen suport.

66. Com es desenvolupa el servei de tutela en les entitats tutelars?

A partir de la Convenció sobre els drets de les persones amb discapacitat, els serveis de tutela són serveis de gestió del sistema de suport i assistència en la presa de decisions definit en la sentència judicial.

Habitualment, les entitats tutelars ofereixen atenció individualitzada i ajustada a la necessitat de complement de la capacitat de la persona definida en la sentència judicial, en tres àrees d'intervenció: a nivell personal i social, a nivell jurídic i a nivell administratiu. Per fer-ho compten amb equips professionals qualificats.

67. Les entitats tutelars estan obligades a assumir les tuteles que el jutge els atorgui?

L'exercici del càrrec designat per sentència judicial és obligatori. No obstant això, el Codi civil preveu una sèrie d'excuses que, justificades davant el jutge, permeten renunciar-hi.

El Codi civil preveu que les persones jurídiques podran excusar-se quan no tinguin els mitjans humans i materials suficients per a l'exercici adequat de la tutela.

No poden ésser titulars de la tutela ni de l'administració patrimonial les persones jurídiques que, en virtut d'una relació contractual, prestin serveis assistencials, residencials o de naturalesa anàloga a la persona protegida. No obstant això, per necessitats de la persona tutelada, l'autoritat judicial pot autoritzar les entitats tutelars a prestar serveis assistencials i residencials.

68. Com es financen les entitats tutelars?

El sistema de finançament de les entitats tutelars depèn del seu origen, bé siguin públiques, privades o mixtes, i del model desenvolupat en cada comunitat autònoma, amb diferències molt significatives entre els uns i els altres.

Existeix la possibilitat de fixar una retribució per a l'entitat tutelar per l'exercici del seu càrrec, que provindrà del patrimoni del tutelat.

També és possible que els progenitors expressin en testament la seva voluntat d'oferir al tutor una retribució determinada que s'ha d'incloure en la rendició de comptes anuals.

69. Qui supervisa les entitats tutelars?

Les entitats tutelars estan sotmeses a la tutela judicial, responsable de supervisar el compliment de les obligacions que assumeixen en exercir un càrrec tutelar de protecció i suport, i al control de l'entitat pública competent.

Les seves obligacions són:

- Presentar un inventari de béns: les entitats tutelars estan obligades a presentar al jutjat un inventari dels béns de la persona amb capacitat jurídica modificada en assumir el càrrec i, anualment, han de presentar una rendició de comptes que justifiqui la gestió que se n'ha fet.
- Oferir els suports i la protecció que necessiti la persona segons el que disposi la sentència: en l'àmbit personal, estan obligades a procurar-li aliments, a procurar-ne el desenvolupament personal i la inclusió social i a promoure la recuperació de la seva capacitat.
- En l'àmbit patrimonial, estan obligades a exercir l'administració del patrimoni de la persona amb la diligència "d'un bon pare de família".

D'altra banda, les entitats tutelars han de sol·licitar autorització judicial prèvia per als actes més rellevants, tant a nivell personal (com internar la persona en un centre) com a nivell econòmic (alienar béns immobles, demanar un préstec, renunciar a una herència, etc.).

70. Les entitats tutelars assumeixen els deutes de les persones ateses?

Entre les obligacions de les entitats tutelars no es troba la d'assumir els deutes de les persones ateses. La seva tasca consistirà a oferir suport i protecció d'acord amb les circumstàncies pròpies, personals, socials i econòmiques de la persona.

71. Com puc conèixer les entitats tutelars?

A Catalunya hi ha diverses entitats tutelars. L'organisme autonòmic amb competències en afers socials podrà facilitar la informació en cada cas.



L'AUTOORGANITZACIÓ DE LA PRÒPIA DISCAPACITAT

L'AUTOORGANITZACIÓ DE LA PRÒPIA DISCAPACITAT

72. Mentre tinc les facultats mentals en bones condicions, puc adoptar alguna mesura en previsió del dia que vegi la meva capacitat reduïda?

L'autogovern o autonomia de la voluntat de la persona permet que qualsevol pugui prendre decisions en relació amb una situació de possible discapacitat en el futur.

És convenient recórrer a un expert jurídic, ja es tracti d'un notari o d'un advocat, que conegui bé la matèria.

Ha d'exposar-li la seva preocupació sobre una situació futura de discapacitat i l'expert li farà les preguntes necessàries per conèixer el que vostè voldria que es fes en aquella situació i recomanar-li una solució adequada a la seva voluntat i al seu context personal, familiar i patrimonial.

73. Quins aspectes de la vida puc ordenar ara per quan no pugui fer-ho només per mi mateix i necessiti ajuda d'una altra persona o, fins i tot, que una altra persona em representi?

A través de l'autotutela i els poders preventius, que són instruments oferts per l'ordenament jurídic com a solucions jurídiques en previsió de la pròpia discapacitat, pot ordenar tant les qüestions patrimonials que es refereixen a la conservació, administració o disposició dels seus béns, com els aspectes relatius a la seva atenció personal i cures, fins i tot de tipus mèdic, designant la persona o persones de la seva confiança a les quals encomana aquestes tasques, així com els criteris que han d'observar.

L'autonomia de la voluntat es tradueix, en la pràctica, de manera diferent segons si es recorre a l'autotutela nomenant un tutor o al poder preventiu designant un apoderat, però en tots dos casos ha d'acudir a la notaria i atorgar una escriptura pública per tal que la seva voluntat tingui eficàcia plena davant de tercers i tant la persona nomenada com tothom que hi contracti tinguin seguretat sobre la seva voluntat.

74. Quina diferència hi ha entre nomenar un tutor i nomenar un apoderat?

El tutor és el representant legal nomenat pel jutge en un procés de modificació de la capacitat d'obrar, si bé qualsevol persona pot anar a la notaria quan encara té capacitat i declarar en un document públic la identitat de la persona que ha d'exercir el càrrec de tutor en el cas que sigui necessari. Aquesta designació es denomina autotutela i ha de ser tinguda en compte pel jutge per al nomenament, sense perjudici de l'obligació de comprovar la idoneïtat de la persona nomenada.

L'apoderat és, en canvi, la persona nomenada en escriptura pública per representar la persona que fa el nomenament quan aquesta vegi reduïda la seva capacitat, però sense que l'hagi de nomenar el jutge i sense que s'hagi d'instar el procediment judicial de modificació de la capacitat del poderdant, excepte si així ho ha previst aquest (com veurem més endavant). Es tracta d'un representant voluntari.

L'AUTOTUTELA

75. Què és l'autotutela?

L'autotutela suposa que una persona preveu, per al cas que pugui ser modificada la seva capacitat, qui vol que sigui el seu tutor i quines regles addicionals desitja per a l'exercici de la tutela. S'aplica també aquest nom quan es dicten disposicions per als fills de la persona que designa tutor, per al cas de menors o persones amb capacitat modificada que necessitin el nomenament de tutor.

Hi era en el Codi civil estatal des de la seva primera redacció. En configurar-se l'actual tutela, l'any 1983, es va contemplar solament perquè els pares poguessin designar qui volien que fos tutor dels seus fills quan ells faltessin. Posteriorment, es va ampliar a la designació de tutor per a un mateix.

76. Com es fan les previsions sobre la tutela?

Tant l'autotutela com la designació de tutor per als fills es fan davant de notari en escriptura pública. Per als fills es pot fer en el testament dels pares o en escriptura independent; en el cas de l'autotutela per a un mateix, per raons òbvies (quan s'aplica la meva autotutela estic viu i el meu testament no és eficaç encara), només en escriptura pública independent.

Fet el nomenament, el notari ha de comunicar-lo al Registre Civil, on s'ha d'anotar al marge del full de naixement. A més, el jutge ha de consultar el full de naixement si s'inicia un procés de modificació de la capacitat, per tenir-ho en compte.

77. Per a què serveix?

Malgrat el nom tradicional, no es limita al fet de designar tutor, sinó que és molt més àmplia. Inclou pràcticament totes les disposicions que considerem sobre les mesures de suport que es puguin establir judicialment. Diu el Codi civil de Catalunya: "nomenar o excloure (...) una o més persones perquè exercixin els càrrecs tutelars. També pot fer disposicions respecte al funcionament i el contingut del règim de protecció que pugui ésser adequat, especialment pel que fa a la cura de la seva persona". Entre d'altres coses, es podrà: nomenar tutor o curador; designar-ne diversos que actuïn conjuntament o amb repartiment de funcions, més uns altres que els controlin; disposar sobre la forma de vida que es vol per als fills, relacions amb parents o altres persones, etcètera.

També es podria actuar en sentit negatiu, exclouent algú de les mesures de suport, és a dir, dient qui no pot ser tutor o curador. Aquesta situació es produeix més sovint del que sembla.

78. Qui pot exercitar-la?

El Codi civil de Catalunya és taxatiu pel que fa a això: els titulars de la pàtria potestat quan es tracti de designar els suports per als fills.

Per regular els nostres propis suports: "Per al cas que sigui declarada incapaç, tota persona amb plena capacitat d'obrar pot nomenar o excloure, en escriptura pública, una o més persones perquè exerceixin

79. Sobre qui es pot aplicar?

Correlativament a l'anterior, sobre els fills o sobre un mateix. La norma no fa referència als nets, cosa que podria ser recomanable en alguns casos. Imaginem uns pares sense capacitat per fer-ho, per la seva pròpia discapacitat o per circumstàncies especials (per exemple, per drogoaddicció), els fills dels quals estan cuidats pels avis. La via que es podria adoptar davant d'aquesta mancança seria intervenir en el procediment de modificació de la capacitat o de nomenament de tutor per tal que el jutge, amb les seves facultats d'alterar l'ordre marcat per la llei, en interès de la persona amb capacitat modificada, pugui designar la persona més adequada.

80. Quina eficàcia té?

A l'hora de designar tutor, el Codi civil català estableix un ordre de preferència. Actualment és el següent:

- 1) la persona designada pel mateix tutelat (primer supòsit d'autotutela);
- 2) les persones designades pels pares (segon supòsit d'autotutela);
- 3) el cònjuge o el convivent en parella estable;
- 4) els fills o nets majors d'edat;
- 5) els pares o avis;
- 6) els germans.

No obstant això, el jutge pot no aplicar aquest ordre, en resolució motivada i sense restricció de motius, en interès del tutelat.

81. És previsible alguna modificació?

És previsible, especialment en la fase en la qual es produeix l'autotutela, abans d'un possible procés de modificació de la capacitat i nomenament de tutor o curador.

ELS PODERS PREVENTIUS

82. Què és un poder preventiu?

Un poder és una autorització que una persona (poderdant) dona a una altra (apoderat) perquè faci alguna cosa per ella. Qualsevol cosa. Des de comprar-li una barra de pa fins a vendre una casa. Si per qualsevol motiu (per exemple, perquè per fer-ho hagi d'anar a una altra ciutat i no em vagi bé anar-hi, em resulti molt car o no em pugui desplaçar a la botiga de la cantonada) no hi puc assistir, hi envio un apoderat amb aquestes facultats. També es diu poder el document que conté l'autorització. Per als actes jurídics importants, ha de constar en escriptura pública (en l'exemple anterior, farà falta per vendre una casa, però no per comprar una barra de pa).

Pot ser per a una cosa concreta (la venda d'abans) o per a moltes coses, fins i tot perquè algú faci en nom meu tot el que calgui. En aquest cas rep el nom de poder general i és molt útil per a persones amb dificultats per gestionar els seus assumptes.

El poder és part d'una relació de mandat, un contracte pel qual algú encarrega alguna cosa a algú altre, que normalment ni tan sols consta per escrit. En el poder no hi apareix res d'aquest encàrrec, només el que es pot fer. L'un i l'altre es basen en la voluntat, sobretot del poderdant (la persona que encarrega alguna cosa). Si aquesta cessa, es revoca i anul·la el poder, ja no podem fer-lo servir. El Codi civil estatal també considera causa d'anul·lació que el poderdant-mandant perdi la capacitat.

L'any 2003 es va introduir un petit afegit a aquesta causa d'extinció del mandat/poder: tret que jo digui que, si perdo la capacitat, el poder continua sent vàlid. Aquest és el poder preventiu, el que serà vàlid si el poderdant perd la capacitat.

83. Quina diferència hi ha entre aquest poder preventiu i el poder general que normalment atorguen els pares quan són grans als fills, perquè aquests els representin davant els bancs, o en la venda d'un immoble, per exemple?

És habitual que els cònjuges s'atorguin un poder recíproc perquè un d'ells pugui actuar en nom de l'altre i fins i tot que els pares atorguin un poder als seus fills o a algun d'ells. Aquest poder, que solem denominar "poder general" perquè el seu contingut es refereix a l'atorgament a l'apoderat de facultats àmplies per actuar en l'esfera patrimonial del poderdant, queda extingit quan la persona que ha atorgat el poder perd la capacitat. De manera que no és un poder que serveixi en un cas de discapacitat del poderdant, sinó que, per contra, aquest poder al qual ens referim queda sense efecte i no pot ser usat per l'apoderat, per la qual cosa té limitada la seva eficàcia al temps durant el qual el poderdant tingui plena capacitat.

El poder preventiu, encara que el seu contingut sigui un poder general, és el que s'atorga perquè es pugui fer servir precisament quan el poderdant ja no pugui actuar per si sol perquè ha vist minvada la seva capacitat o l'ha perduda per complet.

84. Com es fa aquest poder preventiu?

Aquest poder preventiu és una mesura que evita el recurs al procediment judicial per declarar modificada la capacitat d'obrar d'una persona, de manera que qualsevol de nosaltres pot ordenar la seva futura situació de discapacitat sense la intervenció de l'autoritat judicial, sense perjudici que aquesta intervingui per a la protecció de la persona amb discapacitat si fos necessari, fins i tot revocant el poder que aquesta hagi atorgat. Com que està dins d'un context (el contracte de mandat), es pot completar amb les instruccions que donem a la persona que el farà servir, amb tot el contingut patrimonial o personal que constitueix el camp en què s'utilitzarà el poder.

Formalment, per als actes economicojurídics més rellevants, la llei exigeix que s'atorgui en escriptura pública notarial. Això permet unir informació i assessorament a qui el fa i valorar la seva capacitat per a l'atorgament en el moment que es faci.

85. Quins tipus de poder preventiu hi ha?

Hi ha dues classes de poder preventiu:

Primer, el poder atorgat per ser usat mentre el poderdant té capacitat, en el qual aquest atorga a l'apoderat les facultats més o menys àmplies que consideri convenient i que l'apoderat ha d'usar seguint les instruccions del poderdant, però en el qual s'inclou també una clàusula perquè el poder continuï vigent encara que es produeixi la incapacitat sobrevinguda del poderdant.

Segon, el que s'atorga només per al cas d'incapacitat del poderdant, de manera que l'apoderat només podrà fer-lo servir quan acreditat que el poderdant es troba en una situació de discapacitat.

86. Perquè desplegui els seus efectes el poder preventiu atorgat només per ser usat en cas de discapacitat, ha de ser una incapacitat declarada judicialment o n'hi ha prou que sigui una situació de fet?

És el propi poderdant qui ha d'indicar, quan atorgui el poder, en quins casos vol que s'usi, però el més recomanable perquè el poder preventiu sigui un instrument de suport real al poderdant en situació de discapacitat és que no se'n limiti l'ús al fet que hi hagi una declaració judicial prèvia de modificació de la capacitat, perquè és aquesta declaració judicial el que normalment vol evitar el poderdant.

El més convenient és que, si una persona està pensant que sigui el jutge qui intervingui en el cas que la seva capacitat es vegi reduïda, organitzi la seva situació per al futur per mitjà de l'autotutela.

El més habitual és que el poder preventiu s'atorgui per atendre la incapacitat del poderdant com a situació de fet. En el cas del poder preventiu donat únicament per al cas de discapacitat del poderdant hi ha dos aspectes que cal tenir en compte. El primer és especificar quina classe de discapacitat (intel·lectual o física o sensorial) i quina extensió (el grau de discapacitat) seran necessàries perquè el poder pugui ser exercitat.

En segon lloc, cal determinar com s'haurà d'acreditar aquesta discapacitat, perquè s'ha de tractar d'un mitjà segur (certificat mèdic o certificat administratiu, o el propi judici del notari sobre la capacitat).

87. Quan s'ha atorgat un poder preventiu, ja no és necessari modificar judicialment la capacitat del poderdant?

A Catalunya, si una persona atorga un poder preventiu ja no és necessari el nomenament de tutor ni, per tant, la modificació judicial de capacitat.

88. Si el jutge declara que una persona té la capacitat legal disminuïda, el poder queda sense efecte?

No, perquè el poder quedi sense efecte el jutge l'ha de revocar expressament.

89. Quan les persones grans van a viure a una residència, és habitual que hagin de designar algú que les representi davant del centre residencial en el cas que el resident perdi o vegi disminuïdes les seves facultats mentals. Aquesta autorització té el mateix valor que el poder preventiu?

Es tracta d'un poder preventiu atorgat en document privat i és vàlid per a la finalitat per a la qual s'atorga. No obstant això, és recomanable que la persona resident en aquests centres regularitzi la situació atorgant els poders preventius pertinents en escriptura pública davant de notari per a la major seguretat de l'apoderat i del centre, perquè el document públic assegura la identitat del poderdant, la seva capacitat i el consentiment quant al contingut del poder.

90. I si l'apoderat no respecta la meua voluntat?

És convenient indicar en el poder preventiu, a més de la identitat de l'apoderat, la d'alguna persona que exerceixi una funció de control o vigilància de la seva actuació o, fins i tot, que calgui el consentiment d'alguna persona a més de l'apoderat per fer certs actes de disposició dels béns o per prendre decisions de caràcter sensible sobre la seva persona. Recordem que s'inclou dins d'una relació de mandat, que permet regular moltes més coses que una simple llista d'actes que pot fer l'apoderat.

Sense perjudici de tot això, el Ministeri Fiscal podrà, d'ofici, quan tingui notícies d'una situació irregular o que atempti contra la protecció de la persona amb discapacitat, sol·licitar la revocació judicial del poder preventiu.

91. Què significa que el tutor i l'apoderat, cadascun en el seu cas, són els representants de la persona? Prenen decisions en el seu lloc, la substitueixen?

En vista de la Convenció internacional sobre els drets de les persones amb discapacitat feta a Nova York el 13 de desembre de 2006, a la qual ha d'adequar-se l'ordenament jurídic espanyol, hem de tenir en compte que s'hi reconeix capacitat jurídica a totes les persones. Per assegurar la igualtat de les persones amb discapacitat amb la resta de persones, cadascuna de les mesures jurídiques previstes per atendre la situació de discapacitat de la persona (en concret l'autotutela i els poders preventius) ha de ser concebuda com una mesura de suport que s'ha d'exercir tenint en compte l'opinió de la persona amb discapacitat i no com un mitjà de substitució. Per això, la representació que duran a terme tant el tutor com l'apoderat s'ha d'exercir com un suport a la persona amb discapacitat, tenint en compte el respecte a la seva voluntat i a les seves preferències, perquè serà la persona amb discapacitat qui prendrà les seves pròpies decisions, com a regla general. Ara bé, en els casos que aquesta possibilitat d'entendre i decidir no existeixi, no queda més remei que recórrer a una substitució de la seva voluntat.



LA SUCCESSION I LA DISCAPACITAT

LA SUCCESSION I LA DISCAPACITAT

92. Per què pot ser important el dret de successions en relació amb la discapacitat?

En qüestions econòmiques, la discapacitat produeix amb freqüència dos efectes.

El primer és que les persones amb discapacitat normalment no treballen o, si ho fan, ocupen llocs més mal pagats. És a dir, ingressen menys diners. Però tenen les mateixes despeses, o més, que els altres. Això té com a conseqüència que les famílies busquin la manera de destinar el patrimoni familiar a intentar cobrir aquest dèficit, especialment quan faltin els pares.

El segon efecte és que les persones amb discapacitat intel·lectual tenen més dificultats per administrar el seu patrimoni que les persones sense discapacitat. Per això són convenientes les figures jurídiques que arbitren formes d'administració del patrimoni heretat per part d'altres persones (normalment, parents).

La via que es pot utilitzar per als dos aspectes anteriors és el testament, en el qual es poden fer servir els mitjans que la llei permet per concentrar el patrimoni familiar en la persona amb discapacitat i, si cal, establir un sistema d'administració a favor seu.

93. Què és i per a què serveix un testament?

El testament és el document on una persona indica el destí dels seus béns i drets en el moment de la seva defunció. En el camp de la discapacitat és important en dos sentits:

- Des del punt de vista de la persona amb discapacitat, modificada o no la seva capacitat legal, perquè té el mateix interès que qualsevol altra persona a decidir qui serà el beneficiari del seu patrimoni quan mori. Això és particularment important en els casos en què algú, capaç avui, prevegi que en el futur perdrà la capacitat. Qui millor per organitzar la seva futura atenció que un mateix? Si aquesta organització té aspectes econòmics per a després de la defunció, l'eina habitual és el testament.
- Des del punt de vista d'altres persones, normalment parents, perquè serà l'instrument a través del qual podran deixar béns a la persona amb discapacitat, especialment si en són el cuidador o la persona de qui depèn. Aquí veiem una de les grans qüestions de les famílies en aquesta situació: què se'n farà, del meu fill, quan jo falti?

94. Qui pot fer testament? Poden fer-ne les persones amb discapacitat?

Perquè una persona pugui fer testament s'han de complir dos requisits: que vulgui fer-ne i que sigui capaç d'entendre'n el contingut. Això causa problemes a les persones amb discapacitat intel·lectual que, segons el seu abast, poden impedir-los atorgar testament. La discapacitat física o sensorial pot causar problemes de comunicació amb l'encarregat de fer-ho, el notari, però s'utilitzaran suports per solucionar-ho: comunicació directa o, si no és possible, amb intèrprets. No és un obstacle el fet de no poder signar.

El notari rebrà aquesta comunicació, jutjarà la capacitat del testador per fer el testament, li donarà forma i, amb testimonis si fa falta, el signarà juntament amb el testador.

95. Si no hi ha testament, qui hereta

En el cas que no hi hagi testament, no hi ha cap especialitat per a les persones amb discapacitat, o amb la capacitat modificada judicialment.

Les legislacions civils estableixen un ordre per proximitat en el parentiu:

1. En primer lloc, els descendents, per estirps: primer els fills per parts iguals; si en falta algun, els nets reben la seva part.
2. Si el causant mor sense fills ni altres descendents, succeeix el cònjuge vidu o el convivent en unió estable de parella supervivent.
3. Si el causant mor sense fills ni descendents i sense cònjuge o convivent, l'herència s'atribueix als progenitors.
4. Si el causant mor sense fills ni descendents, sense cònjuge o convivent i sense ascendents, l'herència s'atribueix als parents col·laterals (els germans i fills de germans tenen preferència, i oncles, cosins, nebots i fills de nebots).
5. Si no n'hi ha cap dels anteriors, succeeix la Generalitat de Catalunya.

96. Hereta el tutor?

Com es dedueix de la resposta anterior, els tutors i curadors no tenen, per raó del seu càrrec, cap dret en l'herència d'una persona la tutela o curatela de la qual els hagi estat confiada, tret que, pel grau de parentiu, siguin hereus, com hem vist abans.

97. Com se sap qui hereta de la persona amb discapacitat?

Com en el cas de qualsevol altra persona. Aquí no hi ha cap conseqüència de la discapacitat, tret del que comentarem.

En primer lloc, serà hereu qui hagi indicat en el testament el mateix interessat. L'especialitat de la discapacitat és que, sobretot en la intel·lectual, pot ser que no hi hagi capacitat suficient per fer testament.

Si no hi ha testament, seran hereus els parents, en un ordre determinat, com s'ha vist en una pregunta anterior.

La manera d'esbrinar i justificar qui són aquests parents és a través d'un expedient en què s'examina la família i els seus membres, i es determina el dret de cadascú a l'herència. Aspectes tan simples com saber si hi ha fills, quants n'hi ha i qui són, desconeguts fora de l'àmbit notarial, queden així establerts jurídicament. L'expedient es tramita en l'acta de declaració d'hereus abintestat (sense testament), que és un document notarial.

Com que habitualment entre ells hi haurà el tutor o el curador, aquest heretarà, si escau, pel fet de ser parent, però no té cap preferència davant de les altres persones que ocupen una situació com la seva.

98. Què és la llegítima?

Les disposicions que fem en els testaments no són lliures. Hi ha una limitació que es diu "la llegítima".

La llegítima (millor, les llegítimes) és una part de l'herència que ha d'anar a determinats parents, cosa que limita la llibertat de testar de les persones. En el cas de Catalunya, la llegítima suposa la quarta part de la quantitat que resulti del valor dels béns de l'herència en el moment de la defunció del causant. Se'n resten els deutes i les despeses de darrera malaltia i enterrament i s'hi afegeix el valor dels béns que el causant hagi donat durant els 10 anys previs a la seva mort.

Els legitimaris a Catalunya són:

- a) En primer lloc, els descendents, és a dir, els fills del causant, a parts iguals. En el cas que algun dels fills hagi mort abans que el causant o hagi estat desheretat, serà substituït pels seus descendents, és a dir, els nets del causant.
- b) Els ascendents seran legitimaris en absència dels descendents. En aquest cas, només seran legitimaris els progenitors, de manera que, en absència d'ells, aquest dret no es transmetria als avis del causant.

A Catalunya, el cònjuge o parella de fet no té dret a la llegítima: només descendents i ascendents.

99. Com afecta les persones amb discapacitat?

Com a testadores, els afecta en la mateixa forma que als altres. No en poden disposar amb completa llibertat.

Com a beneficiaris de la llegítima (perquè la limitació al testador té els seus beneficiaris, aquests parents) sí que tenen algun benefici, en una figura jurídica molt concreta i, sincerament, no gaire usada. Es diu *substitució fideïcomissària*. Consisteix en la possibilitat de deixar l'herència a una persona i, a la seva defunció, a una altra. És a dir, dos hereus, però de manera successiva.

En el cas de la discapacitat, això és bastant interessant, perquè es podria deixar tota l'herència a un fill amb discapacitat i, quan aquest fill faltés, als seus germans o nebots, o a algun d'ells (a qui s'encarregui de la seva atenció, per exemple). I aquí intervé la llegítima. En la primera crida, cal respectar el que per llei correspon als germans. En la segona, hi ha una part de l'herència deixada al primer a la qual no es poden posar limitacions.

100. És necessari designar hereu en el testament?

Sí, perquè els testaments que no contenen institució d'hereu són nuls, llevat que continguin nomenament de marmessor universal o siguin atorgats per una persona subjecta al dret de Tortosa.

101. Altres possibilitats

Hi ha una possibilitat que tenen els pares o ascendents de persones amb la capacitat modificada judicialment, que és la substitució exemplar.

A través d'aquesta, els pares o ascendents d'una persona amb la capacitat modificada judicialment poden testar en lloc d'aquest descendent, com si es tractés del seu testament. El que fan és instituir un substitut del descendent, per al moment que aquest mori.

La substitució exemplar no comprèn només els béns del testador, sinó també els del descendent, si aquest no ha atorgat testament ni pacte successori.

Respecte a la modificació judicial de la capacitat del descendent, n'hi ha prou que mori tenint la capacitat modificada, encara que en el moment d'atorgar testament el pare o ascendent no estigués modificada la capacitat del descendent.

102. Hi ha altres figures del dret de successions útils per a l'atenció de persones amb discapacitat, de caràcter local?

Hem vist que les qüestions que podia atendre el dret successori en aquesta matèria eren, essencialment, concentrar els béns del patrimoni familiar per a l'atenció de la persona amb discapacitat i establir un sistema de suport per a l'administració a favor seu d'aquest patrimoni.

En els anomenats drets forals, o drets propis de determinades comunitats autònomes, s'utilitzen algunes d'aquestes figures.

Ja s'ha indicat que alguns sistemes de llegítimes permeten concentrar l'herència en algun dels descendents, apartant-ne els altres (llegítimes col·lectives i formals).

103. El comissari

Aquesta figura implica l'atribució a una persona de diverses funcions en relació amb la nostra herència, després de la nostra defunció. La més important és que l'herència no s'haurà de lliurar immediatament als hereus. Pot ordenar-se que sigui administrada per algú altre, per un termini que pot ser el

de tota la seva vida (el cas més habitual, però no l'únic, és que el comissari sigui el vidu). En tindrà l'administració, representarà l'herència sense repartir. Pot també atribuir-se l'usdefruit (l'administració més els rendiments) al mateix comissari o al parent amb discapacitat. I se li pot atribuir la facultat de repartir la nostra herència d'acord amb les nostres instruccions o com consideri oportú.

En combinació amb una llegítima col·lectiva (la que no cal repartir per parts iguals, sinó a qui vulguem dels descendents), és una eina útil per concentrar el patrimoni, per a després de la defunció dels pares, en el fill amb discapacitat, o en el fill que se n'hagi fet càrrec, amb obligacions d'assistència.

Imaginem-nos un matrimoni amb diversos fills, un dels quals té una discapacitat. Sense el comissari, en morir un dels pares, es lliura la seva herència als fills, un dels quals necessitarà en el futur una atenció econòmica. Amb el comissari, s'encarrega al vidu que l'administri, es fixa qui en rep els rendiments (ell mateix o el fill) i la reparteix com vulgui, o fins i tot determina qui rep els dos patrimonis en morir (el del primer mort i el seu). L'atenció econòmica familiar al fill s'ha prolongat fins a la defunció de l'últim dels seus pares. Fins i tot es pot nomenar comissari algú altre (o, en els casos més avançats, una institució), de manera que aquesta atenció es prolongui durant tota la vida de qui la necessita i es lliuri la resta del patrimoni al final als altres descendents.

104. On hi ha comissaris o figures similars?

Està admès a Galícia, però allí només entre cònjuges.

A Catalunya no n'hi ha, però és tradicional la figura del marmessor universal. Té facultats molt àmplies, segons el que hagi ordenat el testador, per a l'administració i representació de l'herència fins al seu lliurament als hereus. S'hi inclouen facultats per vendre els béns que la componen.

A l'Aragó existeix sota la denominació de fidúcia successòria, que podrà ser individual o col·lectiva (per part de diverses persones), centrada en el cònjuge i la família.

A Navarra no n'hi ha, però el caràcter de llegítima formal, és a dir, que no cal deixar res amb contingut econòmic als fills, permet atribuir la figura del comissari al vidu amb facultats molt àmplies, com a propietari de tot.

Al País Basc té totes les facultats que s'han enumerat en els punts anteriors.

105. I en el Codi civil estatal?

La tradició del Codi civil estatal és contrària a aquesta figura, basant-se en un principi general que impedeix que una persona pugui testar per una altra i, en conseqüència, pugui adoptar decisions en l'herència aliena, a més de l'estricta sistema de llegítimes. No obstant això, ha anat evolucionant lentament en aquesta matèria fins a arribar, l'any 2003, a la figura anomenada fidúcia successòria (en el Codi civil estatal, delegació de la facultat de millorar), en què es pot encarregar al vidu (o a l'altre progenitor de fills comuns) l'administració i adjudicació pel termini que es determini, respectant les llegítimes estrictes (la part de l'herència que cal repartir per parts iguals a tots els fills).

106. El pacte successori

Consisteix a organitzar la successió en els nostres béns mitjançant contracte amb aquells que els rebran o amb altres persones, com ara el cònjuge. En comptes del testament, que fa només el testador i que es pot canviar quan vulguem, el pacte successori es negocia amb els successors o amb l'altre titular del patrimoni familiar i no es pot canviar sense la seva intervenció.

Si entre els parents hi ha persones amb discapacitat, se'n pot regular la futura assistència, adjudicant a canvi béns a les persones que se n'encarregaran. I fins i tot, per atendre la nostra possible futura discapacitat, es pot establir que rebi béns la persona que prestarà l'assistència, ara o quan es produeixi la defunció.

El contingut pot ser molt variat. Pot incloure el lliurament actual de béns, o simplement un lliurament quan es produeixi la nostra defunció que, no obstant això, només podrà ser modificat per tothom que va subscriure el pacte. I pot fer-se entre persones amb règims diferents, per exemple, uns bascos amb uns gallecs, sempre que la seva legislació personal (l'autonòmica) ho contempli.

Es regula la possibilitat de fer pactes successoris a Galícia, l'Aragó, les illes d'Eivissa i Formentera, Navarra, el País Basc i Catalunya. En la regulació de Catalunya ens trobem que:

- Es poden atorgar entre cònjuges o entre pares i fills, però també amb el convivent en unió estable de parella i amb certs familiars amb determinat grau de parentiu per consanguinitat o afinitat.
- Perquè siguin vàlids, han d'atorgar-se en escriptura pública.
- Els atorgants d'un pacte successori han d'ésser majors d'edat i gaudir de capacitat d'obrar plena.



EL PATRIMONI PROTEGIT

EL PATRIMONI PROTEGIT

107. Què és?

El patrimoni protegit de les persones amb discapacitat és un conjunt de béns (diners, propietats o drets) destinat, en exclusiva, a la satisfacció de les necessitats vitals d'una persona.

Cal tenir en compte que les persones amb discapacitat tenen les mateixes despeses o més (rehabilitació, logopèdia, cadires, aparells diversos, cuidadors o monitors, cotxes adaptats, etc.) que les altres. I tenen normalment més dificultats per obtenir ingressos. En conseqüència, es va pensar que seria bo arbitrar un procediment per fomentar l'afectació de béns aportats a títol gratuït pel constituent, i també dels seus rendiments, a la satisfacció de les necessitats vitals del beneficiari. La manera de fomentar-ho va ser procurar un benefici fiscal a qui aportés els béns.

El patrimoni protegit és un patrimoni autònom, sense personalitat jurídica, sobre el qual el constituent, l'administrador i el beneficiari no tenen la propietat ni cap altre dret real. Es tracta d'un patrimoni que no té titular (no pertany ni al constituent, ni a l'administrador, ni al beneficiari).

No respon de les obligacions del beneficiari, ni tampoc de les del constituent o de qui hi va fer aportacions.

La finalitat del patrimoni protegit és la satisfacció de les **necessitats vitals** d'una persona, cosa que inclou:

- Tot allò indispensable per al manteniment, l'habitatge, el vestit i l'assistència mèdica de la persona alimentada, i també les despeses per a la formació íntegra.
- Les despeses derivades de fer tot el que calgui per afavorir la recuperació de la capacitat del tutelat i la seva inserció en la societat o, si això no és possible, per prevenir el seu empitjorament i per mitigar les conseqüències de la incapacitat.
- Les despeses derivades de l'adquisició d'aparells tecnològics, la realització de viatges o activitats lúdiques i diversos serveis que en millorin el benestar diari: el logopeda, el fisioterapeuta, els tractaments, les despeses corrents, l'adaptació del cotxe, la cadira de rodes, etc.

108. A favor de qui es pot fer?

Poden ésser beneficiàries de patrimonis protegits:

- a) Les persones amb una discapacitat psíquica igual o superior al 33 per cent.
- b) Les persones amb una discapacitat física o sensorial igual o superior al 65 per cent.

c) Les persones que estan en situació de dependència de grau II o III.

El grau de discapacitat o de dependència s'acredita per mitjà del certificat emès per l'òrgan administratiu competent o per mitjà d'una resolució judicial ferma. Recordem que a Catalunya existeix l'anomenada targeta acreditativa de la discapacitat, la qual té com a finalitat donar testimoni fefaent i acreditar la condició de discapacitat de la persona titular.

109. Qui ho fa?

Poden constituir-lo:

1. El mateix beneficiari o beneficiaris.
2. Tota persona, fins i tot les persones jurídiques (fundacions, empreses...), pot constituir un patrimoni protegit en interès d'una persona amb discapacitat que en pugui ser beneficiària, però, en aquest cas, serà necessària l'acceptació del beneficiari o, si escau, la dels seus representants legals.

110. Com es fa?

Com que es tracta d'una figura en què hi ha interessades persones amb discapacitat i que a més permet deduccions fiscals generoses, la norma exigeix els estàndards de seguretat jurídica més amplis, sense necessitat d'arribar a la intervenció judicial (tan habitual en actuacions sobre discapacitat).

La constitució del patrimoni i les aportacions posteriors que s'hi facin hauran de constar en escriptura pública. Com a mínim, a l'escriptura hi han de constar les dades següents:

- a) El constituent i els beneficiaris, i també les circumstàncies d'aquests que autoritzen la constitució del patrimoni protegit.
- b) L'expressió de la voluntat de constituir un patrimoni protegit i d'afectar els béns que l'integren a la satisfacció de les necessitats vitals dels beneficiaris.
- c) La denominació del patrimoni protegit, que s'ha de fer d'una manera específica, utilitzant l'expressió "patrimoni protegit a favor de", seguida del nom i els cognoms del beneficiari.
- d) La descripció dels béns objecte de l'aportació i de la forma com es fa o es farà.
- e) Les persones designades per administrar el patrimoni protegit, que no poden ésser els beneficiaris.
- f) Les persones davant les quals s'han de retre comptes en cas de conflicte d'interessos.

111. Qui l'administra?

L'administració del patrimoni protegit correspon a la persona física o jurídica designada en l'escriptura pública de constitució, amb una única limitació: la persona beneficiària no pot ésser l'administrador del patrimoni protegit.

Poden ser administradores les fundacions tutelars.

Si la persona designada no vol o no pot acceptar el càrrec d'administrador, o si renuncia a continuar en el càrrec, qualsevol persona interessada o el Ministeri Fiscal poden sol·licitar a l'autoritat judicial el nomenament d'un administrador.

Pot nomenar-se un administrador únic o una pluralitat d'administradors.

En l'exercici de les seves funcions, l'administrador té dret al reemborsament de les despeses i a la indemnització per danys per raó d'aquest exercici a càrrec del patrimoni protegit.

L'administrador pot organitzar assumptes relatius al patrimoni protegit: "té el deure de conservar els béns que l'integren, mantenir-ne la productivitat i aplicar-los a la satisfacció de les necessitats vitals del beneficiari".

112. Qui el controla?

En constituir el patrimoni protegit, es poden designar persones que en supervisin l'administració i es poden adoptar les mesures de control de la gestió de l'administrador que es considerin convenients.

A més, existeix la possibilitat d'intervenció de l'autoritat judicial en tres casos:

- 1) Quan els beneficiaris són menors d'edat o persones amb la capacitat modificada judicialment. En aquest cas, l'autoritat judicial podrà acordar d'ofici les mesures que estimi necessàries per al bon funcionament de l'administració del patrimoni protegit.
- 2) Si s'han de modificar les normes fixades per a l'administració.
- 3) Si és necessari nomenar un administrador perquè la persona designada no vol o no pot acceptar el càrrec, o hi renuncia.

113. Com se supervisa?

La rendició de comptes és el mecanisme de supervisió dels patrimonis protegits. Es fa en dos moments:

- 1) Rendició de comptes anual, durant l'existència del patrimoni: l'administrador ha de retre comptes anualment davant del beneficiari o els seus representants legals i de les persones especialment encarregades de supervisar l'administració del patrimoni.
- 2) Rendició de comptes final: quan s'extingeixi el patrimoni protegit, l'administrador tindrà l'obligació de retre comptes finals de la seva gestió davant de la persona beneficiària o dels seus hereus.

114. Com s'extingeix?

La primera causa és la defunció del beneficiari, i en aquest cas els béns s'integren en la seva herència.

La segona és que el beneficiari deixi de tenir la condició de persona amb discapacitat en els percentatges que vam veure o perdi la situació de dependència. En aquest supòsit, els béns que l'integren passen al seu patrimoni ordinari.

La tercera és la renúncia de tots els beneficiaris.

I la quarta, l'expiració del termini pel qual es va constituir o el compliment d'alguna condició resolutoria establerta en l'escriptura de constitució.

En tots els casos, si l'aportant hagués determinat el destí dels béns quan s'extingeixi el patrimoni, se li donarà aquest destí. Per exemple, es pot determinar que els béns tornin a l'aportant o es reparteixin entre tots els seus germans, no entre aquells que en siguin els hereus.

115. On s'inscriu?

Els béns que integren el patrimoni protegit són inscriptibles en el Registre de la Propietat o en altres registres públics a favor del mateix patrimoni amb la denominació que consta en l'escriptura de constitució.

Així mateix, en el Registre de Nomenaments Tutelars No Testamentaris i de Poders Atorgats en Previsió d'Incapacitat i en el Registre de Patrimonis Protegits s'hi ha d'inscriure la constitució de patrimonis protegits i les seves modificacions.

Els notaris que han autoritzat l'escriptura pública han de transmetre les dades que s'han d'inscriure en aquest registre al Col·legi de Notaris de Catalunya en el termini de tres dies, comptats des de la data de l'autorització del document corresponent.



LA DEPENDÈNCIA

LA DEPENDÈNCIA

116. Per a què serveix la llei de dependència?

A Espanya la llei essencial sobre dependència és la Llei 39/2006, de 14 de desembre, de promoció de l'autonomia personal i atenció a les persones en situació de dependència (d'ara endavant, LAPAD).

Aquesta llei regula els drets a serveis i prestacions de les persones que poden ser-ne beneficiàries amb la finalitat d'aconseguir una millor qualitat de vida i autonomia personal, amb independència del lloc del territori de l'Estat espanyol on resideixin.

117. Qui pot sol·licitar-la?

L'article 5 de la LAPAD estableix que els titulars dels drets són les persones de nacionalitat espanyola que en compleixin els requisits, que essencialment i resumida són, a més de trobar-se en situació de dependència en algun dels graus previstos, residir a Espanya i haver-ho fet durant cinc anys, dels quals dos han de ser immediatament anteriors a la data de presentació de la sol·licitud (per als menors de cinc anys el període de residència s'exigirà a qui n'exerceixi la guarda i custòdia).

L'article 28 de la LAPAD concreta que la sol·licitud la pot registrar tant la persona que pugui estar afectada per algun grau de dependència com qui en tingui la representació. És molt important tenir present que s'ha de registrar davant de l'Administració autonòmica corresponent a la residència de la persona sol·licitant (la resolució tindrà validesa a tot Espanya, encara que en el cas de canvi de residència la comunitat autònoma de destí determinarà, en funció de la seva xarxa de serveis i prestacions, els que corresponguin a la persona en situació de dependència).

118. Quins serveis atorga?

En resum, els serveis tenen caràcter prioritari i han de ser prestats a través de l'oferta pública de la Xarxa de Serveis Socials per les respectives comunitats autònomes mitjançant centres i serveis públics o privats concertats degudament acreditats i, si no és possible l'atenció mitjançant algun d'aquests serveis, s'incorporarà la prestació econòmica vinculada (de caràcter personal), que ha d'estar, en tot cas, vinculada a l'adquisició d'un servei. Excepcionalment, la persona beneficiària pot rebre una prestació econòmica per ser atesa per cuidadors no professionals, però sempre que es donin condicions adequades de convivència i d'habitabilitat de l'habitatge i així ho estableixi el seu Programa Individual d'Atenció (PIA).

A més, existeix la prestació econòmica d'assistència personal, que té com a finalitat la promoció de l'autonomia de les persones en situació de dependència, en qualsevol dels graus. El seu objectiu és contribuir a la contractació d'una assistència personal, durant un determinat nombre d'hores, que faciliti al beneficiari l'accés a l'educació i al treball, així com una vida més autònoma en l'exercici de les activitats bàsiques de la vida diària.

Les prestacions econòmiques establertes en la LAPAD són inembargables (excepte per al supòsit previst a l'article 608 de la Llei d'enjudiciament civil, sobre obligacions d'aliments reconegudes en sentència, en els casos de separació o divorci, o en els convenis reguladors).

119. Cotitza directament l'IMSERSO a la Seguretat Social per les persones cuidadores no professionals de les persones en situació de dependència?

Actualment, des de l'1 d'abril de 2019, tenen dret a sol·licitar davant la Tresoreria General de la Seguretat Social la subscripció d'un conveni especial en el Sistema de la Seguretat Social (Règim General de la Seguretat Social i en situació assimilada a l'alta). Les quotes a la Seguretat Social i per Formació Professional establertes cada any seran abonades conjuntament i directa per l'Institut de Gent Gran i Serveis Socials (IMSERSO) a la Tresoreria General de la Seguretat Social. No cal l'acreditació de període de cotització previ.

L'acció protectora és a l'efecte de les prestacions de jubilació i d'incapacitat permanent i mort i supervivència, derivades d'accident, qualsevol que sigui el seu caràcter, o de malaltia, amb independència de la seva naturalesa.

120. Com es valora?

L'article 27 de la LAPAD estableix que els graus de dependència, a l'efecte de la seva valoració, s'han de determinar mitjançant l'aplicació d'un barem que actualment recull el Reial decret 174/2011, d'11 de febrer, pel qual s'aprova el barem de valoració de la situació de dependència (BVD), vigent des del 18 de febrer de 2012.

El barem valora la capacitat de la persona per dur a terme per si mateixa les activitats bàsiques de la vida diària, així com la necessitat de suport i supervisió per a la seva realització en el cas de les persones amb discapacitat intel·lectual o amb malaltia mental.

121. Quins graus té?

L'article 26 de la LAPAD estableix que la situació de dependència es classifica en tres graus: I (dependència moderada), II (dependència severa) i III (gran dependència).

El significat que determina la llei és el següent:

- Grau I. Dependència moderada:** quan la persona necessita ajuda per fer diverses activitats bàsiques de la vida diària, almenys una vegada al dia, o té necessitats de suport intermitent o limitat per a la seva autonomia personal.
- Grau II. Dependència severa:** quan la persona necessita ajuda per fer diverses activitats bàsiques de la vida diària dues o tres vegades al dia, però no requereix el suport permanent d'un cuidador o té necessitats de suport extens per a la seva autonomia personal.

- Grau III. Gran dependència:** quan la persona necessita ajuda per fer diverses activitats bàsiques de la vida diària diverses vegades al dia i, per la seva pèrdua total d'autonomia física, mental, intel·lectual o sensorial, necessita el suport indispensable i continu d'una altra persona o té necessitats de suport generalitzat per a la seva autonomia personal.

122. S'identifica amb la discapacitat o la modificació de la capacitat?

La legislació sobre dependència es fixa en les ajudes que pot necessitar una persona per a les activitats de la seva vida ordinària, com es veu en la pregunta anterior. Serà causada per una discapacitat.

Ara bé, en relació amb la necessitat de modificació de la capacitat, vegem el següent exemple: Stephen Hawking tenia necessitat de suports per a la seva vida ordinària, prestats per persones, màquines i programes informàtics. Entra dins dels graus de dependència. Ara bé, necessitava que es modificqués la seva capacitat per contractar la publicació dels seus llibres, l'organització de les seves conferències, la seva feina a la universitat i altres actuacions economicojurídiques? És evident que no: ho feia bé ell sol, amb suports no jurídics. Una alta dependència no significa ni implica una modificació de la capacitat. Si delega en algú altre per a aquests aspectes, és basant-se en la seva capacitat (amb poders), però no en la falta d'ella (amb modificacions judicials).

123. És revisable?

El grau de dependència és revisable, a instàncies de l'interessat, dels seus representants i fins i tot d'ofici per les administracions públiques competents, per causes de millora o empitjorament de la situació de dependència o per error de diagnòstic o en l'aplicació del barem corresponent.

El programa individual d'atenció (PIA) ha de ser revisat a instàncies de l'interessat i dels seus representants legals. I també d'ofici, en la forma que determini i amb la periodicitat que prevegi la normativa de les comunitats autònomes o amb motiu del canvi de residència a una altra comunitat autònoma.

124. Si un familiar es queda part de la prestació de la dependència i no la destina al benestar de la persona amb dependència, seria un delicte castigat en el Codi penal?

A partir de l'1 de juliol de 2015, ja es pot registrar, en tot cas, una denúncia o querrela per un delicte d'apropiació indeguda, administració deslleial o estafa contra aquest familiar. Si es prova que es va abusar de la vulnerabilitat de la víctima, ja sigui per raó d'edat o per tractar-se d'una persona amb discapacitat (art. 268.1 del Codi penal), podria ser castigat penalment (a més de ser condemnat a indemnitzar amb la devolució amb interessos de les quantitats apropiades il·lícitament via responsabilitat civil).

D'INTERNAMENTS I TRACTAMENTS MÈDICS

D'INTERNAMENTS I TRACTAMENTS MÈDICS

125. Què és l'internament no voluntari?

S'entén per ingrés no voluntari aquell que es fa sense que la persona afectada estigui en condicions d'entendre el que suposa i, per tant, de prestar el seu consentiment lliure i informat. Com que ens trobem davant una privació de llibertat, el nostre dret exigeix que un jutge el controli d'acord amb l'article 17 de la Constitució.

126. Per a què serveix?

Hi ha una sèrie de situacions en què pot ser necessari un internament, per exemple, quan hi ha un risc per a la integritat del malalt o de les persones que l'envolten: risc d'autoagressions, risc d'heteroagressivitat, pèrdua o disminució greu de l'autonomia personal amb incapacitat per cuidar de si mateix. Cal tenir en compte també la situació sociofamiliar de la persona afectada.

La seva principal utilitat és protegir una persona en una situació de vulnerabilitat. En uns casos buscarà compensar la situació d'una persona amb malaltia mental descompensada; en uns altres, els anomenats assistencials, dotar la persona d'una atenció sociosanitària permanent que li permeti portar endavant una vida digna que no es pot obtenir d'una altra forma menys onerosa. Això significa que l'internament ha de ser proporcional a la situació.

127. Quan es pot sol·licitar l'internament d'una persona?

Poden ser internades les persones que tinguin una malaltia o deficiència de caràcter psíquic "que afecti la capacitat de decidir-ho per si mateixes". Perquè aquestes persones que no poden prendre una decisió per si mateixes siguin ingressades contra la seva voluntat o sense el seu consentiment, no n'hi ha prou amb el consentiment dels pares o tutors, sinó que ho ha de decidir un jutge en substitució de la seva voluntat.

En l'internament ordinari dels menors d'edat, aquests han d'ingressar "en un establiment de salut mental adequat a la seva edat, amb informe previ dels serveis d'assistència al menor" (art. 763.2 LEC). En l'internament ordinari de les persones amb capacitat modificada judicialment, el tutor necessita autorització judicial "per internar el tutelat en un establiment de salut mental o d'educació o formació especial" (art. 271.1 CC).

128. Qui el pot ordenar?

L'ingrés no voluntari és una decisió mèdica o medicosocial. En el cas de l'internament no voluntari urgent, qui el decideix en primera instància és el metge, que té "l'obligació", després del judici clínic corresponent, d'adoptar la mesura.

En relació amb l'internament no voluntari ordinari, qui l'autoritza prèviament és el jutge del lloc on resideix el malalt (art. 763.1 LEC), a petició o impuls de la família o dels serveis socials. Pot donar-se, fins i tot, el cas que posteriorment l'especialista del centre rebutgi l'internament en no considerar-lo indicat.

El jutge, per tant, en el camp civil no ordena l'internament (sí que ho fa en el penal). El que el jutge fa és valorar la necessitat de l'internament en benefici de la persona afectada i, si així ho considera, en substitueix el consentiment en no poder fer-ho ella. El jutge no ordena, només substitueix i autoritza.

La nostra llei preveu dos procediments de control judicial dels ingressos no voluntaris, segons si l'ingrés és urgent o no.

129. Control judicial posterior quan l'ingrés sigui urgent

L'ingrés urgent tindrà lloc quan les circumstàncies del cas desaconsellin demorar-lo en benefici de la persona que es troba en una situació crítica de desemparament o en descompensació psiquiàtrica. Per fer-ho:

1r El treballador social ha d'elaborar un informe social amb totes les dades que estiguin en el seu poder, explicant les circumstàncies en què la persona desenvolupa la seva vida.

2n Amb aquest informe el treballador social s'ha d'adreçar al metge que correspongui (normalment el del seu centre de salut o l'especialista en salut mental si en fos pacient, etc.) per sol·licitar una intervenció sanitària, limitada en principi a l'examen i reconeixement de la persona.

El metge té el deure d'atendre aquest requeriment i dur a terme la intervenció sanitària en un termini de temps raonable. La negativa injustificada del metge a atendre el requeriment i fer la intervenció sanitària, quan se'n derivi un risc greu per a la salut de les persones, pot constituir un delictes d'omissió del deure de prestar assistència sanitària previst a l'article 198 del Codi penal.

3r El metge ha d'examinar la persona en el lloc on aquesta es trobi i donar resposta a quatre preguntes:

- Primera: Si pateix algun trastorn psíquic.
- Segona: Si la solució més aconsellable per a la seva atenció i tractament, ateses les circumstàncies en què es desenvolupa la seva vida, és un ingrés assistencial o bé cal un ingrés hospitalari previ.
- Tercera: Si la persona (encara que manifesti obertament la seva oposició) està o no en condicions de decidir per si mateixa sobre l'ingrés.
- Quarta: Si la situació requereix una actuació urgent.

En el cas que el metge apreciï que l'ingrés és necessari i urgent, ha d'estendre un document en el qual expressi la necessitat de procedir a l'ingrés de manera urgent i facilitar els mitjans per fer-ho (p. ex., ambulància) per les raons assenyalades anteriorment.

4t Una vegada en possessió d'aquest document, el treballador social ha de procedir, si escau, a l'ingrés hospitalari previ i a posar els fets en coneixement de la delegació territorial competent en matèria afers socials, pel mitjà més ràpid, per sol·licitar que amb caràcter prioritari i urgent es faciliti una plaça assistencial adequada al perfil de la persona.

5è Una vegada concedida la plaça s'ha de procedir a recollir la persona en el lloc on es trobi i a traslladar-la fins al recurs concedit, amb l'auxili de les forces d'ordre públic si és necessari.

6è Un cop fet el trasllat i l'ingrés, el director de la residència, al més aviat possible i, en tot cas, en un termini no superior a 24 hores, ha de comunicar l'ingrés al jutjat de primera instància de guàrdia que correspongui a la localitat on es troba el recurs.

7è Tan bon punt el jutjat té coneixement de l'ingrés, s'incoa un expedient d'aprovació d'internament urgent en el qual, com a mínim, s'han de practicar les proves següents:

a) Examen de la persona fet per un metge diferent del que hagi indicat l'ingrés (normalment el metge forense del jutjat).

b) Reconeixement personal fet pel jutge.

c) Informe del fiscal.

8è Un cop concloses les proves, el jutge ha de dictar una resolució que pot tenir el contingut següent:

a) Aprovar l'ingrés fet per estimar que estava justificat. La ratificació no és per sempre i la continuïtat de la mesura ha de ser prorrogada, i així controlada, per resolucions judicials periòdiques.

b) Declarar que la persona té capacitat suficient per decidir per si mateixa i que, en conseqüència, cal procedir segons la seva voluntat.

c) No aprovar l'ingrés per estimar que no es troba justificat.

130. I si l'afectat no consent l'internament?

Pot passar que la persona es trobi en el seu domicili i no vulgui obrir la porta o s'oposi al trasllat. Normalment el dispositiu sanitari encarregat de fer el trasllat podrà solucionar per si mateix la situació, sempre colpidora, de treure una persona del seu domicili. En aquests casos, si totes les iniciatives de persuasió fracassen, es pot sol·licitar l'auxili de les forces de seguretat i dels bombers per entrar en el domicili sense comptar, encara, amb l'autorització judicial d'ingrés no voluntari.

Les forces de seguretat, en aquests casos, no actuen prevenint o perseguint un delictes, sinó complint la seva obligació de prestar auxili i col·laboració als ciutadans en supòsits de greu necessitat. Si es

neguen injustificadament a fer-ho, assenyalant que no tenen autorització judicial, que la persona no ha comès cap delictes, o qualsevol altra objecció mancada de suport legal, poden incórrer en un delictes de denegació d'auxili previst a l'article 412-3r paràgraf últim del Codi penal.

131. Quan no calgui una actuació urgent

Quan no és urgent, també està subjecte a control judicial, però aquest ha de ser previ a l'internament.

Un ingrés no és urgent quan les circumstàncies del cas permeten demorar-lo sense que suposi un perjudici greu per a la persona. En aquests supòsits l'actuació és semblant en el seu inici al cas d'internament urgent:

1r Correspon al treballador social:

- a) Elaborar l'informe social.
- b) Sol·licitar al metge que examini la persona i estengui l'informe corresponent.
- c) Sol·licitar plaça a la delegació competent en matèria d'afers socials.

2n Amb aquesta documentació, el treballador social pot fer dues coses:

- a) Remetre-la directament al jutjat competent per sol·licitar autorització judicial per a l'ingrés.
- b) Remetre-la a la Fiscalia, a la secció de protecció de persones amb discapacitat, que ha de sol·licitar al jutjat l'autorització judicial de l'ingrés un cop complerts els tràmits previstos a l'article 763 de la Llei d'enjudiciament civil (LEC). Aquesta és una via més lenta que s'ha de reservar per als casos més complexos o dubtosos.

3r Rebuda la petició en el jutjat, s'incoa un expedient d'autorització d'internament no voluntari ordinar (no urgent) i es procedeix a la pràctica de les diligències de prova (art. 763 LEC).

- a) Examen de la persona fet pel mèdic forense del jutjat.
- b) Reconeixement personal fet pel jutge.
En el cas que la persona no pugui acudir o ser traslladada a la clínica forense o al jutjat, la comissió judicial es traslladarà al lloc on es trobi.
- c) Informe del fiscal.

4t Una vegada concloses les proves, el jutge ha de dictar una resolució que pot tenir el contingut següent:

- a) Autoritzar l'ingrés per estimar que està justificat, establir la necessitat d'informes periòdics per part del recurs assistencial i advertir sobre la possible col·laboració de les forces de seguretat.
- b) No autoritzar l'ingrés per estimar que no es troba justificat.
- c) Declarar que la persona té capacitat suficient per decidir per si mateixa i que, en conseqüència, s'ha de procedir segons la seva voluntat.

132. Què ha d'establir la resolució judicial?

La resolució judicial (interlocutòria) no ha d'indicar el centre assistencial o hospital concret on la persona ha de ser ingressada, perquè aquesta és una decisió que correspon als organismes socio-sanitaris competents.

En tot moment cal tenir present que no es tracta d'un ingrés urgent de caràcter psiquiàtric, perquè llavors seria responsabilitat del metge del lloc, sinó d'un ingrés de caràcter assistencial, però que en ser igualment no voluntari es regeix pels mateixos preceptes per tal que la persona amb discapacitat tingui les mateixes garanties.

Els treballadors socials necessiten autorització perquè la pretensió és limitar un dret fonamental (la llibertat d'una persona), encara que sigui en el seu benefici. De fet, no estem davant d'un internament judicial, sinó davant del control judicial d'un internament. D'altra banda, es tracta d'una autorització i no d'un ordre, però amb l'autorització, a més de l'ingrés, podem obtenir també l'ajuda de les forces de seguretat i ordre públic per al trasllat.

Aquesta pràctica és comuna en casos molt greus de desemparament, quan és ja l'única mesura possible i l'última perquè s'han esgotat totes les intervencions familiars i comunitàries possibles.

Els treballadors socials no obtenen aquestes resolucions (interlocutòries) perquè estiguin legitimats a sol·licitar-les (l'article 763 LEC no esmenta aquest aspecte), ni tan sols per analogia, perquè estiguin inclosos entre els qui tenen legitimació activa per promoure una modificació que, com a figura de protecció, s'hi podria assemblar, sinó que hi estan facultats perquè qualsevol persona pot posar en coneixement del jutjat i/o del fiscal una situació de desemparament i, coneixent-la, aquests han d'actuar protegint la persona (art. 762 LEC).

És evident que la petició ha d'anar acompanyada d'un informe social i d'un informe mèdic, i també, si pot ser, de la identificació del centre on s'ingressarà la persona si és plaça privada o, almenys, el perfil del recurs assistencial que presumiblement concedirà l'administració autonòmica.

Fins i tot es podria obtenir una autorització fonamentant la petició en l'article 158.4 del Codi civil estatal (mesures urgents previstes per als menors d'edat, però aplicables també a persones amb discapacitat, amb independència del procés de modificació de la capacitat), on trobem un sistema ampli de legitimació. Es tracta, a més, d'un article on podem trobar encaix per pal·liar moltes altres situacions de desemparament, sempre que, si queda la necessitat ben descrita i fonamentada, el treballador social ofereixi dades de la intervenció per a la qual sol·licita l'autorització.

Per un camí o un altre, només un jutge pot autoritzar aquesta mesura i només un fiscal s'hi pot oposar, però és el treballador social qui coneix més bé els recursos i els procediments de l'àmbit social i sanitari, per la qual cosa és important oferir al jurista tantes dades com siguin necessàries i suficients per dictar una resolució adequada al cas.

Com que no és imprescindible fer-ho a través del Ministeri Fiscal, ja que això endarrerix la resolució, la remissió al fiscal s'ha de reservar per als casos més complexos o dubtosos, quan no sigui clara la concurrència de causes suficients per a l'ingrés no voluntari. D'altra banda, els juristes no han d'oblidar que els treballadors socials sempre haurien de rebre una resposta per escrit, sigui quin sigui el sentit de la resolució.

133. L'internament com a mesura cautelar

L'internament no voluntari també pot ser fet com una mesura cautelar dins del procediment de modificació de la capacitat per la via de l'article 762 de la LEC, en virtut de la qual, si arriba al jutge o al fiscal el coneixement d'una situació de desemparament, aquests han d'actuar protegint la persona.

És evident que la petició ha d'anar acompanyada d'un informe social i d'un informe mèdic, i també, si pot ser, de la identificació del centre on s'ingressarà la persona si és plaça privada o, almenys, el perfil del recurs assistencial que presumiblement li concediran.

Fins i tot es podria obtenir una autorització fonamentant la petició en l'article 158.6 del Codi civil estatal, on trobem un sistema ampli de legitimació (pel qual, fins i tot, els treballadors socials poden posar-ho en coneixement del jutge) i de possibles mesures a adoptar.

En realitat, més que davant mesures cautelars pròpiament dites, estem davant mesures de protecció, que es basen en els principis de flexibilitat i diversificació de respostes, ja que les mesures que es poden adoptar són innominades, posseeixen una notòria amplitud i qualsevol pot ser necessària per a l'adequada protecció de la persona amb discapacitat o del seu patrimoni.

En aquest cas les mesures que s'han d'adoptar no es troben necessàriament vinculades a un procés i no cal la incoació del procediment, sinó que n'hi ha prou que el jutge tingui coneixement d'una suposada causa de manca de protecció. El seu camp d'actuació entenem que és més ampli que el d'assegurar l'efectivitat d'una sentència de modificació de la capacitat, i per tant no són necessàriament accessòries a un procediment de modificació de capacitat com succeeix amb les que es basen en els articles 158 i 216 CC.

El motiu principal que ha de portar el jutge a l'adopció d'aquestes mesures és la situació d'amenaça i desvaliment de la persona amb discapacitat. Per això, aquí no són aplicables del tot les teories clàssiques, segons les quals les mesures cautelars es fixen en previsió de la futura execució de la sentència, o una de més oberta, segons la qual serveixen per assegurar l'efectivitat de la sentència. Ens trobem davant unes mesures provisionals de protecció, més que no davant unes mesures pròpiament cautelars.

134. Quina durada tenen les mesures cautelars?

Un cop adoptades les mesures cautelars amb caràcter previ al procediment de modificació de la capacitat, es debat si deixen de tenir vigor en el termini de vint dies assenyalat en l'article 730-2n LEC, si no es presenta la demanda corresponent. Nosaltres entenem que aquest precepte no és aplicable al cas que analitzem, ja que l'article 762 LEC té un caràcter especial i preval sobre el règim general de les mesures cautelars. Si les mesures s'han adoptat en benefici de la persona amb discapacitat, no poden perdre vigència mentre no quedi acreditat que han desaparegut les causes que van motivar-ne l'establiment.

Cal afegir, a més, que no és obligatori presentar la demanda pel fet que s'hagin adoptat les mesures cautelars. Pot passar, només a títol d'exemple, que la mesura provoqui la recuperació de la capacitat (cosa que pot succeir a través de l'internament no voluntari) o que l'acció protectora s'hagi esgotat amb la mesura adoptada (autorització per a intervenció quirúrgica) sense que en calgui cap altra.

Ara bé, el que no és possible és mantenir indefinidament la mesura protectora per aquesta via prèvia, per la qual cosa entenem que cal fixar un termini limitat per a la revisió de la mesura, de manera anàloga als sis mesos que estableix l'article 763 per a l'internament.

135. Com s'actua en casos de tractaments mèdics i persones amb discapacitat?

La Llei 41/2002, de 14 de novembre, bàsica reguladora de l'autonomia del pacient i de drets i obligacions en matèria d'informació i documentació clínica, expressa que tots els pacients tenen dret a conèixer, amb motiu de qualsevol actuació en l'àmbit de la seva salut, tota la informació disponible sobre aquesta, tret dels supòsits exceptuats per la llei. A més, tota persona té dret que es respecti la seva voluntat de no ser informada. La informació, que com a regla general s'ha de proporcionar verbalment, deixant-ne constància en la història clínica, comprèn, com a mínim, la finalitat i la naturalesa de cada intervenció, els riscos i les conseqüències.

També han de ser informades les persones vinculades al pacient, per raons familiars o de relació de fet, en la mesura que ho permeti de manera expressa o tàcita. El pacient ha de ser informat, fins i tot en el cas de tenir modificada judicialment la capacitat, de manera adequada a les seves possibilitats de comprensió, i s'ha de complir el deure d'informar també el seu representant legal.

A través del consentiment informat el pacient manifesta de manera lliure, voluntària i conscient la seva conformitat perquè es faci en la seva persona un procediment diagnòstic o un tractament terapèutic que comporta riscos inevitables d'importància. El pacient ha de rebre prèviament informació precisa sobre el procediment, els riscos que comporta, les possibles alternatives terapèutiques i assistencials i les conseqüències que se'n deriven.

En el cas que, a criteri del metge, la persona no tingui capacitat natural per prestar aquest consentiment, entra en joc l'anomenat consentiment per representació. El consentiment per representació és el que presta una persona diferent d'aquella sobre l'àmbit de salut de la qual s'ha d'actuar, i s'ha de sol·licitar en els casos en què el pacient, a criteri del metge responsable de l'assistència, no sigui capaç de prendre decisions, o quan el seu estat físic o psíquic no li permeti fer-se càrrec de la seva situació, quan el pacient estigui subjecte a modificació judicial de capacitat, o si és menor d'edat o no és capaç intel·lectualment ni emocional de comprendre l'abast de la intervenció.

En el mateix sentit exposat que respecte al consentiment informat atorgat per representació, la persona amb la capacitat modificada de manera total no pot signar per si mateixa l'alta voluntària com a pacient, sinó que es requereix la signatura del seu representant legal (tutor). Cal en qualsevol cas que la sol·licitud d'alta mèdica voluntària la demani el pacient en ple ús de les seves facultats, amb capacitat plena, per a la qual cosa és necessari que la persona no tingui la capacitat modificada per sentència judicial o, si escau, que tingui capacitat de fet o competència per decidir.

En el cas que no s'accepti el tractament prescrit, la Llei 41/2002 d'autonomia del pacient permet que es pugui proposar al pacient o usuari la signatura de l'alta voluntària. Si no la signa, la direcció del centre sanitari, a proposta del metge responsable, pot decidir l'alta forçosa. El fet de no acceptar el tractament prescrit no ha de donar lloc a l'alta forçosa quan hi hagi tractaments alternatius, encara que tinguin caràcter pal·liatiu, sempre que els presti el centre sanitari i el pacient accepti rebre'ls. Aquestes circumstàncies han de quedar documentades degudament.

En el cas que el pacient no accepti l'alta, la direcció del centre, després de comprovar l'informe clínic corresponent, ha d'oïr el pacient i, si persisteix en la negativa, ho ha de posar en coneixement del jutge perquè confirmi o revoqui la decisió.

136. Com es pot actuar davant la negativa a un tractament mèdic?

Si la persona amb capacitat modificada es nega a rebre un tractament mèdic fins i tot en contra de l'opinió del seu representant legal, la validesa dependrà del que determini la sentència de modificació de la capacitat. En el cas que no s'hi especifiqui res referent a això, passa a dependre del criteri mèdic sobre la capacitat natural de la persona amb discapacitat, entesa com a capacitat de judici i discerniment suficients per entendre el que suposa el tractament mèdic, ja que estem davant actes que afecten drets de la personalitat i, per tant, no poden sostreure's de la seva voluntat.

Si la sentència no diu res i el metge no aprecia una falta de capacitat natural suficient per entendre el que suposa el tractament mèdic, s'ha de respectar la voluntat de la persona amb discapacitat.

Si la sentència no diu res, però el metge dubta de la capacitat natural de l'afectat per entendre el tractament mèdic, sembla raonable que ho decideixi el jutge per iniciativa directa de la persona afectada per les mesures de suport, del metge o del Ministeri Fiscal.

Si la sentència no diu res i el metge aprecia sense cap mena de dubte la manca de capacitat natural en la persona amb discapacitat per entendre el que suposa el tractament mèdic, entra en joc el que estableix l'article 5.3 de la Llei d'autonomia del pacient, que indica: "Quan el pacient, segons el criteri del metge que l'assisteix, no tingui capacitat per entendre la informació a causa de l'estat físic o psíquic, la informació s'ha de posar en coneixement de les persones que hi estan vinculades per raons familiars o de fet". Aquí és aplicable l'article 9.3.b) de la Llei d'autonomia del pacient, que permet el consentiment atorgat per representació de la persona amb capacitat modificada.

En el cas d'oposició dels pares o tutors (que no actuen en representació de la persona amb discapacitat, sinó en compliment de l'obligació de vetllar per ella establerta a l'article 269 del Codi civil) a tractaments necessaris o impossibles d'ajornar, ha de ser el metge qui n'informi l'autoritat judicial perquè aquesta decideixi, amb excepció dels casos d'urgència vital o d'afectació greu a la salut, en què el metge ha d'actuar conforme al seu criteri i coneixements.

En el cas que la persona amb capacitat modificada no tingui ningú que pugui prestar el consentiment al tractament mèdic amb la celeritat necessària, els metges han d'actuar conforme al codi d'ètica i deontologia mèdica, que indica que si el malalt no està en condicions de donar el seu consentiment perquè és menor d'edat, té la capacitat modificada judicialment, o per la urgència de la situació, i resulta impossible obtenir-lo de la família o el representant legal, el metge ha de prestar les cures que li dicti la seva consciència professional.



INFLUÈNCIA DE LA DISCAPACITAT EN LA RESPONSABILITAT PENAL

INFLUÈNCIA DE LA DISCAPACITAT EN LA RESPONSABILITAT PENAL

137. Com influeix la discapacitat en la responsabilitat penal?

La responsabilitat penal és una conseqüència jurídica (la responsabilitat civil n'és una altra) de la comissió d'una infracció criminal. És important destacar que l'article 25 del Codi penal estableix que a efectes penals s'entén per discapacitat aquella situació en què es troba una persona amb deficiències físiques, mentals, intel·lectuals o sensorials de caràcter permanent que, en interactuar amb diverses barreres, poden limitar o impedir la seva participació plena i efectiva en la societat, en igualtat de condicions amb les altres persones.

Així mateix, a l'efecte d'aquest codi, s'ha d'entendre per persona amb discapacitat necessitada de protecció especial la persona amb discapacitat que, tant si té modificada judicialment la capacitat d'obrar com si no, necessita assistència o suport per a l'exercici de la seva capacitat jurídica i per a la presa de decisions respecte de la seva persona, dels seus drets o interessos a causa de les seves deficiències intel·lectuals o mentals de caràcter permanent.

En principi la comissió d'una infracció penal comporta sempre la imposició d'una pena a l'autor. Ara bé, el que el jutge ha de determinar és si aquesta persona comprèn la il·legalitat de la infracció o si és conscient d'aquesta il·legalitat, perquè si determina que la persona no ha pogut controlar ni evitar la comissió de la infracció, aquesta persona no té responsabilitat penal o aquesta responsabilitat s'atenua segons el grau d'afectació patit.

En aquest sentit es té en compte el concepte d'inimputabilitat, és a dir, s'ha de determinar si la persona és incapaç de conèixer el significat antijurídic del seu comportament o de poder orientar la seva conducta conforme a aquest coneixement; en aquest cas estem davant l'absència de culpabilitat, és a dir, davant la falta de la capacitat per ser culpable de la infracció criminal.

138. Què es pot fer davant comportaments antijurídics de persones inimputables?

En aquests casos, el jutge pot acordar l'aplicació d'una mesura de seguretat. En atenció a la intensitat dels efectes psicològics de l'alteració psíquica, el Codi penal estableix diverses conseqüències: cas de falta total de capacitat (aplicació dels eximents dels articles 20.1 i 20.3 del CP, segons el supòsit); si no és total però sí que la limita considerablement (s'aprecia l'eximent incomplet de l'article 21.1 del CP); i si hi ha una intensitat menor en la inimputabilitat per la seva incidència menor (s'aplica l'atenuant anàleg de l'article 20.6 del CP).

Això comporta efectes diferents a l'hora d'imposar o no pena i mesura de seguretat: exempció de pena i possibilitat de mesura de seguretat en el primer cas; atenuació privilegiada de pena i possibilitat de mesura de seguretat en el segon; només atenuació de pena en el tercer. Encara que el Codi penal semblava que no ho establís, el Tribunal Suprem ha admès també, en aquest cas, la possible aplicació d'alguna mesura de seguretat.

139. Quins tipus de mesures de seguretat hi ha?

Les mesures de seguretat poden ser de dos tipus:

1. Mesures de seguretat privatives de llibertat, com l'internament per a tractament mèdic o educació especial en un establiment adequat a la malaltia patida.
2. Mesures de seguretat no privatives de llibertat. El Codi penal contempla un ampli ventall de mesures, entre les quals destaquen el tractament mèdic extern en centres mèdics o establiments de caràcter sociosanitari, l'obligació de residir en un lloc determinat, el sotmetiment a custòdia familiar, la prohibició d'anar a determinats llocs o visitar establiments de begudes alcohòliques, sotmetiment a programes de tipus formatiu, d'educació sexual, etc.

La durada de les mesures és variable, ja que durant l'execució d'aquestes el jutge, mitjançant un procediment contradictori en què s'han de valorar els informes dels facultatius i altres professionals que assisteixen la persona sotmesa a la mesura, pot:

- Substituir la mesura acordada per una altra que estimi més adequada.
- Deixar en suspens l'execució de la mesura en atenció al resultat ja obtingut, si bé la suspensió ha de quedar condicionada al fet que no torni a delinquir.
- Acordar el cessament de la mesura de seguretat imposada quan desaparegui la perillositat criminal de la persona que hi està sotmesa.

En el cas de la mesura d'internament, com a mesura privativa de llibertat, s'estableix legalment la limitació que l'internament no pot excedir de l'extensió màxima de presó que es podria haver imposat si no s'hagués aplicat l'eximent.

140. I la persona amb discapacitat com a víctima?

En el cas de la persona amb discapacitat víctima d'un delicte, el Codi penal crea agreujants específics, com ara que el delicte es cometi per motius racistes, antisemites o una altra classe de discriminació referent a la ideologia, religió o creences de la víctima, l'ètnia, raça o nació a la qual pertanyi, el seu sexe, orientació o identitat sexual, raons de gènere, la malaltia que pateixi o la seva discapacitat.

Finalment, hi ha alguns tipus penals específics que contemplen la discapacitat i que fan referència a l'abandó de la persona amb discapacitat o a la comissió d'altres delictes aprofitant la situació de vulnerabilitat de la persona amb discapacitat.





 Fundació "la Caixa"

 *Fundación*
Aequitas