

La defensa de la dignitat de la persona en el llibre II del Codi civil de Catalunya. Mitjans per a la seva protecció

Robert Follia Camps

Notari de Barcelona

Exdegà del Col·legi de Notaris de Catalunya

SUMARI

- I. INTRODUCCIÓ
- II. NOVETATS DEL CODI EN MATÈRIA DE LA PERSONA
- III. LA DEFENSA DE LA DIGNITAT DE LA PERSONA
- IV. INSTITUCIONS DE PROTECCIÓ DE LA PERSONA

I. INTRODUCCIÓ

Com és de tothom sabut, el llibre II del Codi civil de Catalunya fou promulgat per la Llei 25/2010, de 29 de juliol, i va entrar en vigor l'1 de gener de 2011. Es divideix en quatre títols que, en realitat, es poden agrupar en dos: el referent a la persona, que comprèn la persona física (títol I) i les institucions de protecció d'aquesta (títol II), i el dedicat a la família, incloses les parelles de fet (títol III) i una quasifamília que anomena *relacions convivencials d'ajuda mútua* (títol IV).

Tractaré només els dos primers títols, és a dir, la defensa i protecció de la persona. Abans, però, cal dir que la introducció



d'una regulació especial i autònoma de la persona no estava prevista ni en la ment del legislador ni en la de la majoria dels juristes catalans.

El primer autor que va tractar d'una manera completa la formació d'un Codi civil català, després de la Guerra Civil, fou Agustí Bassols, en el seu discurs d'ingrés

a l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, el 14 de novembre de 2006, sota el títol prou suggestiu *Vers la codificació del Dret civil català*, però només pretenia que, atès que ja teníem un Codi de successions, s'havia d'anar cap a un Codi de família i, després, cap a un de patrimonial, i «tota aquesta obra legislativa —deia— podria culminar, encara, en



un únic Codi civil català, del qual aquests tres vindrien a ser els llibres fonamentals, relligats per un nou títol preliminar». Però enlloc no citava el dret de la persona.

El primer autor que va tractar d'una manera completa la formació d'un Codi civil català, després de la Guerra Civil, fou Agustí Bassols, en el seu discurs d'ingrés a l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

El Codi de família veié la llum poc després, amb la seva promulgació per la Llei de 15 de juliol de 1998. En el preàmbul, es referia al fet que «conté una normativa completa i autònoma de totes les institucions jurídiques pròpies del Dret de família», tot excloent l'aplicació del Codi civil, llevat de les formes de matrimoni, i feia també referència a un futur Codi patrimonial. Però si bé aquest Codi contenia algunes normes relatives a la persona, eren incompletes i derivades del Dret de família, sense autonomia pròpia.

Més tard, a les Jornades de Tossa de final de 1998, és a dir, poc després de la promulgació del Codi de família, sota la presidència de Núria de Gispert i amb l'assistència de tots els anteriors consellers, es va proclamar la necessitat d'un autèntic Codi civil català, si bé només s'albiraven un tercer llibre, el de Dret patrimonial, i un títol preliminar.

La paternitat de la idea d'un llibre (o més ben dit, d'un títol destacat) sobre la família és de l'Observatori de Dret Privat de Catalunya, més concretament, de la Secció d'Harmonització, com ho fou també la idea d'un Codi obert, si bé les dues idees foren acceptades tot seguit per totes les seccions de l'Observatori i pel seu Ple, com també foren acceptades amb entusiasme pel Govern de la Generalitat. I així, quan es promulga la Llei 29/2002, de 30 de desembre, amb el títol de primera Llei del Codi civil de Catalunya, l'objecte de la qual era «establir l'estructura i la sistemàtica del Codi civil de Catalunya i aprovar-ne el llibre primer» (art. 1), ja s'estableix aquesta estructura en sis llibres, a part de les disposicions addicionals, transitòries i finals corresponents (art. 2). L'art.

FITXA TÈCNICA

Resumen: L'autor ressalta la importància donada a la regulació de la persona, de forma autònoma, en el nou Codi civil de Catalunya i la manera com s'hi defensa la seva dignitat, encara que en alguns punts l'opinió no és unànime, alhora que fa una lleugera pinzellada sobre les institucions de protecció de la persona.

Palabras clave: Dret civil. Codi civil. Dret de la persona. Institucions de protecció de la persona física. Dret de família

Abstract: The author emphasizes the importance given to the regulation of the person, in autonomous manner, in the new Civil Code of Catalonia, and the manner in which his/her dignity is defended, although opinion is not unanimous on some points, whilst at the same time providing a brief overview of the institutions for the protection of the person.

Keywords: Civil Law. Civil Code. Personal Law. Institutions for the protection of the physical person. Family Law.

3 declara que els llibres que compondran el Codi civil de Catalunya seran sis; per al cas que ens ocupa: «b) Llibre segon, relatiu a la persona i la família, que inclou la regulació de la persona física, les matèries actualment compreses en el Codi de família i les lleis especials d'aquest àmbit». Tenim, doncs, a partir d'aquest moment, el manament exprés de fer un text propi, unes normes dedicades exclusivament a la persona física.

II. NOVETATS DEL CODI EN MATÈRIA DE LA PERSONA

Cal destacar, en primer lloc, la novetat formal de la regulació de tot el que es refereix a la persona física en un títol independent i amb ànim de completesa. Així, per exemple, regula el començament de la personalitat (art. 211-1) o la presumpció de commoriència (art. 211-2), el fonament de la capacitat d'obrar (art. 211-3), l'autonomia de la persona en l'àmbit de la salut (art. 212-1 a 212-3), els internaments (art. 212-4 a 212-6) i les decisions sobre el propi cos (art. 212-7). I en l'àmbit de les institucions de protecció de la persona, que després veurem, regula institucions que semblaven més pròpies del Dret de família, com ara l'emancipació o la tutela, i que el preàmbul considera expressament institucions de complement o protecció de la persona, més que no pas derivades del règim familiar.

Quant al dret substantiu, si bé es innovador (francament innovador), no es pot oblidar que recull disposicions ja establertes (tal com expressament manava l'article 3.b de la Llei 29/2002, de

30 de desembre, abans citada). Així, per exemple, les mesures per a la protecció de menors desemparats i de l'adopció de la Llei 37/1991, de 30 de desembre; la Llei 8/1995, de 27 de juliol, d'atenció i protecció dels infants i els adolescents; la Llei 21/2000, de 29 de desembre, sobre els drets d'informació concernent la salut i l'autonomia del pacient, i la documentació clínica, o el document de voluntats anticipades. I moltes d'altres que, si bé semblen més pròpies del Dret de família, es basen en el respecte a la persona, com la fecundació assistida d'una dona, que atorga la paternitat a la seva parella del mateix sexe, si ho consent degudament, i que figura ja en la disposició final tercera del llibre IV, relatiu a les successions.

Cal destacar la novetat formal de la regulació de tot el que es refereix a la persona física en un títol independent i amb ànim de completesa

Quines són, doncs, les aportacions en el camp de la persona del llibre II? La primera, sens dubte, és la regulació de la vida jurídica de la persona en el seu conjunt, tot refontent i modificant, si escau, les disposicions ja vigents, afegint-ne de noves i donant-li un aspecte de completesa jurídica, cosa que fa més fàcil el seu estudi i aplicació.

Però, a part d'aquesta refosa de lleis i de millores tècniques, el llibre II aporta una autèntica novetat, fins ara sols insi-



nuada i que s'inspira en els tractats internacionals i en les legislacions que poden semblar més modernes i progressistes: el reconeixement de la persona, de la seva dignitat, de la seva llibertat i autonomia, que no té altres límits que les seves institucions de protecció. No en va, el preàmbul declara que el capítol I del títol I, relatiu a la personalitat civil i a la capacitat, «col·loca la persona física en l'eix central de l'ordenament civil», i acaba dient «que ha d'ésser el text més emblemàtic del Dret civil català».

El llibre II aporta una autèntica novetat, fins ara sols insinuada i que s'inspira en els tractats internacionals i en les legislacions que poden semblar més modernes i progressistes: el reconeixement de la persona, de la seva dignitat, de la seva llibertat i autonomia, que no té altres límits que les seves institucions de protecció

Aquesta defensa de la persona, de la seva llibertat i autonomia, es reflecteix en un doble àmbit. El primer, en estimar que qualsevol discapacitat s'ha d'interpretar en el «sentit menys restrictiu possible de l'autonomia personal», tal com diu el preàmbul, tot recollint el sentit de la Convenció de Nova York, aprovada el 13 de desembre de 2006 i ratificada per l'Estat espanyol, que veurem clarament en el moment de tractar de les institucions de protecció. Però hi ha un altre aspecte en el qual es reflecteix més concretament aquesta defensa de la persona, de la seva identitat i autonomia, que és la seva dignitat.

III. LA DEFENSA DE LA DIGNITAT DE LA PERSONA

Aquest segon aspecte, que es podria considerar més modern, no inspirat, sinó molt allunyat del principi cristià de la dignitat humana i dels principis del Dret romà, és el que considera que a la persona no se li pot imposar cap deure inspirat en dogmes, creences, costums o valors tradicionals. És a dir, respectant al màxim la llibertat de configuració de la seva vida, de la seva família i de la seva protecció,

oblidant totalment la doctrina clàssica per la qual el dret de la persona i la família tenien un marcat sentit de dret públic amb normes imperatives. Es podria dir que ni tan sols s'han de respectar els drets dels altres, llevat que estiguin clarament formulats, i encara que vulnerin drets futurs o hàbits molt arrelats al lloc. Com a exemple, es poden citar la proclamació de la lliure decisió de la persona respecte al seu cos i la seva salut; la nova configuració de la família com a unió lliure basada en la solidaritat, que rau en aquesta concepció lliure de l'individu; l'admissió de la filiació, tant per part de l'home com de la dona, per simple consentiment; la llibertat dels anomenats *plans de parentalitat*, o la possibilitat de convenir com s'exercita la potestat parental, amb la facultat, àdhuc, d'atorgar poders l'un a l'altre per a l'exercici d'aquesta potestat.

És l'art. 212-7 el que proclama més clarament tot el que hem dit, en establir que: «La lliure decisió de les persones és determinant en les qüestions que puguin afectar llur dignitat, integritat i benestar físic i mental i, en particular, pel que fa al propi cos i a la salut reproductiva i sexual». Aquest precepte és una mena de síntesi del que disposava una llei promulgada poc abans per l'Estat, la Llei Orgànica 2/2010, de 3 de març, de salut sexual i reproductiva i de la interrupció voluntària de l'embaràs, segons la qual, per *salut reproductiva*, cal entendre «la condició de benestar físic, psicològic i sociocultural en els aspectes relatius a la capacitat reproductiva de la persona que implica que pugui tenir una vida sexual segura, la llibertat de tenir fills i de decidir quan tenir-los» (art. 2), o de suprimir-los, afegeixo, amb «la interrupció de l'embaràs» (art. 14).

No pretenc entrar en l'estudi de l'encert d'aquesta legislació. Només diré que em sembla que no tenia l'assentiment d'una gran part del poble català, tal com ho prova el llarg temps de discussió de la Llei i l'escàs marge per a la seva aprovació (69 vots contra 64, tan allunyada de la votació unànime dels llibres de successions i de drets reals).

La veritat, però, és que, a part del dubte sobre l'encert d'aquesta moderna regulació que acabem de citar, el llibre II fa una defensa aferrissada de la llibertat humana, tot regulant diverses formes de

protecció amb la idea de restringir el mínim possible la llibertat i la capacitat del protegit. Per això estudiaré les institucions de protecció no seguint l'ordre de la Llei, sinó començant per les que afecten menys aquesta capacitat i aquesta llibertat, fins a les que pràcticament les suprimeixen.

Però abans cal fer una referència a algunes disposicions que no creen cap institució de protecció, sinó que simplement reconeixen drets inherents a la persona, tot ratificant la seva dignitat, que tenen caràcter imperatiu i que són, al meu entendre:

- L'afirmació que la capacitat d'obrar es fonamenta en la capacitat natural (art. 211-3) que comporta una ampliació d'aquesta capacitat, que abraça no sols els drets de la personalitat, sinó també el relatiu a béns o serveis d'acord amb els usos socials (art. 211-5.b).
- El reconeixement al dret a la informació sobre la salut (art. 212-1), al consentiment informat (art. 212-2) o al document de voluntats anticipades (art. 212-3), així com la ponderada regulació dels internaments (art. 212-4, 212-5 i 212-6), mesures d'autèntica protecció, si bé ja regulades anteriorment, i que sense cap institució pròpia contribueixen de manera decisiva a la defensa de la persona, de la seva dignitat i de la seva llibertat, i que, més que institucions de protecció, són reconeixements de drets inalienables. Quant a l'art. 212-7, ja ha estat comentat abans i no hi faré cap més referència.

IV. INSTITUCIONS DE PROTECCIÓ DE LA PERSONA

Ja hem dit abans que el llibre les separa totalment de l'àmbit familiar per centrar-les en la protecció de l'individu, com bé queda recollit en el preàmbul, quan diu que «incorpora una gran varietat d'instruments de protecció que pretenen cobrir tot el ventall de situacions en què es poden trobar les persones amb discapacitat». Penso que, tot i l'encert de les institucions, aquesta declaració no deixa d'ésser una declaració de bones intencions i que, sense l'aplicació adequada i una acceptació plena per la comunitat



jurídica, perden molt de la seva utilitat. El preàmbul ja diu que «les configura com un deure que, sota el control de l'autoritat judicial, s'ha d'exercir en interès de la persona protegida».

El llibre II «incorpora una gran varietat d'instruments de protecció que pretenen cobrir tot el ventall de situacions en què es poden trobar les persones amb discapacitat», com queda recollit en el preàmbul, en una declaració que no deixa d'ésser de bones intencions

Els instruments que preveu, de menor a major grau (no per l'ordre de la Llei), és a dir, començant pels que només són un mitjà de protecció, seguint pels que restringeixen molt poc l'autonomia personal i acabant pels que la limiten totalment, alguns dels quals poden donar-se junts, són els següents:

- Els poders en previsió de pèrdua sobrevinguda de capacitat.
- L'autotutela o delació del tutor per si mateix.
- La constitució del patrimoni protegit.
- L'assistència.
- La curatela, que es preveu com a sucedani de la tutela.
- La guarda de fet.
- La pròpia tutela.
- La declaració de desemparament.

a) Poders en previsió de pèrdua sobrevinguda de capacitat

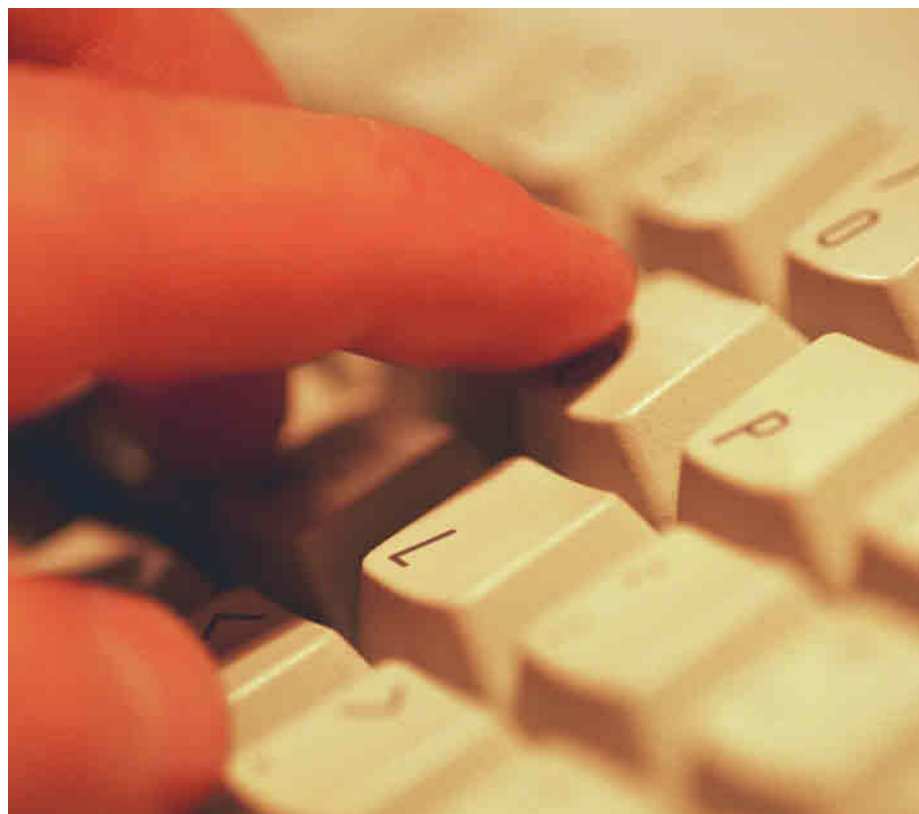
Encara que ja estaven previstos en el Codi civil per la Llei estatal 41/2003, de 18 de novembre, el llibre II els dóna una regulació completa i independent. La seva línia argumental és «el major reforçament de l'autonomia de la persona» (preàmbul) i evitar de posar en tutela les persones majors d'edat que, per causa d'una malaltia o d'una deficiència permanent de caràcter físic o psíquic, no poden governar-se per si mateixes (art. 222-2.1). El ca-

ràcter substitutiu de la tutela s'accentua per la seva inclusió entre les disposicions generals sobre aquesta.

Aquest poder pot revestir una doble forma: la primera, l'atorgament d'un poder amb efectes des d'ara, però que continuarà sigui quina sigui la situació psíquica del poderdant, hi hagi o no incapacitació; la segona, l'atorgament d'un poder només per als casos en què es produeixi una pèrdua o disminució de la capacitat, per incapacitació o sense ella. En aquest últim cas, caldrà detallar «les circumstàncies que han de determinar l'inici de l'eficàcia del poder» (art. 222-2.2). Normalment, serà el dictamen d'un o dos facultatius. La regulació i els efectes d'aquest poder són en general ben acceptats, però tota precaució és poca i l'assessorament del Notari és necessari, ja que si del poder general s'ha dit que és un «poder per arruinar», els efectes d'aquest poder poden ser totalment devastadors, perquè si el poderdant perd la capacitat, no pot revocar-los, i tampoc no es poden donar per extingits per falta de capacitat. Jo estimo que el Notari ha d'assegurar-se molt que el poderdant té plena capacitat i de les conseqüències

de l'atorgament. Cal tenir en compte que el problema de la capacitat és més greu en l'atorgament d'aquests poders que en l'atorgament d'un testament, pel qual l'atorgant no perd res i, àdhuc, els afectats tenen la protecció de la legítima. Cal tenir en compte que la mateixa Llei assenyalava que «el poderdant també pot fixar les mesures de control i les causes per les quals s'extingeixi el poder». I en aquest punt és on ha de tenir molta cura el Notari o Advocat que l'assessorava.

Una característica d'aquest poder rau en el fet que exigeix autorització judicial per als mateixos actes que els necessita el tutor, «llevat que el poderdant l'hagi exclòs expressament» (art. 222-44.3). Així, doncs, el Notari haurà d'extremar encara més la precaució respecte a la capacitat i lliure voluntat de l'atorgant per excloure aquesta necessitat d'autorització judicial. Això no estava previst en el Codi civil, d'acord amb el qual s'han atorgat aquests poders a Catalunya fins al 31 de desembre de 2010. Però la disposició transitòria 1.^a-2 els declara subjectes a l'imperi de la nova Llei, amb la qual cosa, en principi, cap d'ells servia per a actes de disposició, que és el que pretenien normalment. Pe-



rò, sortosament, la Llei òmnibus de 2011 aclareix que, pel que fa a aquesta facultat de disposar lliurement, els poders anteriors no necessiten l'autorització judicial. Finalment, cal dir que, encara que aquest poder es dona fonamentalment per evitar la constitució de tutela, tal com ja hem vist, si en interès de la persona protegida s'arribés a constituir, el Jutge, a instància del tutor, pot acordar l'extinció del poder (art. 222-2.3).

La regulació i els efectes dels poders en previsió de pèrdua sobrevinguda de capacitat són en general ben acceptats, però tota precaució és poca i l'assessorament del Notari és necessari

Penso que la Llei, respectuosa amb la llibertat, ha donat unes certes garanties per evitar els abusos, sempre que això es previngui en l'acte de l'atorgament. D'aquí ve la necessitat d'un assessorament especial.

Els esmentats poders han d'inscriure's en el Registre de Nomenaments Tutelars no Testamentaris (art. 222-8.3). La remissió de tots els nomenaments tutelars no testamentaris al Registre s'efectua pel mateix Col·legi de Notaris per mitjans telemàtics. També s'han d'inscriure en el Registre Civil segons l'article 46 ter de la Llei del Registre Civil, després de la seva modificació per la Llei 1/2009, de 25 de març.

b) L'autotutela o delació de tutela feta per un mateix (art. 222-4)

La seva regulació segueix, en general, la norma anterior, si bé accentua les precaucions, ja que, tal com declara el preàmbul, en molts casos «s'atorguen just abans d'instar la incapacitació, fet que fa sospitar que hi pot haver captació de la voluntat per part del designat o, simplement, que l'atorgant no era plenament capaç». Aquest dubte del legislador imposa també al Notari el deure d'extremar la prudència, potser encara més que en el poder, tenint en compte que la Llei preveu directament la ineficàcia si s'ha instat el procés d'incapacitat o bé el ministeri fiscal ha iniciat les diligències preparatò-

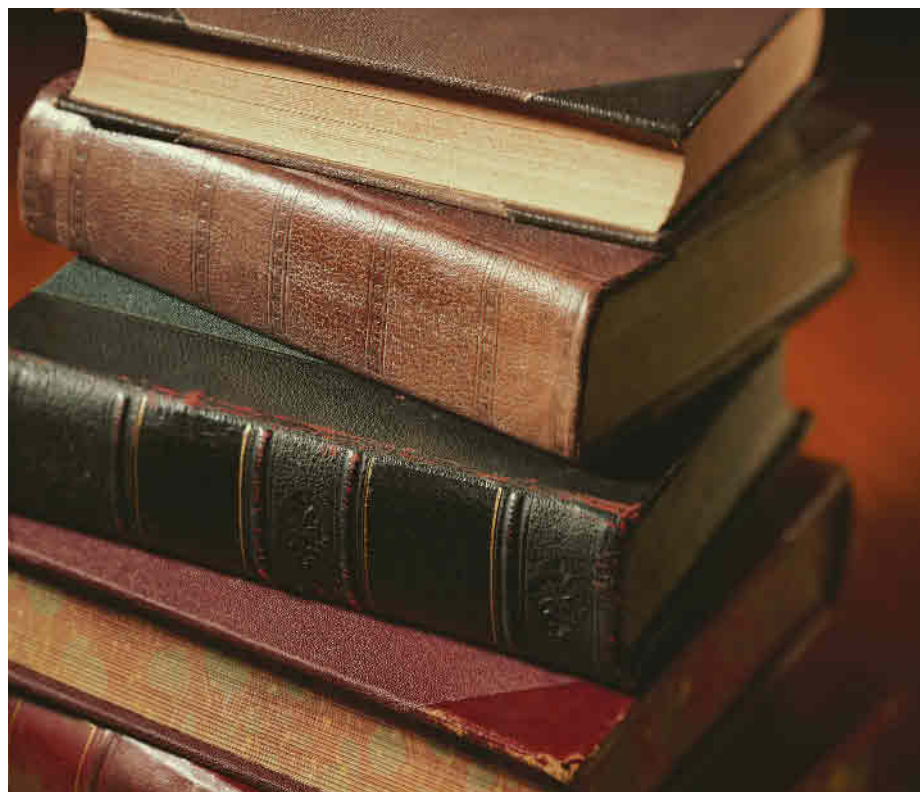
ries (art. 222-4.3). Serveix no només per nomenar càrrecs tutelars, sinó també per excloure'n determinades persones, i pot establir normes sobre el funcionament i el contingut del règim de protecció (art. 222-4.1), fins i tot nomenament de Consell de Tutela (art. 222-54). Ha d'inscriure's en el Registre de Nomenament Tutelars no Testamentaris (art. 222-8.1), registre en el qual no consten els designats, sinó només les dades de l'atorgant, i que no té caràcter públic, ja que només en poden obtenir certificats el mateix interessat i l'autoritat judicial (arts. 1 i 5 del Decret 360/1996, de 12 novembre). La inscripció es fa, també, a través del Col·legi de Notaris, que ho comunica al Registre per mitjans informàtics. També s'han d'inscriure en el Registre Civil, després de la modificació de la seva Llei el 25 de març de 2009 (art. 46 bis i 46 ter).

La regulació de l'autotutela o delació de tutela feta per un mateix segueix, en general, la norma anterior, si bé accentua les precaucions

c) Els patrimonis protegits

Tal com sabem, van ser creats per la Llei estatal 41/2003, de 18 de novembre, però el llibre II els dona una regulació independent i molt completa. Podem assenyalar, com a principals fites, les següents:

- Poden ser beneficiàries les persones amb una discapacitat psíquica igual o superior al 33 %, o física igual o superior al 65 %, així com les persones en situació de dependència de grau I o II (art. 227-1).
- Es defineixen com «un patrimoni autònom, sense personalitat jurídica, sobre el qual el constituent, l'administrador i el beneficiari no tenen la propietat ni cap altre dret real» (art. 227-2.1). I per això «no respon de les obligacions del beneficiari, ni tampoc de les del constituent o de qui hi va fer aportacions», ja que la seva finalitat és la satisfacció de les necessitats vitals del beneficiari. Tot i això, no pot perjudicar els legítims (art. 227-2.2).





- Es constitueix mitjançant escriptura pública, en la qual han de constar aquesta voluntat de constitució, la denominació del patrimoni protegit, els noms del constituent, del beneficiari i de l'administrador, amb les normes d'administració, si escau, i les persones davant les quals cal retre comptes en cas de conflicte d'interessos (art. 227-3). L'administrador pot ésser el mateix constituent, si no n'és alhora beneficiari (art. 227-4).
- L'administrador ha de retre comptes anualment davant el beneficiari, els seus representants legals o, si escau, les persones nomenades a aquest efecte d'acord amb l'art. 227-3, abans vist (art. 227-6).
- S'extingeix per mort, pèrdua de la condició de discapacitat, renúncia, expiració del termini o compliment de la condició, o bé per resolució judicial, en cas d'ingratitude (art. 227-7). Això comporta una nova rendició de comptes, la liquidació del patrimoni i el lliurament del romanent al destí establert en l'escriptura de constitució o, si no n'hi hagués, al constituent o als seus hereus (art. 227-7.4 i 227-8).
- Els béns que integren el patrimoni protegit es poden inscriure en el Registre de la Propietat o en altres registres públics, tot fent constar la seva condició i les normes que el regeixen (art. 227-9).

d) L'assistència

És una figura nova, introduïda pel Codi, que recull els casos de disminució no incapacitant de les facultats físiques o mentals. S'inspira en la filosofia de la Convenció sobre drets de les persones amb discapacitat (Nova York, 13 de desembre de 2006), ratificada per l'Estat espanyol, i, segons el preàmbul, també en les «directrius de la Recomanació R (99) 4, del Comitè de Ministres del Consell d'Europa, de 28 de febrer de 1999, i amb els precedents existents en diferents ordenaments jurídics de l'entorn de Catalunya». Pel que sembla, existeixen figures similars a Alemanya i França, i així ho manifesta el professor Francisco Rivero. La primera ha substituït la incapacitació i la tutela, mentre que la segona ha instituït la *sauvergarde de justice*, que és compatible amb

la tutela i, per tant, està més a prop del règim del llibre II. Igualment, Itàlia (com es pot veure a la revista *El Notario del Siglo XXI*) ha aprovat una llei que crea la figura de «l'administrador de suport» per tutelar mitjançant intervencions de suport temporals o permanents i amb la mínima limitació possible de la capacitat d'obrar les persones privades totalment o parcial d'autonomia en la vida quotidiana, institució en certa manera anàloga a la figura de l'assistència. Potser es podria considerar com una mena de curatela designada pel mateix assistit.

L'assistència és una figura nova, introduïda pel Codi, que recull els casos de disminució no incapacitant de les facultats físiques o mentals

Disposa l'art. 226-1.1 que «la persona major d'edat que ho necessiti per tenir cura d'ella mateixa o dels seus béns, a causa de la disminució no incapacitant de les seves facultats físiques o psíquiques, pot sol·licitar a l'autoritat judicial el nomenament d'un assistent», d'acord amb les normes de la jurisdicció voluntària, i haurà d'inscriure's en el Registre Civil per a la seva eficàcia davant de tercers (art. 226-7). És només el mateix interessat qui pot demanar el nomenament d'un assistent. Això es tramitarà pel procediment de jurisdicció voluntària (art. 226-1) i sembla que en el procediment haurà de ser present el Ministeri Fiscal.

Quant al seu contingut, l'essencial és l'assistència, no la substitució de la voluntat, encara que, a petició de la persona assistida, es poden donar facultats perquè l'assistent pugui actuar en nom seu (art. 226-2.3 *in fine*), cosa que entenc que serà més pròpia de casos de discapacitat física. Però el típic o propi és que simplement l'assisteixi en els actes fonamentals, per evitar ésser enganyat, a manera d'autocuratela (un del supòsits de la qual és, també, la disminució psíquica no incapacitant). Nomenat l'assistent i inscrit en el Registre Civil, els actes efectuats per la persona assistida sense intervenció de l'assistent poden ésser anul·lats (art. 226-3). A més, en l'àmbit personal, se li encarrega vetllar pel benestar de la persona assistida, tot respectant plenament la seva voluntat i les seves opcions personals, així

com rebre la informació sobre els tractaments mèdics i adoptar les decisions corresponents, si la persona assistida no pot decidir per si mateixa i no ha atorgat document de voluntats anticipades (art. 226-2.2), la qual cosa significa quelcom més que assistir.

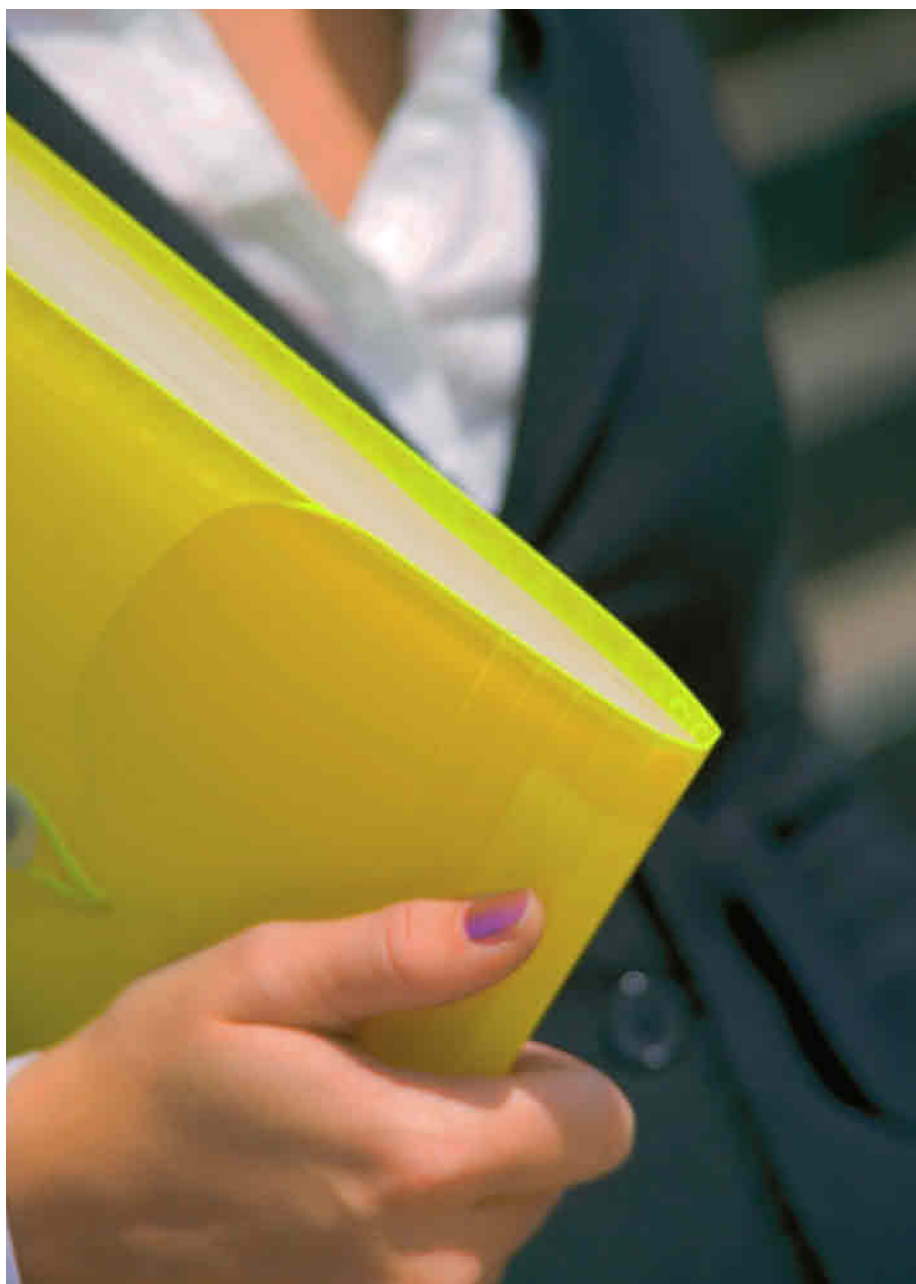
Per a una institució nova i a la qual es dóna tanta importància, la regulació és, potser, escassa, encara que hi ha una certa remissió a les normes de la tutela (art. 226-6). De tota manera, una Ordre del Departament Social i Ciutadania del 28 de setembre de 2010 dóna certes normes de tipus administratiu, com ara el copagament per la persona assistida i la Generalitat i els honoraris de les persones que es dediquen a l'assistència fonamentalment personal de persones amb discapacitat. Però aquesta Ordre està pensada més aviat per a l'assistència física i les atencions per malaltia, més que no pas per a l'assistència en si, la qual implica consell i assessorament.

e) La curatela

Tractem aquesta figura abans que la tutela perquè restringeix menys la personalitat i la norma; tal com veurem, la prefereix a la tutela, que considera un remei extrem. La seva finalitat, en certa manera, és la mateixa que la de l'assistència. El preàmbul la configura «com una institució complementadora de la capacitat en la qual és la persona protegida la que actua per si mateixa».

El preàmbul configura la curatela «com una institució complementadora de la capacitat en la qual és la persona protegida la que actua per si mateixa»

Regula la dels menors emancipats que, per defunció dels progenitors o pel fet d'estar impeditos, no tenen qui els assisteixi; la dels pròdigs, en la qual s'ha de determinar l'àmbit de necessitat d'assistència del curador (art. 223-4.3), i també —i, aquí rau la novetat—, la dels incapacitats amb relació als quals no s'hagi considerat adequada la constitució de la tutela (223-1.b).



I precisament per a aquest últim supòsit es preveu que: «La sentència d'incapacitació pot conferir al curador funcions d'administració ordinària de determinats aspectes del patrimoni de la persona assistida, sens perjudici de les facultats d'aquesta per a fer els altres actes d'aquesta naturalesa per ella mateixa» (art. 223-6), cas en el qual haurà de retre comptes (art. 223-10). Podríem dir que en aquest supòsit es converteix en una espècie de tutela de segon grau, descafeïnada o parcial, sempre tendint a limitar en la mesura del possible la incapacitació total,

ja que el lema de les institucions de protecció és, en aquest llibre II, com ja hem dit abans, limitar en la mesura del possible l'autonomia personal del discapacitat.

La falta d'assistència del curador, si cal, fa possible l'anul·labilitat dels actes atorgats sense la dita assistència (art. 223-8).

e) *La guarda de fet*

Estava ja regulada en el Codi de família i també, encara que escassament, en el

Codi civil, des de la modificació del 1983. És com una mena de tutela automàtica i de segon grau que pretén evitar la constitució de la tutela, que es considera un remei extrem. El preàmbul diu que «delimita uns contorns més precisos» per a aquesta figura i que «a la pràctica s'ha pogut constatar que són excepcionals, i més aviat extrems, els casos en què les famílies prenen la decisió de sol·licitar la incapacitació de les persones ancianes afectades de demències senils o d'altres malalties que els impedeixen decidir per si mateixes».

La figura es dóna quan una persona o una institució cuiden de fet, sense cap obligació legal, per raons d'amistat o solidaritat, una persona menor o major amb causa d'incapacitació, si no està en potestat parental o tutela o, encara que ho estigui, si els titulars d'aquestes funcions no l'exerceixen (art. 225-1). Unes vegades seran els avis o els oncles els qui s'ocupen dels menors. D'altres, amics de persones grans a les quals concorrin causes d'incapacitació. Algunes d'aquestes poden haver estat ingressades en establiments residencials, que esdevenen també guardadors de fet.

Els guardadors d'un menor han de comunicar-ho en el termini de setanta-dues hores a l'entitat pública competent o a l'autoritat judicial. Quant als majors amb causa d'incapacitació, només existeix obligació de comunicar-ho si estan en un establiment residencial i en aquest se n'encarrega el titular de l'establiment (art. 225-2.1 i 225-2.2).

El guardador de fet ha de cuidar la persona en guarda, actuar sempre en benefici d'aquesta i, si assumeix la gestió patrimonial, limitar-se als actes d'administració ordinària (art. 225-3.1). I si es tracta de persones que estiguin sota potestat parental o en tutela, si els seus titulars no exerceixen les seves funcions, l'autoritat judicial pot conferir al guardador de fet funcions tutelars que signifiquen la suspensió si es dóna el cas de la pàtria potestat o tutela (art. 225-3.2).

La guarda de fet no dóna dret a cap retribució, però sí al reemborsament de despeses i a la indemnització per danys amb càrrec als béns de la persona protegida (art. 225-4).



En tot cas, especialment si són menors, es tracta d'una situació transitòria que s'extingeix per la desaparició de les causes que la van motivar, per la declaració de desemparament del menor (que veurem a continuació), pel nomenament d'un defensor judicial o per la constitució del pertinent model de protecció (art. 225-5).

f) La tutela

Té una extensa regulació en el llibre II. Destacarem aquí, com a novetats o característiques principals, les següents:

- El fet de ser recollida per la Llei com a últim recurs, tot disposant, d'una banda, que no cal la seva constitució si s'ha atorgat el poder preventiu abans estudiat (art. 222-2.1), i de l'altra, que «l'autoritat judicial pot disposar la constitució de la curatela, malgrat que hom hagi demanat la de la tutela, d'acord amb les circumstàncies de la persona afectada» (art. 223-2.2). El preàmbul declara que la constitució formal de la tutela «es configura com una mesura de protecció, especialment en casos de desemparament de l'incapaç, quan a la greu malaltia psíquica s'hi afegeix la manca, inadequació o impossibilitat de suport familiar».

El preàmbul declara que la constitució formal de la tutela «es configura com una mesura de protecció, especialment en casos de desemparament de l'incapaç, quan a la greu malaltia psíquica s'hi afegeix la manca, inadequació o impossibilitat de suport familiar»

- Es preveuen tres formes de delació, per ordre de preferència: la delació feta per un mateix (art. 222-4), estudiada abans; la delació realitzada pels titulars de la potestat parental (art. 222-5), i la delació judicial (art. 222-10).
- El fet que el Jutge, a més del constituent, pot separar les funcions personals de les d'administració de béns i encarregar-les a persones diferents (art. 222-12.1).

- El supòsit de tutela a càrrec de persones jurídiques, les quals poden excusar-se d'exercir el càrrec si no tenen mitjans humans i materials suficients per exercir-lo adequadament (art. 222-18.2).
- Es configura com un òrgan unipersonal, excepte en el cas que la persona interessada o els titulars de l'autoritat parental hagin designat dues persones per al càrrec o si s'estima convenient que el cònjuge o la parella de fet també l'exerceixi (art. 222-25).
- El tutor ha de retre comptes anualment, termini que, en casos de reduït patrimoni, es pot prorrogar fins a tres anys. En canvi, quan es tracta de patrimonis importants, l'autoritat judicial pot demanar, a més, una auditoria independent. La rendició de comptes s'efectua davant l'autoritat judicial que va constituir la tutela (art. 222-31). A més, s'han de retre comptes en acabar la tutela o en cessar el tutor en el seu càrrec davant de la mateixa autoritat judicial (art. 222-49 i 222-50).
- L'obligació del tutor de tractar el tutelat amb consideració, de comptar amb el seu consentiment per a les decisions relatives a la seva educació, si té més de dotze anys, i de recollir l'autorització judicial per internar-lo en un centre d'educació especial (art. 222-37).
- La declaració que el tutor ha de conviure amb el menor tutelat, llevat d'autorització del Jutge per motius suficients (art. 222-39.2).
- La delimitació de les facultats d'administració del patrimoni del tutelat, tot excloent la dels béns adquirits per donació o herència quan s'hagi nomenat administrador especial per a aquests casos (art. 222-41). Enumera els casos en què es requereix autorització judicial (art. 222-43.1) i exclou de la dita autorització els béns adquirits per donació o títol successori si el donant o causant l'ha exclòs expressament (art. 222-43.2).
- La possible existència d'un Consell de Tutela (art. 222-54) només en els casos d'autotutela o de les deferides pels titulars de la potestat parental, tant per vetllar per l'exercici correcte

de la tutela com si se li atribueixen les esmentades facultats per suplir l'autorització judicial en els casos que es requereix, i resoldre els conflictes entre els tutors.

g) La declaració de desemparament

És l'última figura de la protecció i es dóna sols per a casos greus i quan falten totes les institucions vistes. Es refereix als menors d'edat.

Es consideren en situació de desemparament «els menors que estan en una situació de fet en la qual els manquen els elements bàsics per al desenvolupament integral de llur personalitat, o que estan sotmesos a maltractaments físics o psíquics o abusos sexuals, sempre que per a llur protecció efectiva calgui aplicar una mesura que impliqui la separació del menor del seu nucli familiar» (art. 228-1.1)

La declaració la fa l'entitat pública competent, que assumeix la guarda del menor i implica l'assumpció de funcions tutelars i la suspensió de la potestat parental o tutela, si escau (art. 228-3).

No hi ha una regulació detallada de desemparament, ja que regeix la legislació sobre la infància i l'adolescència (art. 228-7), de la qual recull els trets essencials. I no allibera els progenitors i parents de les seves responsabilitats (art. 228-6.2), als quals, d'altra banda, no els impedeix les relacions personals amb el menor, llevat que l'interès superior d'aquest faci aconsellables limitar-les o excloure-les (art. 228-8).

És una situació transitòria en tot cas que acabarà si cessen les causes que la van motivar o per les mesures que prengui l'Administració, entre les quals hi ha l'acolliment familiar, en què una família s'encarrega de guardar el menor, alimentar-lo, educar-lo, etc., i que pot tenir un caràcter transitori i revocable (acolliment simple) o bé un caràcter permanent, i les dues a través de família extensa (és a dir, quan hi ha alguna relació de parentesc amb el menor) o bé amb una família aliena. L'acolliment en un centre es preveu com a última solució (art. 120.2 de la Llei 14/2010, de 27 de maig, dels drets i les oportunitats en la infància i l'adolescència).