

2a JORNADA RESIDENCIAL GRUP MUTUAM

L'autonomia i la presa de decisions
de les persones grans

Barcelona, 23 d'octubre de 2018

**Eines legals per acompanyar
a la gent gran en la presa de decisions**

Josep M Bosch, advocat.

Conceptes Generals:

- Capacitat, Competència, Discapacitat
- Convenció de Nova York

Institucions de protecció de la persona

- De caràcter preventiu:
 - Autotutela.
 - Poder en previsió de pèrdua sobtevinguda de capacitat.
 - Assistent Personal.
 - Document de Voluntats Anticipades
- De caràcter complementari:
 - Tutela
 - Curatela
 - Defensor judicial
 - Guarda de fet
 - Mesures cautelars

Informació sobre la salut i consentiment informat**Rol dels professionals**

CONCEPTES GENERALS

LA CAPACITAT

- És un concepte relacionat amb l'aspecte més operatiu de l'autonomia de les persones.
- Dins de l'àmbit sanitari és una de les condicions essencials per l'exercir l'autonomia en la presa de decisions sanitàries.
- L'equip assistencial l'haurà de respectar i promoure-la.

TIPUS DE CAPACITAT

Dins del terme capacitat necessàriament hem de distingir entre:

- a) **CAPACITAT JURIDICA** (titular de drets)
- b) **CAPACITAT D'OBRAR o CAPACITAT LEGAL** (exercici de drets)

CAPACITAT JURIDICA

- És l'aptitud que el dret reconeix a qualsevol persona per ser subjecte de relacions jurídiques.
- És reconeix a qualsevol persona des del seu naixement
- El tret fonamental de la capacitat jurídica es que **és igual per totes les persones i no admet ni graus ni modificacions.**

CAPACITAT D'OBRRAR o LEGAL

- És l'aptitud reconeguda pel dret a la persona per a realitzar per sí o per a si, actes amb eficàcia jurídica. És la possibilitat de realitzar actes amb transcendència jurídica.
- Graduable:
 - ❑ **Plena:** cal existència de capacitat per entendre i voler + majoria d'edat.
 - ❑ **Restringida:** implica un complement per determinats actes (menors, pròdigs, incapacitats parcials)
 - ❑ **Incapacitat:** Manca d'aptitud per l'exercici de drets subjectius i deures jurídics.
- Presumpció que la capacitat d'obrar **és plena.**

CAPACITAT D'OBRRAR o LEGAL

- Els ordenaments jurídics solen fixar dades objectives per al seu reconeixement, com son:
 - Haver assolit una determinada edat
 - No patir determinades malalties
 - Altres causes determinades per la llei
- La capacitat legal o d'obrar **nomes pot ser modificada mitjançant sentència judicial** a través d'un procés d'incapacitació. La declaració d'una persona com incapaç requereix que se li anomeni un representant.

LA COMPETÈNCIA

- **Aptituds i habilitats psicològiques** necessàries per prendre decisions (expressió de l'autonomia personal).
- La competència s'haurà d'analitzar per un **context** específic i en un **moment** determinat.
- En l'àmbit sanitari i social l'haurà de valorar i avaluar el metge responsable que podrà ajudar-se en el seu cas d'altres professionals assistencials.
- El terme habitual en l'ètica aplicada al món assistencial.

LA COMPETÈNCIA

- El judici sobre la competència del pacient sempre serà probabilístic no d'evidència científica, per tant existeix com és lògic la possibilitat d'equivocar-se.
- En el supòsit d'apreciar incompetència de la persona, el professional ho haurà de:
 - fer-ho constar a la història clínica
 - comunicar-ho als familiars
 - procedir d'acord amb el consentiment per representació.

Convenció sobre els drets de les persones amb discapacitat aprovada a Nova York el 13 de desembre de 2006.

- Promoure, protegir i assegurar el gaudiment ple i en condicions d'igualtat de tots els drets humans i llibertats fonamentals per totes les persones amb discapacitat i promoure el respecte de la seva dignitat inherent.
- Garantir el dret a la igualtat davant la llei en igualtat de condicions amb la resta de persones

Com preveu que això passi?

Establint salvaguardes perquè:

1. l'exercici de la **capacitat jurídica** respecti els drets, la voluntat i les preferències de la persona,
2. sense conflictes d'interessos ni influències indegudes,
3. proporcionals i adaptades a les seves circumstàncies,
4. pel termini més curt possible i revisables.

Adoptant mesures perquè en igualtat de condicions:

1. siguin propietaris i heretin béns,
2. controlin els seus assumptes econòmics,
3. accedeixin al crèdit financer,
4. no siguin privats dels seus béns arbitràriament.

INSTITUCIONS DE PROTECCIÓ DE LA PERSONA

ASPECTES GENERALS

- Les funcions de protecció s'han d'exercir sempre:
 - en interès de la persona assistida
 - d'acord amb la seva personalitat
 - s'adrecen a la cura de:
 - la seva persona
 - l'administració o defensa dels seus béns i interessos patrimonials
 - i a l'exercici dels seus drets
- S'ha d'informar i escoltar la persona assistida sempre que tingui prou coneixement.
- Tota mesura està subjecte a control judicial

INSTITUCIONS DE PROTECCIÓ DE LA PERSONA DE CARÀCTER PREVENTIU

AUTOTUTELA 1

(delació voluntària)

- Nomenament (o exclusió) en **escriptura pública** futurs tutors (i també substituïts d'aquests) pel cas de futura incapacitació (no vàlida quan s'inicia el procediment)
- També pot fer disposicions respecte al funcionament i el contingut del règim de protecció especialment pel que fa a la cura de la seva persona.
- **S'inscriuen al Registre** de Nomenaments Tutelars no testamentaris.

AUTOTUTELA 2

- **El Jutge en la incapacitació l'ha de respectar** llevat que:
 - hi hagin hagut canvis de les condicions que van motivar el nomenament
 - o que s'hagi atorgat un any abans.
- **Si coincideix amb un DVA** i contenen instruccions incompatibles, resulta d'aplicació del document de data posterior.

PODER EN PREVISIÓ DE PÈRDUA SOBREVINGUDA DE CAPACITAT DEL PODERDANT

- **Poder notarial** atorgat per persona amb plena capacitat designant a un apoderat per tal que en el supòsit de perdre-la pugui tenir cura dels seus interessos.
- Pot actuar com a **substitutori de la Tutela**, però no exclou que pugui haver-n'hi (i el Jutge revoqui el poder a instància del tutor)
- Pot establir com funciona, perquè s'atorga i quan s'extingeix.
- Cal **inscriure'l al Registre** de Nomenaments Tutelars no testamentaris

És una eina especialment útil en el context de la gent gran

ASSISTENT 1

- Persones majors d'edat amb **disminució no incapacitant** de les seves facultats físiques o psíquiques però amb dificultats pel desenvolupament de la seva vida ordinària, poden demanar el **nomenament d'un assistent**.
- Ho sol·licita **el propi interessat** via **procés judicial senzill**).
- El jutge haurà de tenir en compte la seva voluntat (per designar o excloure)
- S'inscriu al Registre Civil.

ASSISTENT 2

- El **Jutge determina l'àmbit** personal o patrimonial de l'assistència i el seu abast.
- En l'**àmbit personal**, ha de vetllar pel benestar de la persona assistida, respectant-ne la voluntat i opcions personals. Especialment adreçat a rebre informació sanitària i atorgar el consentiment informat per actes i tractaments mèdics si no pot `per ell mateix ni ha atorgat DVA.
- En l'**àmbit patrimonial**, pot arribar a complementar la capacitat de l'assistit.

La indefinició l'ha convertit en una figura fallida

DOCUMENT DE VOLUNTAT ANTICIPADES

- Document on la persona amb capacitat d'obrar pot expressar les **instruccions per a la realització d'actes i tractaments mèdics**, per al cas en què no ho pugui decidir per ella mateixa.
- També pot **designar un representant** que rebi la informació i decideixi sobre la realització d'aquells actes i tractaments.
- **Altres previsions:** donació dels òrgans o del cos, i formes d'enterrament o incineració.
- Sempre **revocable**.
- Davant de **notari o davant de tres testimonis** (majors d'edat, capaços i que dos com a mínim no han de tenir relació de parentiu fins 2n grau ni vincles patrimonials amb l'atorgant).

INSTITUCIONS DE PROTECCIÓ DE LA PERSONA DE CARÀCTER COMPLEMENTARI

TUTELA 1

- **Adreçada a protegir**
 - menors no emancipats que no estiguin en potestat parental
 - persones que no es poden governar per elles mateixes
- **Abast de la protecció:**
 - Àmbit personal: el tutor és el representant legal de la persona posada en tutela i té cura d'ella.
 - Àmbit patrimonial: administra i defensa els seus béns i interessos patrimonials i exerceix els seus drets.

TUTELA 2

- **Contingut de la tutela:**
 - ❑ Representació legal
 - ❑ Funcions en l'àmbit personal (cura i respecte de la persona, procurar aliments, educació i lloc de residència)
 - ❑ Funcions en l'àmbit patrimonial: administració i defensa dels béns i interessos patrimonials de la persona tutelada.

TUTELA 3

- **Límits al tutor**
 - ❑ De contingut econòmic, patrimonial i societari (art. 222-43 CCcat)
 - ❑ No afecten –com abans- al consentiment informat per actes mèdics
- El Tutor pot ser **persona física o jurídica**
- La Tutela pot ser **voluntària** (testament –en relació a fills- o escriptura –autotutela-) **o judicial**
- Els Tutors estan **obligats a rendir comptes al Jutjat** (excepte pares en casos de pàtria potestat prorrogada)

CURATELA

- **Adreçada a protegir**
 - Els menors d'edat emancipats*
 - Els incapacitats amb relació als quals no s'hagi considerat adequada la constitució de la tutela. ***“Incapacitació parcial”***
 - Els pròdigs (dilapiden el seu patrimoni)
- **Abast de la protecció:**
 - Funció d'assistir completant la capacitat d'obrar
 - El curador no té mai la representació legal.

(*) si els progenitors han mort o han quedat impeditos per a exercir l'assistència (llevat del menor emancipat per matrimoni amb una persona plenament capaç). L'emancipació es produeix per concessió dels pares a partir del 16 anys, o per matrimoni.

DEFENSOR JUDICIAL 1

- **Supòsits** en els que intervé
 - ❑ En **conflicte d'interessos** entre tutor/tutelat, o curador/persona en curatela.
 - ❑ Si requerim **actuació urgent** mentre la tutela o la curatela no es constitueixi.
 - ❑ Mentre tutors o curadors **no exerceixin llurs funcions** (mentre no actuïn o no se'n nomeni un de nou).

DEFENSOR JUDICIAL 2

- L'anomena el Jutge
- És un òrgan temporal e intermitent.
- Coexisteix amb Curador/Tutor/Pares o els supleix (Curador/Tutor) mentre aquests no son nomenats.

GUARDA DE FET 1

- **Concepte:**

És guardadora de fet la **persona física o jurídica** que **té cura** d'un menor o d'una persona en la qual **es dóna una causa d'incapacitació**, si no està en potestat parental o tutela o, encara que ho estigui, si els titulars d'aquestes funcions no les exerceixen.

GUARDA DE FET 2

- Al tractar-se d'una situació de fet, **cal que la comuniqui:**
 - ❑ Guarda de menors: Persona que ha acollit transitòriament a un menor desemparat ho ha de comunicar a la DGAIA o al jutjat en termini de 72 hores.
 - ❑ Guarda de majors d'edat amb causa d'incapacitació: Si la persona es troba en un establiment residencial, el titular de l'establiment residencial ho comunicarà al jutjat o al ministeri fiscal en termini de 72 hores.
- **Funcions**: tenir cura personal i actes d'administració ordinària

GUARDA DE FET 3

- DTASIF: es va dictar la Instrucció 3/2017 després deixada sense efecte per la Instrucció 7/2017.
- Línia jurisprudencial marcada per l'Audiència Provincial de Barcelona: necessitat de comunicar les guardes de fet a càrrec dels centres residencials només en casos:
 - propers al desemparament,
 - on no hi ha família de referència
 - i l'usuari, malgrat no tenir modificada judicialment la seva capacitat jurídica, té la seva competència afectada i no pot manifestar la seva voluntat.

MESURES CAUTELARS

- Les **poden demanar** el Ministeri Fiscal o els interessants.
- Les pot adoptar el Jutge **d'ofici**.
- Tant **abans, com durant** el procediment d'incapacitació.
- Si les adopta el Jutge abans, instarà al MF que inicií procediment d'incapacitació.
- L'objectiu és protegir la persona y el seu patrimoni, així com evitar situacions que suposin un risc.

INFORMACIÓ SOBRE LA SALUT I CONSENTIMENT INFORMAT

QUI POT REBRE/CONSENTIR?

- Segons el Codi Civil de Catalunya:
 - *la persona designada en el document de voluntats anticipades*
 - *l'assistent legalment designat*
 - *representant legal*
 - *la persona que en té la guarda de fet*
 - *als familiars*
 - *les persones que hi estan vinculades***segons que correspongui.**
- La llei 21/2000 de Catalunya, preveu remissions a normativa derogada, i en darrer terme es remet a familiars o persones vinculades.

ROL DELS PROFESSIONALS

- Habitualment poden tenir la iniciativa o ser coadjuvants.
- Treball conjunt amb l'àrea de treball social.
- Emissió d'informes.
- Eventualment actuen processalment com a testimoni-pèrit.
- Protocol de cribratge.
- Orientar les demandes al Ministeri Fiscal.

MOLTES GRÀCIES