



MÁS DE
100

**PREGUNTAS
ACERCA DE LA
DISCAPACIDAD
GUÍA JURÍDICA BÁSICA**

**VERSIÓN CORRESPONDIENTE A LA
LEGISLACIÓN CATALANA**

ADAPTADA AL DECRETO LEY 19/2021

**MÁS DE
100
PREGUNTAS
SOBRE LA
DISCAPACIDAD
GUÍA JURÍDICA BÁSICA**
Versión correspondiente a la
legislación catalana
Adaptada al Decreto Ley 19/2021

Redactores:

Aida Lozano Pascual. Fiscal
Cristóbal Fábrega Ruiz. Fiscal
David Mendoza Moreno. Abogado, juez sustituto
Francisco González Ruiz. Abogado
Fundación Tutelar Kyrios
María del Carmen Velasco Ramírez. Notaria
Manuel Lora-Tamayo Villacieros. Notario
Manuel María Rueda Díaz de Rábago. Notario

Coordinador:

Manuel María Rueda Díaz de Rábago
Director de la Sección Jurídica de la Fundación Aequitas

Edición de contenidos: Aequitas © de la Edición Fundación "la Caixa".
Depósito legal 4119-2021. Edición actualizada 2022.
Primera edición mayo 2021

En 1999, el Consejo General del Notariado, en el marco de la política dirigida a potenciar al máximo la utilidad social de este colectivo de profesionales, acordó la creación de la Fundación Aequitas. La reflexión que motivó dicha decisión fue la siguiente: el notario, en el ejercicio de su función, está íntimamente vinculado a **los derechos de la persona y al bienestar de las familias y debe colaborar en dar soluciones jurídicas a los problemas de las personas más vulnerables.**

El colectivo notarial, integrado en España por unos tres mil profesionales altamente cualificados en derecho privado, que en el ejercicio de su función están en contacto directo con la realidad, con las personas y con las familias, debía hallarse en condiciones de prestar un buen servicio a la sociedad.

La Fundación Aequitas es, por tanto, la respuesta del notariado a la situación de indefensión en que se encuentran los sectores más desfavorecidos de nuestra sociedad. Creo que en estos más de veinte años de trabajo hemos demostrado nuestro compromiso con hechos y hemos conseguido asentar una **enorme plataforma solidaria** integrada no solo por los tres mil notarios de España, sino también por una gran cantidad de profesionales de distintos ámbitos, tanto del derecho como ajenos a él. Por consiguiente, estamos en condiciones de prestar un buen servicio a la sociedad en una materia tan importante para todos los ciudadanos, cualquiera que sea su condición e ideología, como es la defensa y protección de los derechos de las personas y, muy especialmente, de aquellas que se encuentran en una situación deficitaria en cuanto a asesoramiento e información.

Esta guía básica que hoy presentamos es fruto del trabajo de esta plataforma solidaria. Por ello, permítanme que transmita mi **agradecimiento especial** a todas las personas que han dedicado su tiempo a responder de forma sencilla estas Más de 100 preguntas que todos, en un momento u otro de nuestra vida, con mayor o menor zozobra, nos hemos planteado. Gracias a todos, pues sin vuestro esfuerzo personal habría sido imposible.

Mi reconocimiento y agradecimiento también deben dirigirse a la Fundación "la Caixa", que se sumó sin dudar a este proyecto y con su apoyo permite que vea la luz en el día de hoy.

Finalmente, me despido expresando tres cosas: por un lado, el deseo de que este instrumento que ponemos a disposición de la sociedad sea útil; por otro, mi gratitud a todos los que han hecho posible esta realidad; y, por último, el convencimiento de que esta colaboración continuará en el tiempo, pues así podremos cumplir el lema de nuestra fundación: **«Juntos podemos hacer más»**, que es la mejor forma de poner nuestras manos al servicio de la sociedad.

Almudena Castro-Girona Martínez
Directora de la Fundación Aequitas

Desde hace más de un siglo, la Fundación "la Caixa" está al lado de las personas con discapacidad. La entidad fue creada en 1904 y desde sus primeros años se puso de manifiesto lo que sigue siendo su valor diferencial: el compromiso con la sociedad y, en especial, con los colectivos más vulnerables.

Hoy, 117 años después, es evidente que las necesidades de las personas con discapacidad han cambiado, lo que refleja las transformaciones y la evolución de la sociedad. Podemos mencionar y celebrar, sin lugar a dudas, su mayor integración social y participación activa en numerosos ámbitos, tanto de la esfera pública como de la privada.

Aun así, no debemos perder de vista lo más esencial: si queremos que nuestra sociedad sea la mejor posible, todavía nos queda mucho trabajo por hacer, desde la justicia y la equidad y sin dejar a nadie atrás. Por eso son tan necesarias iniciativas como esta guía jurídica con más de cien respuestas sobre la discapacidad.

En estas páginas se recogen las definiciones, los derechos, las obligaciones, los recursos y los trámites, entre otros aspectos, que pueden ser de utilidad para las personas con discapacidad, sus familias y los profesionales vinculados a este colectivo. Me gustaría destacar el hecho de que esta publicación ha sido concebida para que sea de fácil lectura para las propias personas con discapacidad.

Todo esto ha sido posible gracias a la labor ingente de los especialistas encargados de elaborar la guía, coordinados por la Fundación Aequitas. Para la Fundación "la Caixa" es un honor haber podido formar parte de este proyecto. Deseamos que sea de utilidad para mucha gente y, sobre todo, que contribuya al bienestar de las personas con discapacidad.

Marc Simón Martínez

Subdirector general de la Fundación "la Caixa"

REFORMAS MÁS IMPORTANTES DEL DECRETO LEY 19/2021

Martín Garrido Melero. Notario de Tarragona

1. La supresión de la tutela, la curatela y la potestad parental prorrogada y rehabilitada para las personas mayores de edad

El sistema de protección de las personas incapacitadas se organizaba en el sistema primitivo del Código de Familia mediante diversas instituciones: la patria potestad prorrogada o rehabilitada (denominada "potestad parental" en el Código Civil de Catalunya), la tutela (aplicable tanto a los menores como a los incapacitados), la curatela (aplicable a ciertos menores, a los pródigos y a ciertos incapacitados cuando la sentencia así lo determinase), el defensor judicial, y la guarda de hecho. Estas instituciones (formales e informales) fueron mantenidas a lo largo de las diferentes modificaciones del derecho de familia hasta la promulgación del Decreto Ley catalán 19/2021, de 31 de agosto, por el que se adapta el Código Civil de Catalunya a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad.

- El Decreto Ley establece que, a partir de su entrada en vigor, no se podrá constituir, en relación con las personas mayores de edad, la tutela, la curatela y la potestad parental prorrogada o rehabilitada. Es decir, estas instituciones dejan de ser instrumentos adecuados para ayudar a las personas que necesitan asistencia para el pleno ejercicio de sus derechos civiles. Conviene observar que en el marco del Código Civil español la curatela aparece como una "medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado", que tiene un carácter judicial sin perjuicio de la admisión de la autocuratela.

- El Decreto Ley 19/2021 establece como derecho transitorio la vigencia del sistema anterior para las tutelas, las curatelas y la potestad parental prorrogada o rehabilitada constituidas con anterioridad. Establece igualmente un sistema de revisión y adaptación de estas instituciones al nuevo marco legal que suprime la modificación judicial de la capacidad y que pasa por transformarlas en una asistencia. La revisión puede ser voluntaria (a petición de la propia persona con capacidad modificada o de los que ostentan los cargos de protección), pero, en caso de no promoverse voluntariamente, será la autoridad judicial (de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal) quien proceda a la correspondiente adaptación en el término máximo de tres años desde la entrada en vigor del Decreto Ley.

2. La asistencia

El Código Civil catalán reguló para las personas no incapacitadas pero con determinadas deficiencias (físicas o psíquicas) la institución de la asistencia. La asistencia podía darse en el campo personal y en el ámbito patrimonial, y venía determinada por las características siguientes:

- En primer lugar, no suponía en ningún momento una sustitución de la persona asistida, sino una función de apoyo en los actos prefijados como requeridos de dicho apoyo.

- En segundo lugar, la asistencia exigía que la persona no estuviese incapacitada, porque precisamente esta circunstancia daba lugar a la extinción de esta institución.
- En tercer lugar, la asistencia debía ser acordada por la autoridad judicial

El Decreto Ley modifica el régimen establecido inicialmente para la asistencia y en el fondo lo convierte en la institución básica para el apoyo de las personas que lo necesiten con objeto de que puedan ejercer en plenitud e igualdad sus derechos civiles.

Básicamente el nuevo régimen viene caracterizado por las siguientes notas:

- Dualidad constitutiva. La constitución de la asistencia puede darse a término mediante el otorgamiento de una escritura pública o de acuerdo con el procedimiento de jurisdicción voluntaria para la provisión de medidas judiciales de soporte a las personas con discapacidad. Por lo tanto, se ha superado la fase anterior en que la constitución de la asistencia debía ser establecida necesariamente por la autoridad judicial y se admiten ahora claramente dos vías: la notarial y la judicial. No parece aventurado imaginar que los obstáculos que tenía la institución en el derecho anterior han sido superados y que con seguridad puede convertirse en una institución de tanta pujanza y utilización por los ciudadanos como los poderes preventivos o con cláusula de subsistencia.
- El principio rector de la asistencia es el respeto a la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona que opta por esta institución de apoyo. Estos principios rectores son de aplicación sea cual sea el sistema de constitución. Se necesitará tanto por parte de la autoridad judicial como del notario una labor de investigación de esos deseos y preferencias y de la trayectoria vital de la persona, no debiéndose limitar a la designación automática o puramente formularia de un acuerdo de asistencia.

Es muy probable que el acuerdo notarial de asistencia requiera toda una investigación previa, más o menos complicada dependiendo de las circunstancias, en que, además de averiguar los deseos y preferencias de la persona, se trate de averiguar la aptitud de esta para discernir sobre los efectos jurídicos de la asistencia (lo que tradicionalmente se conoce como juicio de capacidad). Este procedimiento de investigación no debe formar parte instrumentalmente del acuerdo de asistencia, aunque sí puede formar parte de un acta previa que detalle todos los elementos tenidos en cuenta por el notario en su proceso de investigación.

- El principio de autoorganización de la persona. ¿Límites? La persona que requiere o considera necesario ser asistida tiene completo poder de autorregulación: libertad de nombramiento de uno o varios asistentes; fijación del régimen de funcionamiento y de las facultades personales o patrimoniales para las que debe ser asistida; establecimiento de medidas de control y salvaguardias precisas para evitar los abusos, los conflictos y las influencias indebidas.

- El principio de autoorganización de la persona. ¿Límites? La persona que requiere o considera necesario ser asistida tiene completo poder de autorregulación: libertad de nombramiento de uno o varios asistentes; fijación del régimen de funcionamiento y de las facultades personales o patrimoniales para las que debe ser asistida; establecimiento de medidas de control y salvaguardias precisas para evitar los abusos, los conflictos y las influencias indebidas.

Un aspecto que no queda claro en el texto legal es si la persona tiene completa libertad en estas designaciones y, en particular, si puede nombrar a personas que actualmente son inhábiles para el ejercicio de los cargos tutelares o los que quedan excluidas por la existencia de un conflicto de intereses. El Decreto-Ley se remite como derecho supletorio a las normas de la tutela, pero siempre que no se oponga al régimen propio de la asistencia. El propio derecho estatal señala expresamente que las prohibiciones establecidas en el caso de las medidas de apoyo no resultarán de aplicación cuando el otorgante las haya excluidos expresamente en el documento de constitución de dichas medidas.

- Revisión. En cuanto a las medidas de asistencia judicial, estas deberán ser revisadas de oficio en el término de tres años, aunque excepcionalmente se puede establecer un plazo superior que no exceda de seis años.

En el caso de medidas de asistencia notarial, el legislador no ha establecido un plazo de revisión, pero la lógica del sistema indica que será la propia persona la que podrá establecer dicho plazo o, incluso en el caso de no haberlo hecho, solicitar la modificación o supresión de las medidas de apoyo.

3. Los poderes en previsión de la pérdida sobrevenida de la capacidad.

El Código Civil catalán reguló el llamado "poder en previsión de la pérdida sobrevenida de la capacidad" como una verdadera institución alternativa a la incapacitación, porque la existencia de este poder evitaba la constitución de la tutela, salvo que lo exigiese el interés de la persona protegida. La normativa distinguía dos tipos de poderes:

1. el preventivo (el inicio de su eficacia depende precisamente del estado psíquico o físico del poderdante en un determinado momento, lo cual deberá acreditarse de la forma establecida por el otorgante) y
2. el ordinario con cláusula de subsistencia, aunque se den las causas que pudieran llevar a la incapacitación.

La Ley 8/2021, de ámbito estatal, ha regulado extensamente los poderes de este tipo en las dos modalidades, señalando que mantendrán su vigencia pese a la constitución de otras medidas de apoyo a favor del poderdante, tanto si estas han sido establecidas judicialmente como si se han previsto por el propio interesado.

El legislador estatal recomienda para los poderes propiamente preventivos que el notario autorice un acta en que acredite el cumplimiento de las previsiones establecidas por el poderdante para el inicio de su vigencia (mediante la incorporación de un informe pericial). Esta recomendación es perfectamente aplicable al derecho catalán aunque no sea contemplada expresamente.

4. Aplicación en Catalunya de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

La Ley 8/2021 ha modificado varias leyes estatales (Ley del Notariado, Código Civil español, Ley Hipotecaria, Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, Ley del Registro Civil, Ley de la Jurisdicción Voluntaria, Código de Comercio).

Con respecto a la aplicación de esta normativa en Catalunya, conviene tener en cuenta estas observaciones:

- a) Muchas de estas normas que han sido objeto de modificación tienen un alcance general y son perfectamente aplicables al derecho catalán. Especial significación tiene la modificación de la Ley del Notariado en la que se indica que "para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad que comparezcan ante notario, estas podrán utilizar los apoyos, instrumentos y ajustes razonables que resulten precisos, incluyendo sistemas aumentativos y alternativos, braille, lectura fácil, pictogramas, dispositivos multimedia de fácil acceso, intérpretes, sistemas de apoyos a la comunicación oral, lengua de signos, lenguaje dactilológico, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación, así como cualquier otro que resulte preciso".
- b) En principio, las modificaciones introducidas en el Código Civil español no resultan aplicables al derecho catalán, que tiene legislación civil propia. No obstante, conviene tener en cuenta que hay normas que sí serán aplicables. Por ejemplo, el artículo 9.6, que establece que la ley aplicable a las medidas de apoyo para personas con discapacidad será la de su residencia habitual; o el apartado 8 del artículo 10, relativo a los contratos celebrados entre personas que se encuentren en España (y sean extranjeras), normas que serán aplicables al derecho interregional.
- c) La normativa sobre el Registro Civil, el procedimiento civil de jurisdicción voluntaria de las medidas de apoyo, o el procedimiento procesal son (y serán) perfectamente aplicables en Catalunya, especialmente cuando se produzca la adaptación del Código Civil catalán al Convenio de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 (vigente en Catalunya desde el 3 de mayo de 2008).

ÍNDICE

INCAPACIDAD Y DISCAPACIDAD

13

LA MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS (ANTIGUA INCAPACITACIÓN)

17

PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD

21

LA TUTELA

24

LA CURATELA

29

EL DEFENSOR JUDICIAL

32

LA ASISTENCIA

34

LA GUARDA DE HECHO

35

LAS ENTIDADES TUTELARES

38

LA AUTOORGANIZACIÓN DE LA PROPIA DISCAPACIDAD

43

LA AUTOTUTELA

45

LOS PODERES PREVENTIVOS

48

LA SUCESIÓN Y LA DISCAPACIDAD

53

EL PATRIMONIO PROTEGIDO

61

LA DEPENDENCIA

67

DE INTERNAMIENTOS Y TRATAMIENTOS MÉDICOS

71

INFLUENCIA DE LA DISCAPACIDAD EN LA RESPONSABILIDAD PENAL

81

INCAPACIDAD Y DISCAPACIDAD

INCAPACIDAD Y DISCAPACIDAD

1. Capacidad / incapacidad / discapacidad

Ser capaz de hacer algo es estar en disposición de hacerlo. Así, quien esto escribe no puede (es decir, es incapaz de) levantar una piedra de 150 kilos hasta la altura de su cuello. Probablemente el lector tampoco. Sin embargo, otros sí son capaces; incluso se cruzan apuestas de cuántas veces pueden hacerlo en un minuto.

Todos somos capaces o incapaces para diversas actividades. No obstante, la sociedad señala unos estándares aplicables a la mayor parte de la población, teniendo en cuenta situaciones personales que impiden llegar a este estándar a algunos. De estos estándares se ocupa el Derecho.

Así, el artículo 200 del Código Civil estatal, cita "las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que **impidan a la persona gobernarse por sí misma**". Este es el concepto básico utilizado por las leyes que tratan la modificación de la capacidad.

Este esquema se centra sobre todo en la discapacidad intelectual. Otras personas, por razones físicas o sensoriales, no pueden hacer lo que la mayoría puede; las construcciones, lo que nos rodea, ha sido diseñado para esta mayoría. Este diseño está lleno de obstáculos para los que tienen alguna deficiencia. El Derecho Civil trata, en este ámbito, de las habilidades en la vida económico-jurídica y el gobierno por uno mismo; trata sobre todo de cómo se pueden hacer estas actividades en apoyo o sustitución de los que tienen discapacidad. Otras ramas del Derecho se van ocupando de las otras discapacidades, y tratan de cómo se pueden superar los obstáculos: con rampas, ascensores, bordillos rebajados o inexistentes, cintas grabadas, sonidos, otras formas de comunicación, aparatos, etc.

Este trabajo se centra sobre todo en el primer aspecto: el acceso al "gobierno de sí mismo".

En el ámbito jurídico se ha distinguido entre capacidad jurídica (la posibilidad de ser titular de derechos y obligaciones) y la capacidad de obrar (la posibilidad de ejercerlos). En nuestra cultura, prácticamente en todo Occidente, está claro que todas las personas tienen plena capacidad jurídica: un niño puede tener lo que le hayan dejado en una herencia y tener que pagar impuestos; una persona con discapacidad también, en situación de igualdad con cualquier otra. Pero un niño o una persona con discapacidad puede no ser capaz de realizar actos jurídicos derivados de su situación: no podrían realizar una venta de esos bienes, o alquilarlos, o comprender sus consecuencias, y en el campo de los deberes, no sabrían que tienen que pagar impuestos o cómo hacerlo. De ahí que tradicionalmente se modifique su capacidad de obrar.

2. La modificación de la capacidad

Ante una situación en que una persona no puede valerse, la solución tradicional en nuestro derecho era adoptar medidas para protegerla, por un lado, para que no realizara actos jurídicos que la pudieran perjudicar y, por otro, para determinar quién podía representarla (hacerlo por ella).

Es el sistema clásico de incapacitación (sus actos son anulables) y nombramiento de tutor (el que actúa en su nombre).

En los últimos años se ha producido un cambio en el tratamiento de las personas que no pueden valerse por sí mismas. Se ha sustituido el concepto de "incapacitación" por el de "modificación de

la capacidad". Se procura no privar a la persona, en lo posible, de la realización de los actos que la afecten. Paralelamente, se configura el curador (persona que complementa los actos de la persona con discapacidad) como preferente al tutor (persona que la representa, que actúa por ella).

Tengamos en cuenta que el término "modificación de la capacidad" solo puede referirse a la capacidad de obrar.

3. ¿Dónde se regulan estas materias?

La legislación principal en esta materia está en el Código Civil estatal, que recoge las normas que regulan las relaciones entre las personas (cómo actúan, familia, contratos, sucesiones, derechos sobre las cosas). En algunas regiones de España se conservaron, por motivos históricos, normas especiales dentro de esta rama del Derecho, llamadas Derechos Forales. Tras la Constitución, se produjo la adaptación, desarrollo y actualización de estas normas, que se empezaron a calificar como derechos propios de estas regiones. Se refieren principalmente a normas de sucesiones, pero también alcanzan a otros ámbitos. Haremos las referencias oportunas sobre estas normas autonómicas.

4. La Convención de la ONU

El último paso en esta evolución del tratamiento jurídico de la discapacidad se está dando en un proceso que empieza en el año 2006, con la aprobación por parte de las Naciones Unidas de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Para aplicarla en España, es necesaria la integración de la Convención en nuestro Ordenamiento Jurídico. A tal fin, se publicó en el BOE (21 de abril de 2008) el Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, de fecha 23 de noviembre de 2007, previa autorización de Las Cortes.

La Convención cambia por completo el concepto que mueve a actuar al sistema jurídico: "la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás" (Preámbulo, apartado e).

Dos requisitos: personas con deficiencias y barreras. Una finalidad: su participación en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

La nueva orientación va introduciéndose en nuestra práctica social (por ver un ejemplo, piensen en el número de ascensores que se han instalado en reformas de nuestras casas) y en nuestra práctica jurídica, con una presencia cada vez mayor en resoluciones judiciales.

5. Los apoyos

El sistema que defiende la Convención es, por un lado, el de supresión de barreras que impidan actuar como los demás; por otro, el de apoyos, es decir, el elemento que se necesita para poder participar en los actos de todo tipo de la misma forma que los demás.

En el ámbito jurídico referente a las actuaciones con relevancia jurídica, su artículo 12 indica, después de reconocer la misma capacidad jurídica a todo el mundo, que "3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica".

La propia Convención repite que no solo se tiene derecho a realizar las actividades de todo tipo, en igualdad de condiciones con los demás, sino que los Estados Partes reconocerán, asegurarán y tomarán todas las medidas para su ejercicio efectivo.

La sociedad, a través de las Administraciones, deberá tomar la iniciativa para que todos puedan realizar las actividades que permiten a una persona, con apoyos, "gobernarse por sí misma".

6. La futura legislación

Desde la Convención, que ha sido incluida entre nuestras leyes desde 2008, se han ido produciendo modificaciones puntuales de leyes para acogerse a sus principios. Queda pendiente la modificación principal del Código Civil referente al núcleo de la atención a estas personas: los apoyos que han de prestarse a aquellos que "no pueden valerse por sí mismos", centrados, en la medida de lo posible, en ayudarles a comprender los actos jurídicos y actividades ordinarias que les afecten y decidir, por sí mismos y con la ayuda que precisen, cómo hacerlos. Está en marcha, y avanzada, la modificación. Se arrinconarán las medidas de sustitución de voluntad, sin ignorar que en algunos casos esta será necesaria, y se mantendrá como sujeto principal a la persona titular de los derechos, en igualdad de condiciones sea capaz o necesite ayuda.

7. Apoyo o sustitución de voluntad

En la sustitución de voluntad, uno actúa por otro. Es el sistema tradicional a la hora de determinar cómo se realizan actos jurídicos por alguien que "no puede" o "no sabe". Este no poder o no saber se trata como un límite absoluto. Como si se tratara de números enteros: entre el 0 y el 1 no hay nada; o se puede o no se puede. O eres capaz o te incapacito. La consecuencia es que, si no llegas al 1, se encarga a otro que lo haga por ti. Pero ocurre que la vida no maneja números enteros (0 y 1), sino que maneja los decimales, y entre el 0 y el 1 hay infinitos números (0,0000000001, 0,0000000002, 0,0000000003, etc., y solo se han utilizado diez decimales, podemos utilizar diez mil, por ejemplo). A muchos de ellos se les puede sumar un poco, o un mucho, para que lleguen al 1, es decir, puedan hacer las cosas. Estos complementos son los apoyos. En vez de sustituir su voluntad, se la complementa con apoyos, y así puede hacer el sujeto con discapacidad muchas más cosas que las que se presumen.

No nos engañemos, habrá casos en los que no se puedan prestar apoyos suficientes. En estos casos habrá que acudir a la sustitución de voluntad, a la representación, por algunos también llamada "apoyo intenso" intentando evitar el término que ha quedado denostado en el ámbito de la discapacidad. El problema no será de cómo lo llamemos, sino de las habilidades del sujeto, da igual el nombre. Lo importante es que la primera instancia será buscar el apoyo que se pueda prestar para que el propio sujeto, solo o con ayuda, realice sus propios actos como los demás.

LA MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS (ANTIGUA INCAPACITACIÓN)

LA MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS (ANTIGUA INCAPACITACIÓN)

8. ¿Es posible declarar la modificación de la capacidad de un menor de edad?

Los menores de edad, con discapacidad o no, están sujetos a la patria potestad (denominada "potestad parental" en el Código Civil de Cataluña), que normalmente ejercerán ambos progenitores y que se extingue cuando se alcanzan los 18 años. No obstante, es posible iniciar el procedimiento de modificación de capacidad mientras la persona con discapacidad aún es menor de edad, de manera que, al alcanzar la mayoría de edad, no quede desprotegida.

En el caso de menores de edad, solo pueden instar el procedimiento de modificación de capacidad los padres de la persona con discapacidad o, en su caso, sus tutores (fijémonos en que habrá tutor del menor si no viven sus padres).

9. ¿Una incapacidad laboral es igual que una incapacidad judicial?

No. Una incapacidad laboral es un reconocimiento, a través de una resolución administrativa del INSS, de una situación de imposibilidad total o parcial de desarrollar una actividad laboral concreta o cualquier actividad laboral.

Una modificación judicial de la capacidad supone una resolución judicial que establece medidas de protección para una persona que requiere apoyos o sustitución en la toma de decisiones.

Ahora bien, es posible que la misma causa de incapacidad laboral (por ejemplo, una enfermedad que afecte a la capacidad cognitiva) sea también causa de modificación judicial de capacidad, pero no necesariamente.

10. ¿En el procedimiento de modificación de capacidad comparece el sujeto afectado?

En el procedimiento de modificación de capacidad, el demandado (persona con discapacidad) es llamado a comparecer con abogado y procurador. Si no lo hace, se le nombrará defensor judicial que también será llamado a comparecer con abogado y procurador.

En todo caso, siempre deberá ser entrevistado de manera reservada por el juez, el letrado de la Administración Judicial y, en ocasiones, el fiscal, para poder dictar sentencia. Es la llamada exploración judicial y es una prueba que debe practicarse necesariamente en estos procedimientos.

11. ¿Qué puede hacer una persona cuya capacidad ha sido modificada judicialmente?

La sentencia de modificación de capacidad determinará la extensión y límites de la misma y los medios de apoyo que se establezcan.

No obstante, con carácter general, si se constituye una tutela y en la sentencia no se especifican actos concretos, el tutor representará a la persona con discapacidad en los actos jurídicos o administrativos, sustituyéndola a todos los efectos. No obstante, esta representación no alcanza al matrimonio, al testamento, o al voto.

Por el contrario, el curador asistirá a la persona con discapacidad en los actos concretos previstos en la sentencia, de manera que será necesario el consentimiento de ambos para que surtan efecto.

12. ¿Qué relación tiene la modificación de la capacidad con el grado de discapacidad?

Estos conceptos no guardan relación directa.

Un grado de discapacidad es un reconocimiento administrativo de una deficiencia sensorial, física o psíquica que dificulta la participación en la sociedad en igualdad de condiciones.

Estas discapacidades pueden suponer una modificación judicial de la capacidad si afectan a su capacidad para tomar decisiones; en caso contrario, no.

Por ejemplo, una persona ciega puede tener reconocido por este hecho un porcentaje alto de discapacidad, pero esta situación, por sí sola, no dará lugar a un procedimiento de modificación de capacidad porque su ceguera no afecta a su capacidad para tomar decisiones.

13. ¿Una persona con su capacidad modificada judicialmente puede trabajar?

Sí. Si la sentencia de modificación de capacidad constituyó una tutela con una representación general, la persona con discapacidad puede firmar un contrato de trabajo con la autorización expresa de su tutor.

En el resto de los supuestos (tutela para actos concretos entre los que no se hace mención expresa a contratos laborales, así como curatelas), tendrá plena capacidad para firmar un contrato laboral en los mismos términos que una persona con la capacidad no modificada.

Independientemente de quién firme el contrato de trabajo, una persona con la capacidad modificada puede realizar actividades laborales. Únicamente dependerá de sus habilidades para desempeñar las funciones en que consista su trabajo, no de que haya limitaciones a sus actividades jurídicas.

14. ¿Una persona con la capacidad modificada puede casarse?

Una sentencia de modificación de capacidad no puede limitar el derecho a contraer matrimonio civil. Será el juez encargado del Registro Civil quien, en su caso y previo informe médico, valore si el contrayente puede contraer matrimonio válidamente

15. ¿Una persona con la capacidad judicialmente modificada puede votar?

Las personas con la capacidad judicialmente modificada pueden ejercer su derecho de sufragio activo (ejercer el derecho al voto en procesos electorales) en igualdad de condiciones que las personas que no la tienen modificada. En la Ley Orgánica 2/2018 se han suprimido todas las limitaciones que había para ejercer el derecho de voto.

16. ¿Una persona con la capacidad judicialmente modificada puede tener hijos?

Las personas con la capacidad judicialmente modificada pueden tener hijos en igualdad de condiciones que las demás personas.

Ahora bien, si se constata que no pueden ejercer los derechos y deberes derivados de la patria potestad, en interés de los hijos menores de edad, pueden ser privadas o suspendidas de la patria potestad del mismo modo y con los mismos procedimientos que las demás personas.

17. ¿Cuáles son las causas de la modificación judicial de la capacidad?

El Código Civil estatal prevé como causas de modificación de capacidad las enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas que impidan a la persona gobernarse por sí mismas, sin establecer un catálogo o lista de estas causas.

En todo caso, debe tratarse de enfermedades o deficiencias que afecten a la capacidad de las personas para tomar decisiones y que sean persistentes en el tiempo.

Si esas son las causas, será necesario que además exista un motivo, es decir, que esas deficiencias o enfermedades supongan una desprotección jurídica, sanitaria, social, residencial o de otro tipo.

Y ello por cuanto que, aunque exista causa de modificación judicial de la capacidad, si no existe desprotección, no será necesario iniciar un procedimiento para ello.

18. ¿Qué publicidad se da a la sentencia de modificación de capacidad?

La sentencia que declara la modificación de capacidad se inscribe de oficio, sin necesidad de solicitarlo, en el Registro Civil. También se inscribirá a instancia de parte, por orden del Juzgado, en el Registro de la Propiedad si el sujeto afectado tuviese bienes inmuebles o derechos sobre bienes inmuebles.

PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD

19. ¿Quién puede presentar la demanda para modificar la capacidad de una persona con discapacidad?

El procedimiento puede iniciarlo mediante demanda el propio sujeto afectado, su cónyuge o persona en situación asimilable (pareja de hecho), sus padres, sus abuelos, sus hijos, sus nietos y sus hermanos.

Las personas indicadas pueden iniciar el procedimiento mediante presentación de demanda en los Juzgados de Primera Instancia del lugar de su residencia. Será necesario siempre Abogado y Procurador. Podrá solicitarse asistencia jurídica gratuita, si se carece de bienes suficientes.

Cualquier persona puede poner en conocimiento de la Fiscalía una situación de desprotección de una persona presuntamente necesitada de apoyos. Cuando sea una autoridad o funcionario público el que tenga conocimiento de esta situación, está obligado a comunicarlo a Fiscalía. El fiscal, recibida la comunicación, recabará la información que considere necesaria para decidir si es necesario o no iniciar un procedimiento de modificación de capacidad y determinación de medios de apoyo. Si así es, presentará la demanda.

No obstante, si la persona presuntamente necesitada de apoyos es menor de edad, solo pueden presentar la demanda sus padres (que ejercen la patria potestad durante la minoría de edad) o sus tutores (si estuviese tutelada).

20. ¿Qué papel juega el fiscal en los procedimientos de modificación de capacidad?

El fiscal interviene siempre en todos los procedimientos de modificación de capacidad en defensa de la legalidad y los derechos de la persona con discapacidad.

Lo hará como demandante, o como parte interesada si la demanda ha sido interpuesta por otra persona.

El fiscal interviene en el acto del juicio, participando en las pruebas y, en atención a estas, solicitando que se dicte sentencia con el contenido que considere más beneficioso para la persona con discapacidad.

Si el fiscal no es demandante, actuará en defensa de los intereses de la persona con discapacidad y no será necesario nombrarle un defensor judicial.

Si el fiscal es el demandante y el demandado no contesta a la demanda, será necesario nombrar a una tercera persona para que actúe en defensa de sus intereses. Esta persona se llama "defensor judicial" y puede ser un familiar o una tercera persona allegada a la persona con discapacidad. El defensor judicial puede contestar a la demanda en su nombre o no hacerlo.

21. ¿Mientras dura el procedimiento hay medidas de protección?

El procedimiento de modificación de capacidad tiene una duración en el tiempo de varios meses, dependiendo del volumen de trabajo del juzgado en el que se presente.

Si existiese una urgencia de atender necesidades de la persona con discapacidad, podrían solicitarse medidas cautelares que incluso pueden ser adoptadas por el juez de oficio sin que ninguna parte lo solicite, aunque lo habitual es que haya una petición de parte.

Estas pueden consistir en el nombramiento de un tutor provisional, de un administrador provisional, una autorización de internamiento residencial, una anotación preventiva de demanda en el Registro de la Propiedad, la imposibilidad de disponer de cuentas bancarias o cualquier otra que se considere necesaria para evitar un perjuicio inmediato a la persona con discapacidad.

Estas medidas pueden solicitarse con la demanda o en cualquier momento posterior a la demanda y antes de que se celebre la vista.

22. ¿Cómo se desarrolla el procedimiento de modificación de capacidad?

Tras la presentación de la demanda, esta será notificada a la persona con discapacidad para que conteste a la demanda en el plazo de veinte días. Podrá contestar con abogado y procurador, o no hacerlo.

En este último caso, si la demanda la ha interpuesto el Ministerio Fiscal, será necesario designarle un "defensor judicial" que podrá ser un familiar o allegado que le represente en juicio a través, a su vez, de abogado y procurador.

Posteriormente, se citará a la vista (juicio) que se celebrará a puerta cerrada.

En estos procedimientos deben practicarse obligatoriamente tres pruebas:

- Audiencia de parientes, a quienes se les preguntará sobre la situación de la persona con discapacidad y la persona que consideren más adecuada para el ejercicio de la figura de protección.
- Informe médico forense: para ello la persona con discapacidad será citada el mismo día de la vista o en fecha anterior, para ser examinada por el médico forense, que emitirá un informe.
- Exploración judicial de la persona con discapacidad, que se realizará de manera reservada en presencia del juez, el letrado de la Administración de Justicia y, en su caso, del fiscal.

También se practicará la prueba documental, que se referirá a todos los documentos que se hubiesen presentado con la demanda y los que se aporten después o sean recabados por el juez y que se consideren relevantes para resolver la cuestión.

Se podrá practicar también la prueba testifical de otras personas, distintas a los familiares, que pudieran tener información relevante para resolver.

23. ¿Qué efectos produce la sentencia?

Tras la práctica de la prueba en la vista, el juez dictará sentencia, en la que establecerá la extensión y los límites de la modificación de la capacidad. La sentencia contendrá los actos para los que la persona con discapacidad necesita apoyo o representación.

La sentencia puede establecer una modificación total, que tiene carácter excepcional, constituyendo una tutela en que el tutor representará a la persona con discapacidad en todos los actos relacionados con su persona y bienes.

Puede establecer una modificación parcial en los casos en que la persona con discapacidad tenga autonomía para gestionar ciertos aspectos de su persona y bienes.

En estos casos, la sentencia podrá constituir una **tutela** en cuyo caso establecerá los actos concretos en los que el tutor representará a la persona con discapacidad sustituyéndola a todos los efectos. Puede referirse a actos de contenido económico, relacionados con la salud, con la decisión acerca del lugar de residencia... Algunos de estos actos requerirán autorización judicial (por ejemplo, tomar dinero a préstamo o aceptar una herencia).

También puede constituir una **curatela**, en cuyo caso establecerá los actos en los que esta persona necesitará la asistencia del curador. Es decir, para su validez, será necesario que consientan ambos, el curador y el curatelado.

Igualmente puede disponer la **rehabilitación de la patria potestad**, que recaerá siempre en uno o ambos progenitores. La sentencia determinará si deben actuar como tutores o como curadores y en qué casos concretos.

Si así se ha solicitado, también **designará** en la sentencia a la persona o entidad que debe asumir el cargo.

Si no se está conforme con alguno de los pronunciamientos de la sentencia, puede ser recurrida con abogado y procurador.

24. ¿Si se ha declarado la incapacidad, puede modificarse?

Si se producen modificaciones en las circunstancias de la persona con discapacidad, puede instarse un nuevo procedimiento mediante nueva demanda, ya sea para modificar la medida de protección, ya sea para dejarla sin efecto.

Podrá instarse una modificación para someter a la persona con discapacidad a una medida de protección de mayor intensidad si se hubiese producido una pérdida de autonomía o, al contrario, para establecer una medida de protección de menor intensidad o incluso para eliminar esa medida de protección. Esto último se denomina "reintegración de la capacidad".

En todos los casos, será necesario iniciar un nuevo procedimiento judicial con presentación de demanda ante el Juzgado del lugar de residencia de la persona con discapacidad, con los mismos requisitos y a través del mismo procedimiento que dio lugar a la modificación inicial.

LA TUTELA

25. ¿Qué es?

La tutela supone una forma de representación de personas que no pueden actuar por sí solas, en concreto de menores o personas con la capacidad judicialmente modificada. Si no pueden, por ejemplo, firmar una compraventa o una herencia familiar o manejarse en el banco por razón de capacidad o de edad, es otra persona, el tutor, quien actúa por ellos.

Dentro del esquema de medidas de apoyo que suministra hoy el Código Civil, la tutela implica la sustitución del ejercicio de los poderes del tutelado; este no puede realizar válidamente los actos que se incluyan en la sentencia; en su lugar y en su nombre los realiza el tutor.

En el sistema que surge de la modificación del Código Civil estatal de 1983, que reguló la tutela tal como está hoy configurada, se estableció como solución preferente para atender las personas que "no pueden valerse por sí mismas". Actualmente, después de la aplicación de la Convención en la interpretación de nuestras leyes, los juzgados ya la están tratando como subsidiaria, por detrás de la curatela, que recordamos que establecía que el curador complementará la actuación de la persona con discapacidad.

26. ¿Quién designa al tutor?

1. Para el caso de que sea declarada incapaz, toda persona con plena capacidad de obrar puede nombrar o excluir, en escritura pública, a una o más personas para que ejerzan los cargos tutelares.
2. Los padres pueden ordenar la tutela de sus hijos menores, o mayores de edad con la capacidad modificada judicialmente, mediante una escritura pública, un testamento o un codicilo.

El tutor es designado por un juez. Hay que acudir a un proceso judicial para que se designe a un tutor.

27. ¿A quién se nombra tutor? Preferencias.

El juez debe nombrar tutor, en primer lugar, a alguna de las personas designadas por el propio afectado por la tutela, cuando él mismo las haya previsto, o a alguna de las personas designadas por los padres.

En caso de que no se haya previsto nada, se seguirá el orden previsto en el Código Civil:

- a) El cónyuge o el conviviente en pareja estable de la persona con la capacidad modificada judicialmente, si hay convivencia.
- b) Los descendientes mayores de edad (hijos, nietos...).
- c) Los ascendientes (padres, abuelos...).
- d) En caso de muerte del progenitor de la persona con la capacidad modificada judicialmente, el cónyuge o el conviviente en pareja estable de aquel, si convive con la persona que se tiene que poner en tutela.
- e) Los hermanos.

Sin embargo, si lo estima más conveniente para los intereses de la persona con la capacidad modificada judicialmente, la autoridad judicial, por medio de una resolución motivada, puede alterar el orden establecido o elegir a la persona que ha actuado como asistente o como guardadora de hecho, a alguna de las que se presenten voluntariamente para asumir los cargos indicados o a otra persona.

28. ¿Es obligatorio el orden anterior?

Es importante ver que, en el proceso de designación de tutor, en el cual pueden ser oídas todas las personas implicadas, el juez tiene facultades para buscar siempre el interés de la persona cuya capacidad se modifica, eligiendo lo más idóneo dentro de cada categoría o alterando su orden. No puede actuar de manera arbitraria, sino que tiene que ser en beneficio del menor o de la persona con la capacidad judicialmente modificada, y motivar su decisión. Por ejemplo, cuando el tutor previsto no se encuentra en condiciones de ejercer el cargo por enfermedad, o cualquier otra causa. Su resolución, en este último caso, tiene que ser motivada.

29. ¿Puede designarse a más de una persona?

En principio, se nombrará un solo tutor. Sin embargo, hay algunas excepciones:

- a) Si la persona interesada o los titulares de la patria potestad han designado a dos personas para ejercer el cargo.
- b) Si la tutela corresponde a una persona casada o que convive en pareja estable y se cree conveniente que el cónyuge o el otro miembro de la pareja también la ejerza.
- c) El tercer motivo es bastante interesante en relación con las nuevas tendencias que se derivan de la Convención, porque centra el interés en las necesidades o conveniencias del sujeto pasivo de estas medidas: el juez puede separar la tutela de la persona de la administración de sus bienes, designar a los titulares de ambos cargos y fijar su ámbito de competencia.
- d) Además, la autoridad judicial puede nombrar un administrador patrimonial si el patrimonio del tutelado alcanza una importancia considerable o si se produce otra causa que lo hace necesario.

30. ¿Se puede designar tutor a alguna institución?

Es perfectamente posible, y de hecho hay instituciones tutelares especializadas en el ejercicio de la tutela. Puede ocurrir porque hay padres que no tienen ningún familiar próximo que pueda asumir la tutela de su hijo con discapacidad, o simplemente porque se sienten más cómodos o estiman que es más beneficioso para su familiar ser sometido a la tutela de alguna institución.

31. ¿Es obligatorio el cargo de tutor?

El cargo de tutor se regula como obligatorio. Sin embargo, hay excepciones:

Por un lado, hay personas que son excluidas por causas conductuales (privación de patria potestad,

delitos, retirada de otras tutelas); otras lo son por sus circunstancias personales (situaciones de edad, enfermedad, es decir, imposibilidad de ejercer la tutela).

Por otro lado, se exceptúa a quienes tengan relaciones conflictivas con el tutelado o mantengan con este conflictos de intereses.

Se pueden alegar como excusas para no ejercer cargos tutelares la edad, la enfermedad, la carencia de relación con la persona que se tiene que poner en tutela, las derivadas de las características de la ocupación profesional del designado o cualquier otra que haga el ejercicio de la tutela especialmente pesado o que lo pueda afectar.

Y finalmente, aunque no esté en la ley, difícilmente el juez nombrará tutor a quien se niegue a ejercer el cargo. Sería crear el riesgo de un mal ejercicio de la tutela. En la actualidad, con la posibilidad de ejercicio de la tutela por entidades privadas (fundaciones sin ánimo de lucro) o públicas (las creadas por las administraciones competentes en esta materia), se dispone de alternativas para estos supuestos de falta de posibles tutores o su oposición a ejercer el cargo.

32. ¿Qué puede y qué no puede hacer el tutor?

El tutor representa al tutelado en su ámbito personal y patrimonial, salvo en aquellos actos que el tutelado pueda realizar por sí solo, de acuerdo con la sentencia de modificación de la capacidad, y los que pueda realizar de acuerdo con su capacidad natural.

Fuera de estas facultades representativas del tutelado, hay otras más personales referentes a procurarle alimentos, cuidar del tutelado, deber de educación y formación, informar al juez anualmente, y otra más a la cual no se presta mucha atención pero que conviene tener presente: "hacer todo lo que sea necesario para favorecer la recuperación de la capacidad del tutelado y su inserción en la sociedad o, si eso no es posible, para prevenir su empeoramiento y para mitigar las consecuencias de la incapacidad". El primer aspecto proviene de una antigua consideración de la discapacidad como una enfermedad que habría que intentar curar. El segundo, la inserción en la sociedad, es plenamente conforme con las actuales directrices procedentes de la Convención.

Existe una serie de actos que el tutor no puede realizar, fundamentalmente aquellos en los cuales haya un conflicto de intereses con el tutelado. Por ejemplo, no podría comprar una casa de su tutelado, o repartir una herencia en la cual él tuviera interés. Como estos actos pueden ser en algún momento necesarios, aunque esté también interesado el tutor, para salvar el conflicto de intereses, el juez nombra un defensor judicial, que representaría a la persona con capacidad judicialmente modificada.

Además, hay otra serie de actos que el tutor puede realizar, pero que cuentan con una especial vigilancia judicial, y, por lo tanto, deben ser sometidos previamente a una autorización judicial: vender inmuebles del tutelado, dar y tomar dinero a préstamo, aceptar una herencia (puesto que puede llevar consigo la asunción de deudas), vender objetos preciosos o de extraordinario valor o inmuebles... En general, los de mayor relevancia económica y mayor riesgo para la situación patrimonial o personal (como internar al tutelado).

Se exceptúan también de la representación legal los actos relativos a los derechos de la personalidad (derecho a la vida, a la libertad, a votar...).

33. ¿Qué es el consejo de tutela?

En los casos de autotutela o de nombramiento por parte de los titulares de la patria potestad, la supervisión del ejercicio de la tutela se puede encomendar a un consejo de tutela, que tiene que constituirse y actuar de acuerdo con las reglas siguientes:

- a) El consejo de tutela debe estar compuesto por un mínimo de tres miembros. El nombramiento de los miembros del consejo corresponde a la autoridad judicial.
- b) El consejo de tutela debe actuar de acuerdo con las normas que establece el acto de delación (escritura pública, testamento o codicilo) o, si no las establece, de acuerdo con las que apruebe el propio consejo para su funcionamiento.
- c) El consejo debe reunirse como mínimo una vez al año para ser informado sobre la situación de la persona tutelada y para que le sean rendidas las cuentas anuales de la tutela.
- d) Se pueden atribuir al consejo, si lo establece el acto de designación de la tutela, la función de resolver conflictos entre los tutores y la de autorizar los actos que requieren autorización judicial.

34. Obligaciones del tutor

El tutor tiene las siguientes obligaciones:

- 1) Realizar un inventario, con detalle, de los bienes del tutelado al iniciar su actuación. El inventario se tiene que formalizar judicial o notarialmente.
- 2) Antes de dar posesión de un cargo tutelar, la autoridad judicial puede exigir caución a la persona designada para ejercerlo.
- 3) Rendir anualmente las cuentas de la tutela al juez e informar sobre la situación personal del tutelado (el estado de salud, el lugar de residencia y la situación personal y familiar). La rendición anual de cuentas consiste en un estado detallado de ingresos y gastos, un inventario del activo y el pasivo del patrimonio a finales del ejercicio y el detalle de los cambios con relación al inventario del año anterior, acompañado de los justificantes correspondientes.
- 4) Al finalizar la tutela, rendir cuentas de su gestión ante el juez, quien procederá o no a aprobarlas.

Además de estas obligaciones frente al juez, y aunque se hayan aprobado las cuentas, quedan en pie las responsabilidades frente al propio tutelado o frente a sus herederos.

35. Cese del tutor

El tutor no ejerce su cargo con carácter indefinido y con independencia de su actuación, sino que si no lo ejerce correctamente el juez podría cesarle de su cargo: esto se llama en derecho "remoción del tutor". También en el supuesto de que existieran problemas de convivencia graves con el tutelado, o incurriera en alguna causa de ineptitud para ser tutor, o si incumple los deberes inherentes al cargo, podría ser removido de la tutela.

Por otro lado, dado que el cargo de tutor es obligatorio, se prevén las causas por las que una persona puede ser apartada de esta responsabilidad. Básicamente, cuando ya no puede ejercerla de manera eficaz: cuando concurran las causas que permitan excusarse de la tutela.

36. Cambio del tutor

En los casos previstos en el apartado anterior se procedería a designar un nuevo tutor. La resolución que ordena la remoción debe contener el nombramiento de la persona que va a ocupar el cargo en sustitución de la que ha sido removida. Mientras no recaiga esta resolución, se tendrá que designar un defensor judicial.

También sería posible que los padres, al establecer la tutela, hubieran previsto alguna persona que sucesivamente ejerza el cargo de tutor por defunción, renuncia o remoción del anterior, es decir, varios tutores, pero no de manera conjunta sino sucesiva.

37. Responsabilidad

En el ejercicio de sus funciones respectivas, el tutor y el administrador patrimonial deben actuar con la diligencia de un buen administrador y responder de los daños causados por su actuación. La acción para reclamar la responsabilidad prescribe al cabo de tres años de la rendición final de cuentas. El tutor debe rendir cuentas de su actuación al Juzgado y, si no ha actuado de manera correcta, se le podría exigir responsabilidad.

Además, el tutor es responsable civilmente por los actos realizados por el tutelado que esté a su cargo, salvo que prueben que actuaron con toda la diligencia para evitar el mal.

38. Remuneración

La persona interesada o los titulares de la patria potestad, en escritura pública, testamento o codicilo, o la autoridad judicial, en la resolución de aprobación del inventario, pueden fijar una remuneración para el tutor y, si procede, para el administrador patrimonial, siempre que el patrimonio del tutelado lo permita. Para ello se tendrá en cuenta el trabajo a realizar y el valor y la rentabilidad de los bienes.

LA CURATELA

39. Concepto

La curatela es la institución de guarda que se establece cuando se modifica de manera parcial la capacidad de una persona. Esto supone que la persona conserva cierto grado de autogobierno o autonomía, que le permite adoptar las decisiones más sencillas sobre su persona y/o bienes. La curatela ha logrado después de la Convención una gran importancia, puesto que, según nuestro Tribunal Supremo, es la figura de protección que mejor se adapta a la Convención (sentencias del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009, 11 de octubre de 2012 o 24 de junio de 2013).

Por eso, el proyecto de Reforma del Código Civil estatal, en su artículo 249, la incluye en las instituciones jurídicas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen, junto a la guarda de hecho y el defensor judicial.

Según este artículo, la función de las instituciones de apoyo consistirá en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que haga falta, respetando su voluntad, deseos y preferencias.

La curatela se aplicará a quienes precisen el apoyo de manera continuada. Su extensión vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo.

40. Diferencias con la tutela

Las principales diferencias están en dos elementos fundamentales:

- 1) El alcance de los problemas de autogobierno de las personas a las cuales protegen. Estos son más intensos en el caso de la tutela y menos en el de la curatela.
- 2) El tutor representa, mientras que el curador se limita a completar la capacidad. Visto de forma gráfica: al vender un bien, el tutor lo hace solo, con la correspondiente autorización judicial; en el caso de la curatela, vende la persona sometida a curatela, sin necesidad de autorización judicial, y actúa, con ella, el curador para complementar su voluntad.

41. ¿El curatelado tiene capacidad de obrar?

En la actualidad, primero se tiene que modificar judicialmente la capacidad de manera parcial y después le pueden nombrar un curador. Una vez modificada judicialmente la capacidad, de acuerdo con el alcance de la falta de autogobierno, se le someterá a una tutela parcial o a una curatela, siendo esta la menos intensa. Con la Convención se abandona la necesidad de llevar adelante una modificación de la capacidad, bastaría constatar que la persona necesita apoyo.

42. ¿Quién puede ser nombrado curador?

Podrán ser curadores las personas mayores de edad que, según el criterio de la autoridad judicial, sean aptas para el adecuado desempeño de su función. También las fundaciones y otras personas jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas, entre cuyos fines figure la promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad.

Es importante tener en cuenta la autonomía y la voluntad de la persona necesitada de apoyo, por lo cual se preferirá a quien haya sido propuesto para su nombramiento por ella, excepto causa de inhabilidad.

A falta de tal propuesta, la autoridad judicial nombrará curador.

43. ¿Cuál es la medida preferente, tutela o curatela?

Ya hemos indicado que, según nuestro Tribunal Supremo, la curatela es la figura de protección que más se adapta a la Convención, por lo cual será preferente por ser más respetuosa con la capacidad del necesitado de apoyo.

44. ¿Qué puede hacer la persona sometida a curatela?

La misión del curador es asistir a la persona con discapacidad y complementar su capacidad, en aquellos actos que no pueda realizar por sí misma. Los actos en que se considera necesaria la intervención del curador tienen que quedar delimitados en la sentencia que haya establecido la curatela.

Cuando la sentencia no especifica el alcance de la curatela, se entiende que el curador tiene que asistir a su pupilo en los mismos actos para los que el tutor necesita autorización judicial. Esto es:

1. Para enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o tutelados (aquí, sometidos a curatela), o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones.
2. Para renunciar a derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el curatelado estuviera interesado.
3. Para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, o para repudiar esta o las liberalidades.
4. Para hacer gastos extraordinarios en los bienes.
5. Para entablar demanda en nombre de los sujetos a curatela, excepto en los asuntos urgentes o de escasa cuantía.
6. Para ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años.
7. Para dar y tomar dinero a préstamo.
8. Para disponer a título gratuito (regalar) de bienes o derechos del tutelado.
9. Para ceder a terceros los créditos que el curatelado tenga contra él.

A veces, la curatela se ciñe a la administración de los bienes. En estos casos, el curador asistirá a la persona con discapacidad en la administración ordinaria y, también, en la realización de negocios jurídicos que la persona sometida a curatela no puede efectuar por sí misma. Esto supone que para firmar escrituras públicas o subscribir contratos, debe intervenir el curador junto con el curatelado, impidiendo así que otras personas puedan aprovecharse de su impericia. Cuando la persona tiene baja capacidad económica esta curatela carece de verdadera utilidad.

Otras veces, la curatela se refiere a la esfera estrictamente personal, y requiere del curador la asistencia, por ejemplo, para el seguimiento del tratamiento médico por parte de la persona sometida a curatela. Tiende a someterse a esta clase de curatela a las personas que sufren enfermedades que pueden controlarse a través de un tratamiento farmacológico, permitiéndoles llevar una vida normal. Las dificultades surgen cuando la persona no tiene conciencia de su enfermedad o simplemente, se niega a tomar la medicación, puesto que este sistema de protección es de muy difícil ejecución.

45. ¿El curador representa a la persona sometida a curatela?

No, el curador solo asiste al curatelado, le presta su apoyo para que pueda intervenir en el tráfico jurídico. Esto significa que hay que tener en cuenta básicamente la opinión de la persona sometida a curatela, que es la que debe tener, en principio, la iniciativa, actuando la curadora solo dando su visto bueno.

En el supuesto de que el curador considere ilógica la postura de la persona sometida a curatela, será necesario acudir al juez para que este decida lo más adecuado.

Si el curador rechaza, sin causa justificada, prestar su asistencia en alguno de los actos que la requieran, la persona sometida a curatela puede pedir la autorización judicial para actuar a solas.

Hoy debemos tener en cuenta que la Convención rechaza toda sustitución de voluntad y se aleja de la tutela representativa, manifestando que solo tiene que darse el apoyo concreto en la toma de decisiones.

46. ¿Puede cambiarse de tutela a curatela?

En primer lugar, la autoridad judicial puede disponer la constitución de la curatela, a pesar de que se haya pedido la de la tutela, de acuerdo con las circunstancias de la persona afectada.

En segundo lugar, si una persona está sometida a tutela, se podrá instar un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la medida de apoyo ya establecida. En este caso, puede disminuirse la intensidad del mecanismo de protección y cambiarse la tutela por una curatela.

EL DEFENSOR JUDICIAL

47. ¿Qué es?

El defensor judicial es una figura de guarda que se caracteriza por su actuación provisional y transitoria. Su cometido es representar o, en su caso, asistir a la persona con discapacidad en situaciones en que no pueden hacerlo sus progenitores, el tutor o el curador, o cuando estos no existen.

También es una figura necesaria en el procedimiento de modificación de la capacidad para proteger y actuar en beneficio del demandado, cuando el demandante es el Ministerio Fiscal.

48. ¿Quién lo nombra?

Es el letrado de la Administración de Justicia (antiguamente conocido como "secretario judicial") quien nombrará un defensor judicial, previa la tramitación del oportuno procedimiento, de oficio (en virtud de los deberes del cargo, sin ser requerido) o a petición del Ministerio Fiscal.

49. ¿Es lo mismo defensa judicial que defensa técnica?

No necesariamente. El cargo de defensor judicial puede recaer en cualquier persona física, no siendo imprescindible que sea experta en derecho, nombrada por el letrado de la Administración de Justicia para ejercer las funciones de amparo y representación de los menores y personas con discapacidad de manera transitoria en ciertos casos.

Durante el proceso judicial de modificación de la capacidad, el Ministerio Fiscal actúa como defensor judicial de la persona con discapacidad, si no fue el demandante, asumiendo su representación y defensa.

El defensor judicial, una vez realizada su gestión, tendrá que rendir cuentas de ella.

50. ¿Cuándo se nombra?

En los casos en que el propio Ministerio Fiscal inicia el procedimiento de modificación de la capacidad, si la persona con discapacidad no comparece a defenderse en el plazo establecido, se le nombra un defensor judicial que la represente en el juicio mediante procurador y asuma su defensa a través de abogado.

La defensa judicial en este caso puede recaer en un letrado, y entonces coinciden defensa judicial y defensa técnica en el procedimiento. O bien puede recaer en otra persona, que se asiste de letrado y procurador para su defensa y representación en el proceso.

También se nombra un defensor judicial en los casos siguientes:

- a) Si hay un conflicto de intereses entre el tutor y el tutelado, o entre el curador y la persona sometida a curatela.
- b) Si lo exigen las circunstancias de la persona que tiene que ser tutelada, mientras la tutela no se constituya.
- c) Mientras no se constituya la curatela.
- d) En los supuestos en que, por cualquier causa, los tutores o curadores no ejerzan sus funciones, mientras no acabe la causa o no se designe a otra persona para el ejercicio de los cargos.

51. ¿Cuáles son sus funciones?

El defensor judicial tendrá las funciones que le haya asignado el letrado de la Administración de Justicia, dependiendo de las necesidades que motivaron su nombramiento. Puede que su actuación solo sea necesaria para un asunto concreto, por ejemplo, la firma de una escritura pública. O que sea requerido para ejercer la administración provisional de los bienes de la persona con discapacidad. En el supuesto de que sustituya transitoriamente al tutor, asumirá la guarda de la persona y de sus bienes.

52. ¿Cuándo finaliza su actuación?

Cuando concluya el cometido para el que fue designado, o cuando se nombre tutor o curador de la persona con discapacidad.

LA ASISTENCIA

53. ¿Qué es la asistencia?

La legislación civil catalana ha introducido la figura del asistente, que solo existe en Cataluña. Se trata de una persona que presta las medidas de apoyo a otra que considere que lo necesita, por motivo de una disminución de sus facultades físicas o psíquicas.

La persona mayor de edad que lo necesite para cuidar de ella misma o de sus bienes, a causa de la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas, puede solicitar a la autoridad judicial el nombramiento de un asistente.

Principio esencial es que la autoridad judicial, al designar a la persona y fijar sus facultades, tiene que respetar la voluntad del solicitante, sobre todo en cuanto al nombramiento o la exclusión de alguna persona para ejercer la función de asistencia.

Ahora bien, no precisa de un proceso de modificación de la capacidad, al contrario que el sistema actual del Código Civil. Es, por lo tanto, mucho más respetuoso con el artículo 12 de la Convención, incluyendo sus características esenciales: respeto de la voluntad de la persona con discapacidad, control por la autoridad, graduación de las medidas de apoyo y reconocimiento de la plena capacidad de la persona con discapacidad.

54. ¿Cuáles son sus funciones?

Sus funciones son:

- a) Personales: el asistente debe velar por el bienestar de la persona asistida, respetando plenamente su voluntad y sus opciones personales.
- b) Patrimoniales: pueden consistir en prestar su apoyo y consentimiento a determinados actos del asistido o administrar todo o parte de su patrimonio, siempre en la medida que se le haya encargado.

La asistencia debe inscribirse en el Registro Civil del domicilio de la persona asistida mediante la comunicación de la resolución judicial, para que surta efecto ante otras personas.

LA GUARDA DE HECHO

55. ¿Qué es la guarda de hecho?

La guarda de hecho es una situación de hecho que se da cuando una persona asume los cuidados de una persona con discapacidad o la administración de sus bienes, sin que exista alguna medida voluntaria (poder, por ejemplo) o judicial (tutela o curatela) que faculten al guardador.

Es una situación muy habitual en la práctica. En muchas ocasiones, una persona con discapacidad que necesita apoyos o una persona de edad muy avanzada tiene un familiar, una pareja, un vecino o un amigo, que actúa como el apoyo que necesita en la toma diaria de decisiones o en sus cuidados, sin que haya una modificación judicial de capacidad previa (por ejemplo, una persona mayor con Alzheimer que tiene una hija o un hijo que la atiende y vela por sus cuidados y sus bienes).

La ley reconoce la figura de la guarda de hecho, y la regula brevemente y autoriza al guardador a actuar en nombre de la persona con discapacidad, siempre que las decisiones que tome busquen la protección de los intereses de esta.

Normalmente, los guardadores de hecho son los familiares próximos (padres/madres, hijos/hijas, hermanos/hermanas, etc.), aunque a veces son personas próximas (vecinos/vecinas, amigos/amigas).

56. ¿Estaba regulada por ley?

En la reforma de 1983 se reguló por primera vez en unos breves artículos que indicaban, por un lado, que una vez comprobada esta situación debía promoverse la modificación de capacidad con los controles judiciales procedentes y, esto es lo importante, que lo hecho por el guardador en beneficio de la persona con discapacidad tenía validez, no sería anulado si redundaba en su utilidad. La evolución posterior, lenta, ha ido teniendo en cuenta esta situación tan habitual.

57. ¿Cuáles son las funciones y las obligaciones del guardador de hecho?

La guarda de hecho es una figura compleja, más teniendo en cuenta que las leyes no especifican las funciones de los guardadores. Como hay una regulación legal escasa, se genera una situación de inseguridad en su actuación.

Hay que tener claro que los guardadores no son los representantes legales de la persona con discapacidad. Ningún organismo les ha atribuido su representación.

Sus funciones se pueden dar tanto en el ámbito personal como en el patrimonial:

- En el personal, podrá el guardador cuidar de la persona con discapacidad, procurándole alimentos, asistencia médica; solicitar servicios asistenciales (ayuda domiciliaria, unidades de día, centros residenciales); pedir intervenciones sanitarias y recibir información médica.

- En el patrimonial, puede administrar los bienes de la persona con discapacidad, pero no venderlos ni arrendarlos; realizar pequeños gastos ordinarios, como el pago de los suministros (luz, agua, gas, teléfono).

58. ¿Cómo se acredita la guarda de hecho?

Muchas veces, los guardadores se encuentran con la necesidad de acreditar su función, puesto que se la solicitan para actuar ante los bancos o las Administraciones Públicas. Entonces, las maneras de acreditar esta guarda de hecho son, básicamente:

1. A través de un procedimiento judicial de jurisdicción voluntaria, con el fin de obtener una resolución judicial que declare la existencia de una guarda de hecho, ejercida por una persona determinada. En la resolución judicial pueden detallarse funciones atribuidas al guardador, e incluso se publica en el Registro Civil.
2. Mediante un acta notarial de notoriedad, con la cual, después de demostrar, con testigos fundamentalmente, que existe una persona con discapacidad que recibe cuidados y asistencia de otra, se declara que es notorio que se da esta guarda de hecho. Frente a quien lo ponga en entredicho, permite justificar que, en el ámbito de vida del guardado, se conoce que un determinado sujeto se ocupa de él.

59. ¿Cuándo finaliza la guarda de hecho?

- Por voluntad de la persona con discapacidad que recibe este apoyo.
- Por defunción del guardador o de la persona con discapacidad.
- Cuando la autoridad judicial lo considere conveniente, podrá sustituir al guardador por un curador, un tutor o un defensor judicial.
- Cuando el guardador cese en su actuación.

60. ¿Cómo se prevé la regulación de la guarda de hecho en el futuro?

Existe un Proyecto de Ley de Reforma de la Legislación Civil y Procesal en materia de discapacidad, para adaptar esta legislación a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Esta reforma, que todavía no sabemos con certeza si será aprobada ni en qué términos exactos, reafuerza la guarda de hecho, la regula algo más que ahora y la reconoce como la primera y más importante institución de apoyo a la persona con discapacidad.

Así, en el último Proyecto presentado, comprobada la guarda de hecho, en principio se prevé que continúe si no hay otras medidas de apoyo establecidas. Y se desarrolla la vía para justificar la representación, mediante autorizaciones judiciales sin necesidad de poner en marcha todo el mecanismo de la

modificación de capacidad. Incluso se establecen casos en que se puede representar a la persona con discapacidad sin necesidad de la autorización judicial (pedir prestaciones económicas y aquellos actos jurídicos sobre bienes de escasa relevancia económica).

LAS ENTIDADES TUTELARES

61. ¿Qué son las entidades tutelares?

Hasta 1983 solo podían ser tutores las personas físicas. En la reforma de la tutela de ese año se introdujo un artículo que permitía ser tutores a "las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa (es decir, que no se dediquen a ganar dinero) y entre cuyos fines figure la protección de menores o personas con la capacidad modificada judicialmente". El tipo de persona jurídica que mejor encaja en estos requisitos es el de fundación, que en España puede tener un interés público y son de carácter benéfico. A partir de este momento, aparecieron fundaciones que se dedicaban a la atención de menores o personas con capacidad judicialmente modificada y, por lo tanto, podían ser tutores o curadores.

Las entidades tutelares son instituciones que tienen como finalidad ofrecer la protección y los apoyos que necesitan las personas con la capacidad jurídica modificada judicialmente, ofreciendo una alternativa en aquellas situaciones en las cuales el juez considere que esta última es la mejor opción para la propia persona.

Pueden ser de origen público, privado o mixto.

62. ¿Qué hacen?

Las entidades tutelares son responsables de ejercer las funciones de protección y apoyo establecidas en la sentencia judicial, que pueden comprender parte o todos los ámbitos de la vida de la persona en función de sus necesidades concretas: desde la protección y garantía de los derechos de la persona, al cuidado de su salud, la protección de su gestión económica y financiera...

63. ¿Cómo lo hacen?

A partir de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, las entidades tutelares asumen el reto de encontrar un equilibrio entre la voluntad y autonomía de la persona cuya la capacidad jurídica ha sido modificada, para ser protagonista de su vida y ejercer sus derechos, y la adopción de las medidas de protección y seguridad jurídica definidas en la sentencia, necesarias para que pueda ejercerlos con garantías.

En el día a día de la persona, le ofrecerán apoyos en la toma de decisiones de su vida, tanto a nivel personal como a nivel económico, de acuerdo con las indicaciones recogidas en la sentencia judicial y priorizando los deseos de la persona.

64. ¿Cómo se relacionan con los familiares?

Las entidades tutelares tienen que adaptarse a la situación de cada persona y familia.

Cuando la familia es un referente para la persona, la relación entre los familiares y las entidades tutelares tiene que ser de cooperación. Es aconsejable que se inicie con tiempo suficiente para acompañar a la persona y a la familia en el procedimiento de modificación de la capacidad y poder diseñar juntos el sistema de protección y apoyo que se ofrecerá a la persona, conociendo sus capacidades, habilidades, necesidades, situación personal, económica, patrimonial, de salud... Todo esto mejorará la calidad en la gestión de los apoyos que podrá ofrecer la entidad tutelar.

65. ¿Qué servicios ofrecen las entidades tutelares?

Las diferentes entidades tutelares ofrecen los servicios adaptados a sus propios fines y a las necesidades de las personas atendidas.

Con carácter general, pueden ofrecer:

- Servicio de tutela o curatela centrado en la gestión del sistema de apoyo encomendado mediante sentencia judicial, a través del cual ofrecen a la persona con capacidad jurídica modificada los apoyos individualizados que completen su capacidad jurídica para desarrollar su plan de vida.
- Servicio de pretutela, durante el cual la familia y la persona trabajan junto a la entidad para definir la atención que recibirá su familiar una vez que la entidad asuma la función tutelar.
- Servicio de información y orientación, que permite asesorar a las personas que lo soliciten, en relación con las medidas de protección jurídica y social que se ofrecen a las personas, el marco jurídico, los servicios de apoyo, etc...
- Servicio de apoyo a familiares que ejercen cargos tutelares, capacitando y acompañando a los familiares que asumen la tutela o curatela para facilitarles el desempeño de este rol.

Las fundaciones tutelares suelen disponer también de un servicio de voluntariado tutelar que facilita el acompañamiento emocional y la participación social de las personas a las que ofrecen apoyo.

66. ¿Cómo se desarrolla el servicio de tutela en las entidades tutelares?

A partir de la Convención, los servicios de tutela son servicios de gestión del sistema de apoyo y asistencia en la toma de decisiones definido en la sentencia judicial.

Habitualmente, las entidades tutelares ofrecen atención individualizada y ajustada a la necesidad de complemento de la capacidad de la persona definida en la sentencia judicial, en tres áreas de intervención: a nivel personal y social, a nivel jurídico y a nivel administrativo. Para ello, cuentan con equipos profesionales cualificados.

67. ¿Las entidades tutelares están obligadas a asumir las tutelas que el Juez les otorgue?

El desempeño del cargo nombrado por sentencia judicial es obligatorio. Sin embargo, el Código Civil prevé una serie de excusas que, justificadas ante el juez, permiten renunciar al cargo.

El Código Civil prevé que las personas jurídicas podrán excusarse cuando carezcan de medios humanos y materiales suficientes para el adecuado desempeño de la tutela.

No pueden ser titulares de la tutela ni de la administración patrimonial, las personas jurídicas que, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona protegida. Sin embargo, por necesidades de la persona tutelada, la autoridad judicial puede autorizar a las entidades tutelares a prestar servicios asistenciales y residenciales.

68. ¿Cómo se financian las entidades tutelares?

El sistema de financiación de las entidades tutelares depende de su origen, bien sean públicas, privadas o mixtas, y del modelo desarrollado en cada comunidad autónoma, siendo muy significativas las diferencias entre unos y otros.

Existe la posibilidad de fijar una retribución para la entidad tutelar por el ejercicio de su cargo, que saldrá del patrimonio del tutelado.

También es posible que los progenitores expresen en testamento su voluntad de ofrecer al tutor una retribución determinada que se incluirá en la rendición de cuentas anuales.

69. ¿Quién supervisa a las entidades tutelares?

Las entidades tutelares están sometidas a la tutela judicial, responsable de supervisar el ejercicio de las obligaciones que asumen al ejercer un cargo tutelar de protección y apoyo, y al control de la entidad pública competente.

Sus obligaciones son:

- Presentar un inventario de bienes: las entidades tutelares están obligadas a presentar al juzgado un inventario de los bienes de la persona con capacidad jurídica modificada al asumir el cargo y, anualmente, tienen que presentar una rendición de cuentas que justifique la gestión que se ha realizado.
- Ofrecer los apoyos y protección que necesite la persona según disponga la sentencia: en el ámbito personal, están obligadas a procurarle alimentos, a procurar su desarrollo personal e inclusión social y a promover la recuperación de su capacidad.
- En el ámbito patrimonial, están obligadas a ejercer la administración del patrimonio de la persona con la diligencia de "un buen padre de familia".

Por otro lado, las entidades tutelares tendrán que solicitar autorización judicial previa para los actos más relevantes tanto a nivel personal (como internar a la persona en un centro), como a nivel económico, (enajenar bienes inmuebles, pedir un préstamo, renunciar a una herencia, etc.)

70. ¿Las entidades tutelares asumen las deudas de las personas atendidas?

Entre las obligaciones de las entidades tutelares no se encuentra la de asumir las deudas de las personas atendidas. Su labor será la de ofrecer apoyo y protección de acuerdo con las circunstancias propias, personales, sociales y económicas de la persona.

71. ¿Cómo puedo conocer las entidades tutelares?

En Cataluña hay varias entidades tutelares. El organismo autonómico con competencias en asuntos sociales podrá facilitar la información en cada caso.

LA AUTOORGANIZA- CIÓN DE LA PROPIA DISCAPACIDAD

LA AUTOORGANIZACIÓN DE LA PROPIA DISCAPACIDAD

72. Mientras estoy con mis facultades mentales en plenas condiciones, ¿puedo adoptar alguna medida en previsión del día en que vea mi capacidad reducida?

El autogobierno o autonomía de la voluntad de la persona permite que cualquiera pueda tomar decisiones en relación con una situación de posible discapacidad en el futuro.

Es conveniente acudir a un experto jurídico, ya se trate de un notario o un abogado, que conozca bien esta materia.

Tiene que exponerle su preocupación sobre una situación futura de discapacidad y el experto le hará las preguntas necesarias para conocer lo que usted querría que se hiciera en tal situación y recomendarle una solución adecuada a su voluntad y su contexto personal, familiar y patrimonial.

73. ¿Qué aspectos de la vida puedo ordenar ahora para cuando no pueda hacerlo solo por mí mismo y necesite ayuda de otra persona o incluso que otra persona me represente?

A través de la autotutela y los poderes preventivos, que son instrumentos ofrecidos por el ordenamiento jurídico como soluciones jurídicas en previsión de la propia discapacidad, puede ordenar tanto las cuestiones patrimoniales que se refieren a la conservación, administración o disposición de sus bienes, como los aspectos relativos a su atención personal y sus cuidados, incluso médicos, designando a la persona o personas de su confianza en quienes encomienda estas tareas, así como los criterios que tienen que observar.

La autonomía de la voluntad se traduce, en la práctica, de diferente manera según se recurra a la autotutela nombrando a un tutor o al poder preventivo designando un apoderado, pero en ambos casos tiene que acudir a la notaría y otorgar una escritura pública para que su voluntad tenga plena eficacia frente a terceros y tanto la persona nombrada como los que contraten con ella tengan seguridad sobre su voluntad.

74. ¿Qué diferencia hay entre nombrar a un tutor y nombrar a un apoderado?

El tutor es el representante legal nombrado por el juez en un proceso de modificación de la capacidad de obrar, si bien cualquier persona puede ir a la notaría cuando todavía tiene capacidad y declarar en un documento público la identidad de la persona que ejercerá el cargo de tutor en caso de ser necesario. Esta designación se denomina autotutela y será tenida en cuenta por el juez para el nombramiento, sin perjuicio de que deba comprobarse la idoneidad de la persona nombrada.

El apoderado es, en cambio, la persona nombrada como tal en escritura pública para representar a la persona que lo ha nombrado cuando esta vea reducida su capacidad, pero sin que tenga que ser nombrado por el juez y sin que tenga que instarse el procedimiento judicial de modificación de la capacidad del poderdante, excepto si así lo ha previsto este último (como veremos más adelante). Se trata de un representante voluntario.

LA AUTOTUTELA

75. ¿Qué es la autotutela?

La autotutela supone que una persona prevé, para el caso de que pueda ser modificada su capacidad, quién quiere que sea su tutor y qué reglas adicionales desea para el ejercicio de la tutela. Se aplica también este nombre cuando se dictan disposiciones para los hijos de quien designa a un tutor, para el caso de menores o personas con capacidad modificada que precisen el nombramiento de tutor.

Existía en el Código Civil estatal desde su primera redacción. Al configurarse la actual tutela, en 1983, se contempló solo para que los padres pudieran designar quiénes querían que fueran tutores de sus hijos cuando faltaran. Posteriormente, se amplió a la designación de tutor para uno mismo.

76. ¿Cómo se realizan las previsiones sobre la tutela?

Tanto la autotutela como la designación de tutor para los hijos se realizan ante notario en escritura pública. Para los hijos se puede realizar en el testamento de los padres o en escritura independiente; en el caso de autotutela para uno mismo, por razones obvias (cuando se aplica mi autotutela estoy vivo y mi testamento no es eficaz todavía), solo en escritura pública independiente.

Realizado el nombramiento, el notario debe comunicarlo al Registro Civil, donde se anotará al margen de la hoja de nacimiento. Además, el juez tiene que consultar la hoja de nacimiento si se inicia un proceso de modificación de la capacidad, para tenerlo en cuenta.

77. ¿Para qué sirve?

A pesar del nombre tradicional, no se limita al hecho de designar tutor, sino que es mucho más amplia. Incluye prácticamente todas las disposiciones que consideremos sobre las medidas de apoyo que puedan establecerse judicialmente. Dice el Código civil de Cataluña: "nombrar o excluir (...) a una o más personas para que ejerzan los cargos tutelares. También puede hacer disposiciones respecto al funcionamiento y al contenido del régimen de protección que pueda ser adecuado, especialmente en cuanto al cuidado de su persona". Entre otras cosas, se podrá nombrar tutor o curador; designar a varios que actúen conjuntamente o con reparto de funciones, más otros que los controlen; disponer sobre la forma de vida que se quiere para los hijos, relaciones con parientes u otras personas, etcétera.

También podría actuarse en sentido negativo, excluyendo a alguien de las medidas de apoyo, es decir, diciendo quién no puede ser tutor o curador. Esta situación se produce más de lo que parece.

78. ¿Quién puede ejercitarla?

El Código Civil de Cataluña es tajante en lo referente a esto: los titulares de la patria potestad cuando se trate de designar a los apoyos para sus hijos.

Para regular nuestros propios apoyos: "Para el caso de que sea declarada incapaz, toda persona con plena capacidad de obrar puede nombrar o excluir, en escritura pública, a una o más personas para que ejerzan los cargos tutelares".

79. ¿Sobre quién se puede aplicar?

Correlativamente a lo anterior, sobre los hijos o sobre uno mismo. La norma no se refiere a nietos, que podría ser recomendable en algunos casos. Imaginemos a unos padres sin capacidad para hacerlo, por su propia discapacidad o por circunstancias especiales (por ejemplo, por drogadicción), cuyos hijos están al cuidado los abuelos. La vía que ante esta carencia se podría adoptar sería intervenir en el procedimiento de modificación de la capacidad o de nombramiento de tutor a fin de que el juez, en sus facultades de alterar el orden marcado por la ley, en interés de la persona con capacidad modificada, pueda designar a la persona más adecuada.

80. ¿Qué eficacia tiene?

A la hora de designar tutor, el Código Civil catalán establece un orden de preferencia. Actualmente es el siguiente:

- 1) el designado por el propio tutelado (primer supuesto de autotutela);
- 2) los designados por los padres (segundo supuesto de autotutela);
- 3) el cónyuge o el conviviente en pareja estable;
- 4) los hijos o nietos mayores de edad;
- 5) los padres o abuelos;
- 6) los hermanos.

Sin embargo, el juez puede no aplicar este orden, en resolución motivada, y sin tasación de motivos, en interés del tutelado.

81. ¿Es previsible alguna modificación?

Es previsible, especialmente en la fase en la que se produce la autotutela, antes de un posible proceso de modificación de la capacidad y nombramiento de tutor o curador.

LOS PODERES PREVENTIVOS

82. ¿Qué es un poder preventivo?

Un poder es una autorización que una persona (poderdante) da a otra (apoderado) para que realice algo por ella. Cualquier cosa. Desde comprarle una barra de pan hasta vender una casa. Si por cualquier motivo (porque para hacerlo tenga que ir a otra ciudad y no me venga bien, me resulte muy caro, o porque no me pueda desplazar a la tienda de la esquina) no puedo asistir, envío a un apoderado con estas facultades. También se llama poder al documento donde se contiene la autorización. Para los actos jurídicos importantes, debe constar en escritura pública (en el ejemplo anterior, hará falta para vender una casa, pero no para comprar una barra de pan).

Puede ser para una cosa concreta (la venta de antes) o para muchas cosas, incluso para que haga en mi nombre todo lo que se necesite hacer. En este caso se le da el nombre de poder general, y es muy útil para personas con dificultades para gestionar sus asuntos.

El poder es parte de una relación de mandato, un contrato por el cual uno encarga algo a otro, que normalmente ni siquiera consta por escrito. En el poder no aparece nada de este encargo, solo lo que se puede hacer. Uno y otro se basan en la voluntad, sobre todo del poderdante (el que encarga algo). Si esta cesa, se revoca y anula el poder, ya no podemos usarlo. El Código estatal también considera causa de anulación que el poderdante-mandante pierda la capacidad.

En 2003 se introdujo un pequeño añadido a esta causa de extinción del mandato/poder: salvo que yo diga que, si pierdo la capacidad, el poder continúa valiendo. Este es el poder preventivo, el que será válido si el poderdante pierde la capacidad.

83. ¿Qué diferencia hay entre este poder preventivo y el poder general que normalmente otorgan los padres cuando son mayores a los hijos, para que estos los representen ante los bancos, o en la venta de un inmueble, por ejemplo?

Es habitual que los cónyuges se otorguen un poder recíproco para que uno de ellos pueda actuar en nombre del otro e incluso que los padres otorguen un poder a sus hijos o a alguno de ellos.

Este poder, que solemos denominar "poder general" porque su contenido se refiere al otorgamiento al apoderado de facultades amplias para actuar en la esfera patrimonial del poderdante, queda extinguido cuando la persona que ha otorgado el poder pierde su capacidad. De forma que no es un poder que sirva en un caso de discapacidad del poderdante, sino que, por el contrario, este poder al cual nos referimos queda sin efecto y no puede ser usado por el apoderado, teniendo por lo tanto limitada su eficacia al tiempo durante el cual el poderdante tenga plena capacidad.

El poder preventivo, aunque su contenido sea un poder general, es el que se otorga para que se pueda usar precisamente cuando el poderdante ya no pueda actuar por sí mismo, porque ha visto menguada su capacidad o la ha perdido por completo.

84. ¿Cómo se realiza este poder preventivo?

Este poder preventivo es una medida que evita el recurso al procedimiento judicial para declarar modificada la capacidad de obrar de una persona, de forma que cualquiera de nosotros puede ordenar su futura situación de discapacidad sin la intervención de la autoridad judicial, sin perjuicio de que esta intervenga para la protección de la persona con discapacidad si fuera necesario, incluso revocando el poder que esta otorgó. Como está dentro de un contexto (el contrato de mandato), se puede completar con las instrucciones que damos a quien lo usará, con todo el contenido patrimonial o personal que constituye el campo dentro del cual se utilizará el poder.

Formalmente, para los actos económico-jurídicos más relevantes, la ley exige que se otorgue en escritura pública notarial. Esto permite unir información y asesoramiento a quien lo hace, y apreciar su capacidad para el documento en el momento en que se haga.

85. ¿Qué tipos de poder preventivo hay?

Hay dos clases de poder preventivo:

Primero, el poder otorgado para ser usado mientras el poderdante tiene capacidad, en el cual este otorga al apoderado las facultades más o menos amplias que estime por conveniente y que el apoderado debe usar siguiendo las instrucciones del poderdante, pero en el que se incluye además una cláusula para que el poder continúe vigente, aunque tenga lugar la incapacidad sobrevenida del poderdante.

Segundo, el que se otorga solo para el caso de incapacidad del poderdante, de forma que el apoderado solo podrá usarlo cuando acredite que el poderdante se encuentra en una situación de discapacidad.

86. Para que despliegue sus efectos el poder preventivo otorgado solo para ser usado en caso de discapacidad, ¿tiene que ser una incapacidad declarada judicialmente o es suficiente con que sea una situación de hecho?

Será el propio poderdante el que indicará, cuando otorgue el poder, en qué casos quiere que se use, pero lo recomendable para que el poder preventivo sea un instrumento de apoyo real al poderdante en situación de discapacidad, es que no se limite su uso al hecho de que exista una previa declaración judicial de modificación de la capacidad, porque es esta declaración judicial lo que normalmente quiere evitar el poderdante.

Lo más conveniente es que, si una persona está pensando en que sea el juez el que intervenga en el caso de que su capacidad se vea reducida, organice su situación para el futuro por medio de la autotutela.

Lo habitual es que el poder preventivo se otorgue para atender la incapacidad del poderdante como situación de hecho. En el caso del poder preventivo dado para el caso solo de discapacidad del poderdante hay dos aspectos a tener en cuenta. El primero de ellos es especificar qué clase de discapacidad (intelectual o física o sensorial) y qué extensión (el grado de discapacidad) serán necesarias para que el poder pueda ser ejercitado.

En segundo lugar, se debe determinar cómo se tendrá que acreditar esta discapacidad, porque tiene que tratarse de un medio seguro (certificado médico o certificado administrativo, o por el propio juicio del notario sobre la capacidad).

87. Cuando se ha otorgado un poder preventivo, ¿ya no es necesario modificar judicialmente la capacidad del poderdante?

En Cataluña, si una persona otorga un poder preventivo ya no es necesario el nombramiento de tutor ni por lo tanto su modificación judicial de capacidad.

88. Si el Juez declara que una persona tiene su capacidad legal disminuida, ¿el poder quedaría sin efecto?

No, para que el poder quede sin efecto tiene que ser expresamente revocado por el juez.

89. Cuando las personas mayores van a vivir a una residencia, es habitual que tengan que designar a una persona que las represente ante el centro residencial en caso de que el residente pierda o vea disminuidas sus facultades mentales. ¿Esta autorización tiene el mismo valor que el poder preventivo?

Se trata de un poder preventivo otorgado en documento privado y es válido para la finalidad para la cual se otorga. No obstante lo anterior, es recomendable que la persona residente en estos centros regularice la situación otorgando los poderes preventivos pertinentes en escritura pública ante notario para la mayor seguridad del apoderado y del centro, porque el documento público asegura la identidad del poderdante, su capacidad y el consentimiento en cuanto al contenido del poder.

90. ¿Y si el apoderado no respeta mi voluntad?

Es conveniente indicar en el poder preventivo, además de la identidad del apoderado, la de alguna persona que ejerza una función de control o vigilancia de su actuación o incluso que se precise el consentimiento de alguna persona además del apoderado para realizar ciertos actos de disposición de los bienes o para tomar decisiones de carácter sensible sobre su persona. Recordemos que se incluye dentro de una relación de mandato, que permite regular muchas más cosas que una simple lista de actos que puede realizar el apoderado.

Sin perjuicio de todo esto, el Ministerio Fiscal podrá, de oficio, cuando tenga noticias de una situación irregular o que atente contra la protección de la persona con discapacidad, solicitar la revocación judicial del poder preventivo.

91. ¿Qué significa que el tutor y el apoderado, cada uno en su caso, son los representantes de la persona? ¿Toman decisiones en lugar de hacerlo ellas, las sustituyen?

A la vista de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, a la cual tiene que adecuarse el ordenamiento jurídico español, debemos tener en cuenta que en ella se reconoce capacidad jurídica a todas las personas. Para asegurar la igualdad de las personas con discapacidad con el resto de las personas, cada una de las medidas jurídicas previstas para atender la situación de discapacidad de la persona (en concreto la autotutela y los poderes preventivos) tiene que ser concebida como una medida de apoyo que se ejercerá teniendo en cuenta la opinión de la persona con discapacidad y no como un medio de sustitución. Por ello, la representación que llevarán a cabo tanto el tutor como el apoderado tiene que ejercerse como un apoyo a la persona con discapacidad, teniendo en cuenta el respeto a su voluntad y a sus preferencias, porque será la persona con discapacidad la que tomará sus propias decisiones, por regla general. Ahora bien, en los casos en que esta posibilidad de entender y decidir no exista, no quedará más remedio que acudir a una sustitución de su voluntad.

LA SUCESIÓN Y LA DISCAPACIDAD

LA SUCESIÓN Y LA DISCAPACIDAD

92. ¿Por qué puede ser importante el derecho de sucesiones en relación con la discapacidad?

En cuestiones económicas, la discapacidad produce con frecuencia dos efectos.

El primero es que las personas con discapacidad muchas veces no trabajan y, si lo hacen, ocupan lugares peor pagados que los demás. Es decir, ingresan menos. Pero tienen los mismos gastos, o más, que los demás. Esto produce como consecuencia que las familias busquen cómo destinar el patrimonio familiar para intentar cubrir este déficit, especialmente cuando falten los padres.

El segundo efecto es que las personas con discapacidad intelectual tienen mayores dificultades para administrar su patrimonio que las personas que no sufren este tipo de discapacidad. Por eso son convenientes aquellas figuras jurídicas que arbitran formas de administración del patrimonio heredado por parte de otras personas (normalmente, familiares).

La vía que se puede utilizar para los dos aspectos anteriores es el testamento, en el cual se pueden aplicar los medios que la ley permite para concentrar el patrimonio familiar en la persona con discapacidad y, si hace falta, establecer un sistema de administración en su favor.

93. ¿Qué es y para qué sirve un testamento?

El testamento es el documento donde una persona indica el destino de sus bienes y derechos en el momento de su defunción. En el campo de la discapacidad es importante en dos sentidos:

- Desde el punto de vista de la persona con discapacidad, modificada o no su capacidad legal, porque tiene igual interés que cualquier otro en decidir quién será el beneficiario de su patrimonio al morir. Esto es particularmente importante en los casos en que alguien, capaz hoy, prevea que en el futuro perderá su capacidad. ¿Quién mejor para organizar su futura atención que uno mismo? Si esta organización tiene aspectos económicos para después de la defunción, la herramienta habitual es el testamento.
- Desde el punto de vista de otras personas, normalmente parientes, porque será el instrumento a través del cual le podrán dejar bienes a la persona con discapacidad, especialmente si son sus cuidadores o las personas de quienes depende. Aquí vemos una de las grandes cuestiones de las familias en esta situación: ¿qué será de mi hijo cuando yo falte?

94. ¿Quién puede hacer testamento? ¿Pueden hacerlo las personas con discapacidad?

Para que una persona pueda hacer testamento, deben cumplirse dos requisitos: que quiera hacerlo y que sea capaz de comprender su contenido. Esto causa problemas a las personas con discapacidad intelectual que, según su alcance, puede impedirles hacer testamento. La discapacidad física o sensorial puede causar problemas de comunicación con el encargado de hacerlo, el notario, pero se utilizarán apoyos para solucionarlo. Comunicación directa o, si no es posible, con intérpretes. No es obstáculo el no poder firmar.

El notario recibirá esta comunicación, juzgará la capacidad del testador para poder hacer el testamento, le dará forma y, con testigos si hace falta, lo firmará junto con el testador.

95. Si no hay testamento, ¿quién hereda?

En caso de que no haya testamento, no hay ninguna especialidad para las personas con discapacidad, o con la capacidad modificada judicialmente.

Las legislaciones civiles establecen un orden por proximidad en el parentesco:

1. En primer lugar, los descendientes, por stirpes: primero, los hijos por partes iguales; si falta cualquiera de ellos, los nietos reciben su parte.
2. Si el causante muere sin hijos ni otros descendientes, sucede el cónyuge viudo o el conviviente en unión estable de pareja superviviente.
3. Si el causante muere sin hijos ni descendientes y sin cónyuge o conviviente, la herencia se atribuye a los progenitores.
4. Si el causante muere sin hijos ni descendientes, sin cónyuge o conviviente y sin ascendientes, la herencia se atribuye a los parientes colaterales (los hermanos e hijos de hermanos tienen preferencia, y tíos, primos, sobrinos e hijos de sobrinos).
5. Si no hay ninguno de los anteriores, sucede la Generalitat de Catalunya.

96. ¿Hereda el tutor?

Como se deduce de la respuesta anterior, los tutores y curadores no tienen, por razón de su cargo, ningún derecho en la herencia de una persona cuya tutela o curatela les haya sido encomendada, salvo que, por el grado de parentesco, sean herederos, como hemos visto antes.

97. ¿Cómo se sabe quién hereda a la persona con discapacidad?

Como en el caso de cualquier otra persona. Aquí no hay ninguna consecuencia de la discapacidad, excepto la que comentaremos.

En primer lugar, será heredero quien haya indicado en el testamento el propio interesado. La especialidad de la discapacidad es que, especialmente en la intelectual, puede ser que no haya capacidad suficiente para hacer testamento.

A falta de testamento, serán herederos los parientes, por un orden determinado, como se ha visto en una pregunta anterior.

La manera de averiguar y justificar quiénes son estos parientes es a través de un expediente en el cual se examina a la familia y sus miembros, y se determina el derecho de cada uno en la herencia. Aspectos tan simples como si hay hijos, cuántos y quiénes, desconocidos fuera del ámbito notarial, quedan así jurídicamente establecidos. El expediente se tramita en la denominada acta de declaración de herederos abintestato (sin testamento), que es un documento notarial.

Como habitualmente entre ellos estarán el tutor o el curador, heredarán en su caso por ser parientes, pero no tienen ninguna preferencia frente a las otras personas que ocupan una situación como la suya.

98. ¿Qué es la legítima?

Las disposiciones que ponemos en testamentos no son libres. Hay una limitación que se llama "la legítima".

La legítima (mejor, las legítimas) es una parte de la herencia que tiene que ir a determinados parientes, limitando así la libertad de testar de las personas. En el caso de Cataluña, la legítima supone la cuarta parte de la cantidad que resulte del valor de los bienes de la herencia en el momento de la defunción del causante. A ella se le restan las deudas y los gastos de última enfermedad y entierro, y se le suma el valor de los bienes que el causante hubiera dado durante los 10 años previos a su muerte.

Los legitimarios en Cataluña son:

- a) En primer lugar, los descendientes, es decir, los hijos del causante, por partes iguales. En caso de que alguno de los hijos haya muerto antes que el causante, o haya sido desheredado, será sustituido por sus descendientes, es decir, los nietos del causante.
- b) Los ascendientes serán legitimarios en ausencia de los descendientes. En este caso, solo serán legitimarios los progenitores, de forma que, en ausencia de ellos, este derecho no se transmitiría a los abuelos del causante.

En Cataluña, el cónyuge o pareja de hecho no tiene derecho a la legítima: solo descendientes y ascendientes.

99. ¿Cómo afecta a las personas con discapacidad?

Como testadoras, les afecta en la misma forma que a los demás. No pueden disponer con completa libertad.

Como beneficiarios de la legítima (porque la limitación al testador tiene sus beneficiarios, estos parientes) sí que tienen algún beneficio, en una figura jurídica muy concreta y, sinceramente, no muy usada. Se llama sustitución fideicomisaria. Consiste en la posibilidad de dejar la herencia a una persona y, a su defunción, a otra. Es decir, dos herederos, pero de manera sucesiva.

En el caso de la discapacidad, esto es bastante interesante, porque se podría dejar toda la herencia a un hijo con discapacidad y, al faltar este, a sus hermanos o sobrinos, o a alguno de ellos (el que se encargue de su atención, por ejemplo). Y aquí interviene la legítima. En el primer llamamiento, hay que respetar lo que por ley corresponde a los hermanos. En el segundo, hay una parte de la herencia dejada al primero a la que no se pueden poner limitaciones.

100. ¿Es necesario designar heredero en el testamento?

Sí, porque son nulos los testamentos que no contienen institución de heredero, salvo que contengan nombramiento de albacea universal o sean otorgados por una persona sujeta al derecho de Tortosa

101. Otras posibilidades.

Existe una posibilidad que tienen los padres o ascendientes de personas con la capacidad modificada judicialmente, que es la sustitución ejemplar.

A través de esta, los padres o ascendientes de una persona con la capacidad modificada judicialmente pueden testar en lugar de este descendiente, como si se tratara de su testamento. Lo que hacen es instituir un sustituto del descendiente, para el momento en que este muera.

La sustitución ejemplar comprende, no solo los bienes del testador, sino también los del descendiente, si este no ha otorgado testamento ni pacto sucesorio.

Respecto a la modificación judicial de la capacidad del descendiente, basta con que él muera teniendo la capacidad modificada, aunque en el momento de otorgar testamento el padre o ascendiente no estuviera modificada la capacidad del descendiente.

102. ¿Hay otras figuras del derecho de sucesiones útiles para la atención de personas con discapacidad, de carácter local?

Hemos visto que las cuestiones que podía atender el derecho sucesorio en esta materia eran, esencialmente, concentrar los bienes del patrimonio familiar para la atención de la persona con discapacidad, y establecer un sistema de apoyo para la administración en su favor de este patrimonio.

En los llamados derechos forales, o derechos propios de determinadas comunidades autónomas, utilizan algunas de estas figuras.

Ya se ha indicado que algunos sistemas de legítimas permiten concentrar la herencia en alguno de los descendientes, apartando a los otros (legítimas colectivas y formales).

103. El comisario.

Esta figura implica la atribución a una persona de varias funciones en relación con nuestra herencia, después de nuestra defunción. La más importante es que la herencia no tendrá que entregarse inmediatamente a los herederos. Puede ordenarse que sea administrada por otra persona, por un plazo que puede ser el de toda su vida (el caso más habitual, pero no el único, es que el comisario sea el viudo). Tendrá la administración, representará la herencia sin repartir. Puede también atribuirse el usufructo (la administración más los rendimientos), al propio comisario o al pariente con discapacidad. Y se le puede atribuir la facultad de repartir nuestra herencia conforme a nuestras instrucciones o como tenga a bien.

En combinación con una legítima colectiva (la que no hay que repartir por partes iguales, sino a quienes queramos de los descendientes), es una herramienta útil para concentrar el patrimonio, para después de la defunción de los padres, en el hijo con discapacidad o en el hijo que se haya hecho cargo de este, con obligaciones de asistencia.

Imaginemos un matrimonio con varios hijos, uno con discapacidad. Sin el comisario, al morir uno de los padres, se entrega su herencia a los hijos, uno de los cuales necesitará en el futuro una atención económica. Con el comisario, se encarga al viudo que la administre, se fija quién recibe los rendimientos (él mismo o el hijo), y la reparte como quiera, o incluso determina quién recibe los dos patrimonios al morir (el del primer fallecido y el suyo). La atención económica familiar al hijo se ha prolongado hasta la defunción del último de sus padres. Incluso se puede nombrar comisario a otra persona (o en los casos mas avanzados, a una institución), de forma que esta atención se prolongue durante toda la vida del que la necesita, entregándose el resto del patrimonio al final a los otros descendientes.

104. ¿Dónde hay comisarios o figuras similares?

Está admitido en Galicia, pero allí solo entre cónyuges.

En Cataluña no hay, pero es tradicional la figura del albacea universal. Tiene muy amplias facultades, según lo ordenado por el testador, para la administración y representación de la herencia hasta su entrega a los herederos. Se incluyen facultades para vender los bienes de que se compone.

En Aragón existe bajo la denominación de fiducia sucesoria, que podrá ser individual o colectiva (por varias personas), centrada en el cónyuge y la familia.

En Navarra no hay, pero el carácter de legítima formal, es decir, que no hay que dejar nada con contenido económico a los hijos, permite atribuir la figura del comisario al viudo con las más amplias facultades, como propietario de todo.

En el País Vasco tiene todas las facultades que se han enumerado en los puntos anteriores.

105. ¿Y en el Código Civil estatal?

La tradición del Código es contraria a esta figura, en base a un principio general que impide que uno pueda testar por otro y en consecuencia pueda adoptar decisiones en la herencia ajena, además del estricto sistema de legítimas. Sin embargo, ha ido evolucionando lentamente en esta materia hasta llegar, en 2003, a la figura llamada fiducia sucesoria (en el Código, delegación de la facultad de mejorar), en la cual se puede encargar al viudo (o al otro progenitor de hijos comunes) la administración y adjudicación por el plazo que se determine, respetando las legítimas estrictas (la parte de herencia que hay que repartir por partes iguales a todos los hijos).

106. El pacto sucesorio.

Consiste en organizar la sucesión en nuestros bienes mediante contrato con los que los recibirán, o con otras personas, por ejemplo con el cónyuge. En vez del testamento, que hace solo el testador y se puede cambiar cuando queramos, el pacto sucesorio se negocia con los sucesores o con el otro titular del patrimonio familiar, y no se puede cambiar sin su intervención.

Habiendo entre los parientes personas con discapacidad, se puede regular su futura asistencia, adjudicando, a cambio, bienes a las personas que se encargarán de dicha asistencia. E incluso, para atender nuestra posible futura discapacidad, se puede establecer que reciba bienes el que prestará la asistencia, ahora o a la defunción.

El contenido puede ser muy variado. Puede incluir la entrega actual de bienes, o simplemente una entrega a nuestra defunción que, sin embargo, no podrá ser modificada más que por todos los que suscribieron el pacto. Y puede hacerse entre personas con regímenes diferentes, por ejemplo, unos vascos con unos gallegos, siempre que su legislación personal (la autonómica) lo contemple.

Se regula la posibilidad de hacer pactos sucesorios en Galicia, Aragón, las islas de Ibiza y Formentera, Navarra, el País Vasco y Cataluña. En la regulación en Cataluña nos encontramos con que:

- Se pueden otorgar entre cónyuges o entre padres e hijos, pero también con el conviviente en unión estable de pareja y con ciertos familiares con determinado grado de parentesco por consanguinidad o afinidad.
- Para que sean válidos, deben otorgarse en escritura pública.
- Los otorgantes de un pacto sucesorio deben ser mayores de edad y tener plena capacidad de obrar.

EL PATRIMONIO PROTEGIDO

EL PATRIMONIO PROTEGIDO

107. ¿Qué es?

El Patrimonio Protegido de las Personas con Discapacidad es un conjunto de bienes (dinero, propiedades o derechos) destinado, en exclusiva, a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona.

Hay que tener en cuenta que las personas con discapacidad tienen los mismos gastos o más (rehabilitación, logopedia, sillas, aparatos varios, cuidadores o monitores, coches adaptados, etc.) que las otras. Y tienen normalmente más dificultades para obtener ingresos. En consecuencia, se pensó que sería bueno arbitrar un procedimiento para fomentar la afectación de bienes aportados a título gratuito por el constituyente, así como de sus rendimientos, a la satisfacción de las necesidades vitales del beneficiario. La manera de fomentarlo fue procurar un beneficio fiscal a quien aportara los bienes.

El patrimonio protegido es un patrimonio autónomo, sin personalidad jurídica, sobre el cual el constituyente, el administrador y el beneficiario no tienen la propiedad ni ningún otro derecho real. Se trata de un patrimonio que no tiene titular (no pertenece ni al constituyente, ni al administrador, ni al beneficiario).

No responde de las obligaciones del beneficiario, ni tampoco de las del constituyente o de quien hizo las aportaciones.

La finalidad del patrimonio protegido es la satisfacción de las necesidades vitales de una persona, que incluye:

- Todo lo indispensable para el mantenimiento, la vivienda, el traje y la asistencia médica de la persona alimentada, así como los gastos para su formación íntegra.
- Los gastos derivados de hacer todo lo necesario para favorecer la recuperación de la capacidad del tutelado y su inserción en la sociedad o, si esto no es posible, para prevenir su empeoramiento y para mitigar las consecuencias de la incapacidad.
- Los gastos derivados de la adquisición de aparatos tecnológicos, la realización de viajes o actividades lúdicas, y varios servicios que mejoren su bienestar diario: el logopeda, el fisioterapeuta, los tratamientos, sus gastos corrientes, la adaptación del coche, la silla de ruedas, etc.

108. ¿A favor de quién se puede hacer?

Pueden ser beneficiarias de patrimonios protegidos:

- a) Las personas con una discapacidad psíquica igual o superior al 33 por ciento.
- b) Las personas con una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65 por ciento.
- c) Las personas que están en situación de dependencia de grado II o III.

El grado de discapacidad o de dependencia se acredita por medio del certificado emitido por el órgano administrativo competente o por medio de una resolución judicial firme. Recordemos que en Cataluña existe la llamada tarjeta acreditativa de la discapacidad, la cual tiene como finalidad dar testimonio fehaciente y acreditar la condición de discapacitado de la persona titular.

109. ¿Quién lo hace?

Pueden constituirlo:

1. El propio beneficiario o beneficiarios.
2. Toda persona, incluso las personas jurídicas (fundaciones, empresas, etc.), puede constituir un patrimonio protegido en interés de una persona con discapacidad que pueda ser beneficiaria, pero, en ese caso, será necesaria la aceptación del beneficiario o, si procede, la de sus representantes legales.

110. ¿Cómo se hace?

Como se trata de una figura en la cual hay interesadas personas con discapacidad y que además permite generosas deducciones fiscales, la norma exige los más amplios estándares de seguridad jurídica, sin necesidad de llegar a la intervención judicial (tan habitual en las actuaciones sobre discapacidad).

La constitución del patrimonio y las posteriores aportaciones que se hagan tendrán que constar en escritura pública. Como mínimo, en la escritura deben constar los siguientes datos:

- a) El constituyente y los beneficiarios, así como las circunstancias de estos que permiten la constitución del patrimonio protegido.
- b) La expresión de la voluntad de constituir un patrimonio protegido y de afectar los bienes que lo integran a la satisfacción de las necesidades vitales de los beneficiarios.
- c) La denominación del patrimonio protegido, que se tiene que hacer de una manera específica utilizando la expresión "patrimonio protegido a favor de", seguida del nombre y los apellidos del beneficiario.
- d) La descripción de los bienes objeto de la aportación y de la forma como se hace o se hará.
- e) Las personas designadas para administrar el patrimonio protegido, que no pueden ser los beneficiarios.
- f) Las personas ante las cuales se debe rendir cuentas en caso de conflicto de intereses.

111. ¿Quién lo administra?

La administración del patrimonio protegido corresponde a la persona física o jurídica designada en la escritura pública de constitución, con una única limitación: la persona beneficiaria no puede ser el administrador del patrimonio protegido.

Pueden ser administradoras las fundaciones tutelares.

Si la persona designada no quiere o no puede aceptar el cargo de administrador, o si renuncia a continuar en el cargo, cualquier persona interesada o el Ministerio Fiscal pueden solicitar a la autoridad judicial el nombramiento de un administrador.

Puede nombrarse un administrador único o una pluralidad de administradores.

En el ejercicio de sus funciones, el administrador tiene derecho al reembolso de los gastos y a la indemnización por daños por razón de este ejercicio a cargo del patrimonio protegido.

El administrador puede organizar asuntos relativos al patrimonio protegido: "tiene el deber de conservar los bienes que lo integran, mantener su productividad y aplicarlos a la satisfacción de las necesidades vitales del beneficiario".

112. ¿Quién lo controla?

Al constituir el patrimonio protegido, se puede designar a personas que supervisen su administración y se pueden adoptar las medidas de control de la gestión del administrador que se consideren convenientes.

Además, existe la posibilidad de intervención de la autoridad judicial en tres casos:

- 1) Cuando los beneficiarios son menores de edad o personas con la capacidad modificada judicialmente. En este caso, la autoridad judicial podrá acordar de oficio las medidas que estime necesarias para el buen funcionamiento de la administración del patrimonio protegido.
- 2) Si se han de modificar las normas fijadas para su administración.
- 3) Si es necesario nombrar un administrador porque la persona designada no quiere o no puede aceptar el cargo, o renuncia.

113. ¿Cómo se supervisa?

La rendición de cuentas es el mecanismo de supervisión de los patrimonios protegidos. Se hace en dos momentos:

- 1) Rendición de cuentas anual, durante la existencia del patrimonio: el administrador tiene que rendir cuentas anualmente ante el beneficiario o sus representantes legales y ante las personas especialmente encargadas de supervisar la administración del patrimonio.
- 2) Rendición de cuentas final: cuando se extinga el patrimonio protegido, el administrador tendrá la obligación de rendir cuentas finales de su gestión ante la persona beneficiaria o sus herederos.

114. ¿Cómo se extingue?

La primera causa es la defunción del beneficiario, en cuyo caso los bienes se integran en su herencia.

La segunda es que el beneficiario deje de tener la condición de persona con discapacidad en los porcentajes que vimos o pierda la situación de dependencia. En este supuesto, los bienes que lo integran pasan a su patrimonio ordinario.

La tercera es la renuncia de todos los beneficiarios.

Y la cuarta, la expiración del plazo por el cual se constituyó o cumplimiento de alguna condición resolutoria establecida en la escritura de constitución.

En todos los casos, si el aportante hubiera determinado el destino de los bienes a la extinción del Patrimonio, se le dará este destino. Por ejemplo, se puede determinar que los bienes vuelvan al aportante o se repartan entre todos sus hermanos, no entre quienes sean sus herederos.

115. ¿Dónde se inscribe?

Los bienes que integran el patrimonio protegido son inscribibles en el Registro de la Propiedad o en otros registros públicos a favor del propio patrimonio con la denominación que conste en la escritura de constitución.

Asimismo, en el Registro de Nombramientos Tutelares No Testamentario y de Poderes Otorgados en Previsión de Incapacidad y en el Registro de Patrimonios Protegidos deben inscribirse la constitución de patrimonios protegidos y sus modificaciones.

Los notarios que hayan autorizado la escritura pública tienen que transmitir los datos que deben inscribirse en este registro al Colegio de Notarios de Cataluña en el plazo de tres días, contados desde la fecha de la autorización del documento correspondiente.

LA DEPENDENCIA

LA DEPENDENCIA

116. ¿Para qué sirve la Ley de Dependencia?

En España la ley esencial sobre "dependencia" es la "Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia" (en adelante, LAPAD).

Esta Ley regula los derechos a servicios y prestaciones de las personas que pueden ser beneficiarias con la finalidad de conseguir una mejor calidad de vida y autonomía personal, con independencia del lugar del territorio del Estado español donde se resida.

117. ¿Quién puede solicitarla?

El artículo 5 de la LAPAD establece que los "titulares de los derechos" son los españoles que cumplan los requisitos, que esencial y resumidamente son, además de encontrarse en situación de dependencia en alguno de los grados previstos, residir en España y haberlo hecho durante cinco años, de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud (para los menores de cinco años el periodo de residencia se exigirá a quien ejerza su guarda y custodia).

El artículo 28.1 de la LAPAD concreta que la solicitud la puede registrar tanto la persona que pueda estar afectada por algún grado de dependencia como quien ostente su representación. Es muy importante tener presente que debe registrarse ante la Administración Autonómica correspondiente a la residencia de la persona solicitante (la resolución tendrá validez en toda España, aunque en el caso de cambio de residencia, la Comunidad Autónoma de destino determinará, en función de su red de servicios y prestaciones, los que correspondan a la persona en situación de dependencia).

118. ¿Qué servicios otorga?

En resumen, los servicios tienen carácter prioritario y se prestarán a través de la oferta pública de la Red de Servicios Sociales por las respectivas Comunidades Autónomas mediante centros y servicios públicos o privados concertados debidamente acreditados y, si no fuera posible la atención mediante alguno de estos servicios, se incorporará la prestación económica vinculada (de carácter personal), que estará, en todo caso, vinculada a la adquisición de un servicio. Excepcionalmente, la persona beneficiaria puede recibir una prestación económica para ser atendida por cuidadores no profesionales, pero siempre que se den condiciones adecuadas de convivencia y de habitabilidad de la vivienda y así lo establezca su Programa Individual de Atención (PIA).

Además, existe la prestación económica de asistencia personal, que tiene como finalidad la promoción de la autonomía de las personas en situación de dependencia, en cualquiera de sus grados. Su objetivo es contribuir a la contratación de una asistencia personal, durante un número de horas, que facilite al beneficiario el acceso a la educación y al trabajo, así como una vida más autónoma en el ejercicio de las actividades básicas de la vida diaria.

Las prestaciones económicas establecidas en la LAPAD son inembargables (salvo para el supuesto previsto en el artículo 608 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre obligaciones de alimentos reconocidas en sentencia, en los casos de separación o divorcio o en los convenios reguladores).

119. ¿Cotiza directamente el IMSERSO a la Seguridad Social por las personas cuidadoras no profesionales de las personas en situación de dependencia?

Actualmente, desde el 1 de abril de 2019, tienen derecho a solicitar ante la Tesorería General de la Seguridad Social la suscripción de un convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social (Régimen General de la Seguridad Social y en situación asimilada al alta). Las cuotas a la Seguridad Social y por Formación Profesional establecidas cada año serán abonadas conjunta y directamente por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) a la Tesorería General de la Seguridad Social. No se precisa la acreditación de periodo de cotización previo.

La acción protectora es a efectos de las prestaciones de jubilación y de incapacidad permanente y muerte y supervivencia, derivadas de accidente, cualquiera que sea su carácter, o de enfermedad, con independencia de su naturaleza.

120. ¿Cómo se valora?

El artículo 27 de la LAPAD establece que los grados de dependencia, a efectos de su valoración, se determinarán mediante la aplicación de un baremo que actualmente se recoge en el Real Decreto 174/2011, de 11 de febrero, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia (BVD), vigente desde el 18/02/2012.

El baremo valora la capacidad de la persona para llevar a cabo por sí misma las actividades básicas de la vida diaria, así como la necesidad de apoyo y supervisión para su realización en el caso de las personas con discapacidad intelectual o con enfermedad mental.

121. ¿Qué grados tiene?

El artículo 26 de la LAPAD establece que la situación de dependencia se clasifica en tres grados: I (dependencia moderada); II (dependencia severa) y III (gran dependencia).

El significado que determina la ley es el siguiente:

- a) Grado I. Dependencia moderada: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día, o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal.
- b) Grado II. Dependencia severa: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no requiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal.

- c) Grado III. Gran dependencia: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal.

122. ¿Se identifica con la discapacidad o la modificación de la capacidad?

La legislación sobre dependencia se fija en las ayudas que puede necesitar una persona para las actividades de su vida ordinaria, como se ve en la pregunta anterior. Estará causada por una discapacidad.

Ahora bien, en relación con la necesidad de modificación de la capacidad, veamos el siguiente ejemplo: Stephen Hawking tenía necesidad de apoyos para su vida ordinaria, prestados por personas, máquinas y programas informáticos. Entra dentro de los grados de dependencia. Ahora bien, ¿necesitaba que se modificara su capacidad para contratar la publicación de sus libros, la organización de sus conferencias, su trabajo en la universidad y demás actuaciones económico-jurídicas? Es evidente que no, lo hace bien él solo, con apoyos no jurídicos. Una alta dependencia no significa ni implica una modificación de la capacidad. Si delega en otros para esos aspectos, es con la base de su capacidad (con poderes), pero no de la falta de ella (con modificaciones judiciales).

123. ¿Es revisable?

El grado de dependencia será revisable, a instancia del interesado, de sus representantes e incluso de oficio por las Administraciones Públicas competentes, por causas de mejoría o empeoramiento de la situación de dependencia o por error de diagnóstico o en la aplicación del correspondiente baremo.

El programa individual de atención (PIA) será revisado a instancia del interesado y de sus representantes legales. Y también de oficio, en la forma que determine y con la periodicidad que prevea la normativa de las Comunidades Autónomas o con motivo del cambio de residencia a otra Comunidad Autónoma.

124. Si un familiar se queda parte de la prestación de la dependencia y no la destina para el bienestar de la persona con dependencia ¿sería un delito castigado en el Código Penal?

A partir del 01/07/2015, ya se puede registrar, en todo caso, una denuncia o querrela por un delito de apropiación indebida, administración desleal, o estafa, contra dicho familiar. Si se prueba que se abusó de la vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad o por tratarse de una persona con discapacidad (artículo 268.1 del Código Penal) podría ser castigado penalmente (además de ser condenado a indemnizar con la devolución con intereses de las cantidades ilícitamente apropiadas vía responsabilidad civil).

DE INTERNAMIENTOS Y TRATAMIENTOS MÉDICOS

DE INTERNAMIENTOS Y TRATAMIENTOS MÉDICOS

125. ¿Qué es el internamiento no voluntario?

Se entiende por ingreso no voluntario aquel que se realiza sin que la persona afectada esté en condiciones de entender lo que el mismo supone y, por ello, de prestar su consentimiento libre e informado. Como nos encontramos ante una privación de libertad, nuestro derecho exige que un juez controle el mismo de acuerdo con el artículo 17 de la Constitución.

126. ¿Para qué sirve?

Existe una serie de situaciones en las que puede ser necesario un internamiento, por ejemplo, cuando existe un riesgo para la integridad del enfermo o para la de quienes le rodean: riesgo de autoagresividad, riesgo de heteroagresividad, pérdida o grave disminución de la autonomía personal con incapacidad para cuidar de sí mismo. Hay que tener en cuenta también la situación sociofamiliar de la persona afectada.

Su principal utilidad es la de proteger a una persona en una situación de vulnerabilidad. En unos casos perseguirá compensar la situación de una persona con enfermedad mental descompensada; en otros, los llamados asistenciales, el dotar a la persona de una atención sociosanitaria permanente que le permita llevar adelante una vida digna que no se puede obtener de otra forma menos gravosa. Esto significa que el internamiento debe ser proporcional a la situación.

127. ¿Cuándo se puede solicitar el internamiento de una persona?

Podrán ser internadas las personas que tengan una enfermedad o deficiencia de carácter psíquico "que afecte su capacidad de decidirlo por sí mismas". Para que estas personas que no pueden tomar una decisión por sí mismas sean ingresadas en contra de su voluntad o sin ella, no basta el consentimiento de sus padres o tutores, sino que debe decidir un juez sustituyendo su voluntad.

En el internamiento ordinario de los menores de edad, estos han de ingresar "en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor" (artículo 763.2 LEC). En el internamiento ordinario de las personas con capacidad modificada judicialmente, el tutor necesita autorización judicial "para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial" (artículo 271.1 CC).

128. ¿Quién puede ordenarlo?

El ingreso no voluntario es una decisión médica o medico-social. En cuanto al internamiento no voluntario urgente, quien lo decide en primera instancia es el facultativo (artículo 763.1 LEC), que tiene la "obligación", tras el correspondiente juicio clínico, de adoptar la medida.

En relación con el internamiento no voluntario ordinario, quien lo **autoriza** previamente es el juez del lugar donde reside el enfermo (artículo 763.1 LEC) a petición o impulso de la familia o de los servicios sociales. Puede darse, incluso, el caso de que posteriormente el especialista del centro rechace el internamiento al no considerarlo indicado.

El juez, por ello, en el campo civil no ordena el internamiento (sí lo hace en el penal). Lo que el juez hace es valorar la necesidad del internamiento en beneficio de la persona afectada y, si así lo ve, sustituye su consentimiento al no poder ella hacerlo. **El juez no ordena, solo sustituye y autoriza.**

Nuestra ley prevé dos procedimientos de control judicial de los ingresos no voluntarios, según sea urgente el ingreso o no.

129. Control judicial posterior cuando el ingreso sea urgente.

El ingreso urgente se producirá cuando las circunstancias del caso desaconsejen demorarlo en beneficio de la persona que se encuentra en una situación crítica de desamparo o en descompensación psiquiátrica. Para ello:

1.º- El trabajador social deberá elaborar un informe social con todos los datos que obren en su poder, expresivo de las circunstancias en que la persona se desenvuelve en su vida.

2.- Con dicho informe deberá el trabajador social dirigirse al médico que corresponda (normalmente el de su centro de salud o el especialista en salud mental si fuera su paciente, etc.) solicitándole una intervención sanitaria, limitada en principio, al examen y reconocimiento de la persona.

El médico tiene el deber de atender este requerimiento y llevar a cabo la intervención sanitaria en un plazo de tiempo razonable. La negativa injustificada del médico a atender el requerimiento y realizar la intervención sanitaria cuando de ello se derive un grave riesgo para la salud de las personas pudiera ser constitutiva de un delito de omisión del deber de prestar asistencia sanitaria previsto en el artículo 198 del Código Penal.

3.º- El médico deberá examinar a la persona en el lugar en que esta se encuentre y dar respuesta a cuatro preguntas:

Primera: Si padece algún trastorno psíquico.

Segunda: Si la solución más aconsejable para su atención y tratamiento, dadas las circunstancias en que desenvuelve su vida, es un ingreso asistencial o bien precisa de un previo ingreso hospitalario.

Tercera: Si la persona (aunque manifieste abiertamente su oposición) está o no en condiciones de decidir por sí misma sobre el ingreso.

Cuarta: Si la situación requiere una actuación urgente.

En caso de que el médico aprecie de esa manera la necesidad y urgencia del ingreso, deberá extender

un documento en el que exprese la necesidad de proceder al ingreso de modo urgente y facilitar los medios para ello (p. ej., ambulancia) por las razones anteriormente señaladas.

4.º- Una vez en posesión de ese documento, el trabajador social deberá proceder, en su caso, al previo ingreso hospitalario y a poner los hechos en conocimiento de la Delegación Territorial competente en materia de Asuntos Sociales, por el medio más rápido, solicitando que con carácter prioritario y urgente se facilite una plaza asistencial adecuada al perfil de la persona.

5.º- Una vez concedida la plaza se procederá a recoger a la persona en el lugar en que se encuentre y a trasladarla, si fuera necesario con el auxilio de las fuerzas del orden público, hasta el recurso concedido.

6.º- Una vez realizado el traslado e ingreso, el director de la residencia, a la mayor brevedad y, en todo caso, en un plazo no superior a 24 horas, deberá comunicar el ingreso al Juzgado de Primera Instancia de guardia que corresponda a la localidad en que se encuentra el recurso.

7.º- Una vez que el Juzgado tiene conocimiento del ingreso, se incoa un expediente de aprobación de internamiento urgente en el que, como mínimo, han de practicarse las siguientes pruebas:

- a) Examen de la persona por un médico distinto de aquel que indicó el ingreso (normalmente el médico forense del Juzgado).
- b) Reconocimiento personal por parte del juez.
- c) Informe del fiscal.

8.º- Una vez concluidas las pruebas, el juez dictará una resolución que puede tener el siguiente contenido:

- a) Aprobar el ingreso realizado por estimar que estaba justificado. La ratificación no es para siempre y la continuidad de la medida habrá de ser prorrogada, y así controlada, por resoluciones judiciales periódicas.
- b) Declarar que la persona tiene capacidad suficiente para decidir por sí misma y que, en consecuencia, se proceda según su voluntad.
- c) No aprobar el ingreso por estimar que no se encuentra justificado.

130. ¿Y si el afectado no consiente el internamiento?

Puede ocurrir que la persona se encuentre en su domicilio y no quiera abrir la puerta o presente alguna oposición al traslado. Normalmente el dispositivo sanitario encargado de realizar el traslado podrá solventar por sí mismo la situación siempre desgarradora de sacar a una persona de su domicilio. En estos casos, si todas las iniciativas de persuasión fracasan, se puede solicitar el auxilio de las fuerzas de seguridad y de los bomberos para entrar en el domicilio aún sin contar todavía con la autorización judicial de ingreso no voluntario. Las fuerzas de seguridad, en estos casos, no actúan previniendo o persiguiendo un delito, sino en cumplimiento de su obligación de prestar su auxilio y colaboración a los ciudadanos en supuestos de grave necesidad. Si se negaran injustificadamente a hacerlo, señalando que carecen de autorización judicial, que la persona no ha cometido ningún delito, o cualquier otra objeción carente de respaldo legal, podrán incurrir en un delito de denegación de auxilio previsto en el artículo 412-3º párrafo último del Código Penal.

131. Cuando no se requiera una actuación urgente.

Cuando no es urgente, también está sujeto a control judicial, pero este será previo al internamiento.

Un ingreso no será urgente cuando las circunstancias del caso permitan demorarlo sin que suponga un perjuicio grave para la persona. En estos supuestos la actuación es semejante en su inicio al caso de internamiento urgente:

Al trabajador social corresponde:

- a) La elaboración del informe social.
- b) La solicitud al médico para que examine a la persona y extienda el correspondiente informe.
- c) La solicitud de plaza a la Delegación competente en materia de Asuntos Sociales.

Con esta documentación, el trabajador social puede hacer dos cosas:

- a) Remitirla directamente al Juzgado competente solicitando autorización judicial para el ingreso.
- b) Remitirla a Fiscalía, a la sección de protección de personas con discapacidad, que solicitará al Juzgado la autorización judicial del ingreso previo cumplimiento de los trámites previstos en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en sus siglas, LEC). Esta es una vía más lenta que debe reservarse para los casos más complejos o dudosos.

Recibida la petición en el Juzgado, se incoa un expediente de autorización de internamiento no voluntario ordinario (no urgente) y se procede a la práctica de las diligencias de prueba (artículo 763 LEC):

- a) Examen de la persona por parte del médico forense del Juzgado.
- b) Reconocimiento personal por parte del juez.
En caso de que la persona mayor no pueda acudir o ser trasladada a la Clínica Forense o al Juzgado, la Comisión Judicial se trasladará al lugar en el que aquella se encuentre.
- c) Informe del fiscal.

Una vez concluidas las pruebas, el juez dictará una resolución que puede tener el siguiente contenido:

- a) Autorizar el ingreso por estimar que está justificado y establecer la necesidad de informes periódicos por parte del recurso asistencial y advertencia sobre la posible colaboración de las fuerzas de seguridad.
- b) No autorizar el ingreso por estimar que no se encuentra justificado.
- c) Declarar que la persona tiene capacidad suficiente para decidir por sí misma y que, en consecuencia, se proceda según su voluntad.

132. ¿Qué establecerá la resolución judicial?

La resolución judicial (auto) no tiene por qué indicar el centro asistencial u hospital concreto en que la persona vaya a ser ingresada pues esta es una decisión que corresponde a los organismos sociosanitarios competentes.

En todo momento hay que tener presente que no se trata de un ingreso urgente de carácter psiquiátrico, porque entonces será responsabilidad del médico del lugar, sino de un ingreso de carácter asistencial, pero que al ser igualmente no voluntario se rige por los mismos preceptos para que la persona con discapacidad obtenga las mismas garantías.

Los trabajadores sociales necesitan autorización, pues la pretensión es limitar un derecho fundamental (la libertad de una persona), aunque sea en su beneficio. De hecho, no estamos ante un internamiento judicial sino ante el control judicial de un internamiento. Es más, se tratará de una autorización y no de una orden, pero con ella, además del ingreso, podremos obtener también la ayuda de las fuerzas de seguridad y orden público para el traslado.

Esta práctica es común en casos muy graves de desamparo donde es ya la única medida posible y la última, pues se han agotado todas las intervenciones familiares y comunitarias posibles.

Los trabajadores sociales obtienen esas resoluciones (autos) no porque estén legitimados a solicitarlas (el artículo 763 LEC no menciona este extremo) y ni siquiera por analogía porque estuvieran comprendidos dentro de los que tienen legitimación activa para promover una modificación que, como figura de protección, se le podría asemejar; sino que estarán facultados porque cualquier persona puede poner en conocimiento del Juzgado y/o fiscal una situación de desamparo y, conociéndola, estos habrán de actuar protegiendo (artículo 762 LEC).

Es evidente que la petición debe ir acompañada de un informe social y de un informe médico, así como, a ser posible, la identificación del centro donde va a ser ingresado si es plaza privada o, al menos, el perfil del recurso asistencial que presumiblemente vaya a conceder la Administración Autonómica.

Incluso podría obtenerse una autorización fundamentando la petición en el artículo 158.4 del Código Civil (medidas urgentes previstas para los menores de edad, pero aplicables también a personas con discapacidad, con independencia del proceso de modificación de su capacidad), donde encontramos un amplio sistema de legitimación. Se trata, además, de un artículo donde podremos encontrar encaje para paliar otras muchas situaciones de desamparo siempre que, quedando la necesidad bien descrita y fundamentada, el trabajador social ofrezca datos de la intervención para la cual solicita la autorización.

Ya sea por un camino u otro, solo un juez puede autorizar una medida y solo un fiscal puede oponerse a ella, pero es el trabajador social quien mejor conoce los recursos y los procedimientos del ámbito social y sanitario, por lo cual es importante ofrecer al jurista cuantos datos sean necesarios y suficientes para dictar una resolución adecuada al caso.

Como no es imprescindible hacerlo a través del Ministerio Fiscal, ya que eso retrasa la resolución, la remisión al fiscal debe reservarse para los casos más complejos o dudosos, en los que no esté clara la concurrencia de causas suficientes para el ingreso no voluntario. Por otra parte, los juristas no pueden olvidar que los trabajadores sociales siempre deberían recibir una respuesta por escrito sea cual sea el sentido de la resolución.

133. El internamiento como medida cautelar.

El internamiento no voluntario también puede ser realizado como una medida cautelar dentro del procedimiento de modificación de la capacidad por la vía del artículo 762 de la LEC en la que si llega al juez o al fiscal el conocimiento de una situación de desamparo estos habrán de actuar protegiendo.

Es evidente que la petición debe ir acompañada de un informe social y de un informe médico, así como, a ser posible, la identificación del centro donde va a ser ingresado si es plaza privada o, al menos, el perfil del recurso asistencial que presumiblemente le vayan a conceder.

Incluso podría obtenerse una autorización fundamentando la petición en el artículo 158.6 del Código Civil, donde encontramos un amplio sistema de legitimación (por lo que, incluso, los trabajadores sociales pueden ponerlo en conocimiento del juez) y de posibles medidas a adoptar.

En realidad, más que ante medidas cautelares propiamente dichas, estamos ante medidas de protección, que se basan en los principios de flexibilidad y diversificación de respuestas, ya que las medidas que pueden adoptarse son innominadas y poseen una notoria amplitud, siendo cualquiera necesaria para la adecuada protección de la persona con discapacidad o de su patrimonio.

En este caso las medidas a adoptar no se encuentran necesariamente vinculadas a un proceso, no siendo precisa la incoación del procedimiento, sino que basta el conocimiento por parte del juez de una supuesta causa de desprotección. Su campo de actuación entendemos que es más amplio que el de asegurar la efectividad de una sentencia de modificación de la capacidad, no siendo necesariamente accesorias a un procedimiento de modificación de capacidad como ocurre con las basadas en los artículos 158 y 216 CC.

El motivo principal que debe llevar al juez a la adopción de estas medidas es la situación de amenaza y desvalimiento de la persona con discapacidad. Por ello, no son aplicables aquí del todo las teorías clásicas de que las medidas cautelares están preordenadas a la futura ejecución de la sentencia, o la más abierta de que sirven para asegurar la efectividad de la sentencia. Nos encontramos más ante unas medidas provisionales de protección que ante unas medidas propiamente cautelares.

134. ¿Qué duración tienen las medidas cautelares?

Adoptadas las medidas cautelares con carácter previo al procedimiento de modificación de la capacidad, se discute si las mismas dejan de tener vigor en el plazo de veinte días señalado en el artículo 730-2º LEC, si no se presentare la correspondiente demanda. Nosotros entendemos que este precepto no resulta de aplicación al caso que analizamos, ya que el artículo 762 LEC tiene carácter especial y prima sobre el régimen general de las medidas cautelares. Si las medidas se han adoptado en beneficio de la persona con discapacidad, no pueden perder vigencia en tanto no quede acreditado que han desaparecido las causas que motivaron su establecimiento. Añadamos, además, que no es obligatorio presentar la demanda por haberse adoptado las medidas cautelares. Puede ocurrir, y solo a título de ejemplo, que la medida provoque la recuperación de la capacidad (lo que puede ocurrir a través del internamiento no voluntario) o que la acción protectora se haya agotado con la medida adoptada (autorización para intervención quirúrgica) sin que sea precisa ninguna otra.

Ahora bien, lo que no es posible es el mantener sine die la medida protectora por esta vía previa, por lo que entendemos precisa la fijación de un plazo limitado para la revisión de la medida, de forma análoga a los seis meses que establece el artículo 763 para el internamiento.

135. ¿Cómo se actúa en casos de tratamiento médicos y personas con discapacidad?

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica expresa que todos los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por aquella. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

También serán informadas las personas vinculadas al paciente, por razones familiares o de relación de hecho, en la medida que lo permita de manera expresa o tácita. El paciente será informado, incluso en caso de tener modificada judicialmente la capacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal.

A través del consentimiento informado el paciente manifiesta su conformidad de manera libre, voluntaria y consciente para la realización en su persona de un procedimiento diagnóstico o un tratamiento terapéutico que comportan riesgos inevitables de importancia. El paciente debe recibir previamente información precisa sobre el procedimiento, los riesgos que comporta, las posibles alternativas terapéuticas y asistenciales y las consecuencias que se derivan del mismo.

En el caso de que, a criterio del médico, la persona carezca de capacidad natural para prestar ese consentimiento, entra en juego el llamado consentimiento por representación. El consentimiento por representación es el que presta persona diferente de aquella sobre cuyo ámbito de salud se va a actuar y se recabará en los casos en que el paciente no sea capaz de tomar decisiones a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación, cuando el paciente esté sujeto a modificación judicial de capacidad, o si es menor de edad o no es capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención.

En el mismo sentido expuesto que respecto al consentimiento informado otorgado por representación, la persona con la capacidad modificada de forma total no puede firmar por sí su alta voluntaria como paciente, requiriéndose la firma de su representante legal (tutor). Es necesario en cualquier caso que la solicitud de alta médica voluntaria sea interesada por el paciente en pleno uso de sus facultades, con plena capacidad, requiriéndose para ello que la persona no tenga su capacidad modificada por sentencia judicial, o en su caso que tenga capacidad de hecho o competencia para decidir.

En el caso de no aceptarse el tratamiento prescrito, la Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente permite que se pueda proponer al paciente o usuario la firma del alta voluntaria. Si no la firmara, la dirección del centro sanitario, a propuesta del médico responsable, podrá disponer el alta forzosa. El hecho de no aceptar el tratamiento prescrito no dará lugar al alta forzosa cuando existan tratamientos alternativos, aunque tengan carácter paliativo, siempre que los preste el centro sanitario y el paciente acepte recibirlos. Estas circunstancias quedarán debidamente documentadas.

En el caso de que el paciente no acepte el alta, la dirección del centro, previa comprobación del informe clínico correspondiente, oirá al paciente y, si persiste en su negativa, lo pondrá en conocimiento del juez para que confirme o revoque la decisión.

136. ¿Cómo se puede actuar ante la negativa a recibir un tratamiento médico?

Si la persona con capacidad modificada se niega a recibir un tratamiento médico incluso en contra de la opinión de su representante legal, la validez va a depender de lo que determine la sentencia de modificación de la capacidad y, en el caso de que no se especifique nada a este respecto, pasa a depender del criterio médico respecto a la capacidad natural de la persona con discapacidad, entendida como capacidad de juicio y discernimiento suficientes para entender lo que supone el tratamiento médico, ya que estamos ante actos que afectan a derechos de la personalidad y, por ello, no pueden sustraerse de su voluntad.

Si la sentencia no dice nada y el médico no aprecia la falta de capacidad natural suficiente para entender lo que supone el tratamiento médico, habrá de respetarse la voluntad de la persona con discapacidad.

Si la sentencia no dice nada, pero el médico duda de la capacidad natural del afectado para entender el tratamiento médico, parece razonable que decida el juez a iniciativa directa del sujeto afectado por las medidas de apoyo, del médico o del Ministerio Fiscal.

Si la sentencia no dice nada y el médico aprecia sin género de dudas la carencia de capacidad natural en la persona con discapacidad para poder entender lo que supone el tratamiento médico entonces, entra en juego lo establecido en el artículo 5.3 de la Ley de Autonomía del Paciente que dispone: «cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho». Aquí es de aplicación el artículo 9.3.b) de la Ley de Autonomía del Paciente, que permite el consentimiento otorgado por representación de la persona con capacidad modificada.

En caso de oposición de los padres o tutores (que no actúan en representación de la persona con discapacidad, sino en cumplimiento de la obligación de velar por él establecida en el artículo 269 del Código Civil) a tratamientos necesarios o imposibles de retrasar, será el médico el que informe a la autoridad judicial para que esta decida, con excepción de los casos de urgencia vital o de afectación grave a la salud, en los que el médico deberá actuar conforme a su leal saber y entender.

En el caso de que la persona con capacidad modificada carezca de alguien que pueda prestar el consentimiento al tratamiento médico con la necesaria celeridad, los médicos deberán actuar conforme a lo dispuesto en el Código de Ética y Deontología Médica, que dispone que si el enfermo no estuviese en condiciones de dar su consentimiento por ser menor de edad, tener la capacidad modificada judicialmente, o por la urgencia de la situación, y resultase imposible obtenerlo de su familia o representante legal, el médico deberá prestar los cuidados que le dicte su conciencia profesional.

INFLUENCIA DE LA DISCAPACIDAD EN LA RESPONSABILIDAD PENAL

INFLUENCIA DE LA DISCAPACIDAD EN LA RESPONSABILIDAD PENAL

137. ¿Cómo afecta la discapacidad a la responsabilidad penal?

La responsabilidad penal es una consecuencia jurídica (la responsabilidad civil es otra) de la realización de una infracción criminal. Es importante destacar que el artículo. 25 del Código Penal establece que a efectos penales se entiende por discapacidad aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Asimismo, a los efectos de este código, se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente.

En principio la comisión de una infracción penal conlleva siempre la imposición de una pena a su autor. Ahora bien, lo que el juzgador habrá de determinar es si esa persona comprende la ilegalidad de la infracción o si es consciente de tal ilegalidad, porque si determina que la persona no ha podido controlar ni evitar la comisión de la infracción, dicha persona carecerá de responsabilidad penal o esta se atenuará según el grado de afección padecido.

En este sentido se tiene en cuenta el concepto de inimputabilidad, es decir, debe determinarse si el sujeto es incapaz de conocer el significado antijurídico de su comportamiento o de poder orientar su conducta conforme a ese conocimiento; en este caso estamos ante la ausencia de culpabilidad, esto es, ante la falta de la capacidad para ser culpable de la infracción criminal.

138. ¿Qué se puede hacer ante comportamientos antijurídicos de estas personas inimputables?

En estos casos, el juez puede acordar la aplicación de una medida de seguridad. En atención a la intensidad de los efectos psicológicos de la alteración psíquica, el Código Penal dispone de distintas consecuencias: caso de falta total de capacidad (aplicación de las eximentes del artículo 20.1 y 20.3 del CP, según sea el supuesto); si no es total pero sí la limita considerablemente (se aprecia la eximente incompleta del artículo 21.1 del CP); y si hay una menor intensidad en la imputabilidad por su menor incidencia (se aplica la atenuante analógica del artículo 20.6 del CP).

Ello conlleva distintos efectos a la hora de imposición o no de pena y medida de seguridad: exención de pena y posibilidad de medida de seguridad en el primer caso; atenuación privilegiada de pena y posibilidad de medida de seguridad en el segundo; solo atenuación de pena en el tercero. Aunque el Código Penal parecía no establecerlo, nuestro Tribunal Supremo ha admitido también, en este caso, la posible aplicación de alguna medida de seguridad.

139.- ¿Qué tipo de medidas de seguridad hay?

Las medidas de seguridad pueden ser de dos tipos:

1. Medidas de seguridad privativas de libertad, como el internamiento para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado a la enfermedad padecida.
2. Medidas de seguridad no privativas de libertad. El Código Penal contempla un amplio abanico de estas medidas, entre las que destacan la sumisión a tratamiento médico externo en centros médicos o establecimientos de carácter sociosanitario, la obligación de residir en un lugar determinado, el sometimiento a custodia familiar, la prohibición de acudir a determinados lugares o visitar establecimientos de bebidas alcohólicas, sometimiento a programas de tipo formativo, de educación sexual, etc.

La duración de las medidas es variable, ya que durante la ejecución de estas el juez, mediante un procedimiento contradictorio en el que se valorarán los informes de los facultativos y demás profesionales que asisten al sometido a la medida, podrá:

- Sustituir la medida acordada por otra que estime más adecuada.
- Dejar en suspenso la ejecución de la medida en atención al resultado ya obtenido, si bien la suspensión quedará condicionada a que no vuelva a delinquir.
- Acordar el cese de la medida de seguridad impuesta en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal de la persona sometida a la misma.

En el caso de la medida de internamiento, como medida privativa de libertad, se establece legalmente la limitación de que la misma no puede exceder de la extensión máxima que pudiera haberse impuesto de prisión de no haberse aplicado la eximente.

140. ¿Y la persona con discapacidad como víctima?

En el caso de la persona con discapacidad víctima de un delito, el Código Penal crea agravantes específicas, como la de que se cometa el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad.

Por último, hay algunos tipos penales específicos que contemplan la discapacidad y, que hacen referencia, al abandono de la persona con discapacidad o a la comisión de otros delitos aprovechando la situación de vulnerabilidad de la persona con discapacidad.

