

EXAMEN COMPARATIVO ENTRE LAS MEDIDAS DE APOYO
AL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA ESTABLECIDAS
POR EL LEGISLADOR ESTATAL Y LAS PREVISTAS EN
EL “AVANTPROJECTE DE LLEI DE MODIFICACIÓ DEL
CODI CIVIL DE CATALUNYA EN MATÈRIA DE SUPORTS
A L’EXERCICI DE LA CAPACITAT JURÍDICA DE LES
PERSONES”. ANALOGÍAS Y DIFERENCIAS

*COMPARATIVE ANALYSIS OF THE SUPPORT MEASURES FOR
THE EXERCISE OF LEGAL CAPACITY ESTABLISHED BY THE
STATE LEGISLATOR AND THOSE PROVIDED FOR IN THE
“AVANTPROJECTE DE LLEI DE MODIFICACIÓ DEL CODI CIVIL
DE CATALUNYA EN MATÈRIA DE SUPORTS A L’EXERCICI DE
LA CAPACITAT JURÍDICA DE LES PERSONES”. ANALOGIES AND
DIFFERENCES*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 20 bis, junio 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 728-797

Celia PRADOS
GARCÍA

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de marzo de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 18 de abril de 2024

RESUMEN: Con este trabajo se realiza un examen comparativo entre las medidas de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica establecidas por el legislador estatal, en 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, y las propuestas por la Comisión Catalana de Codificación en el "Avantprojecte de llei de modificació del Codi civil de Catalunya en matèria de suports a l'exercici de la capacitat jurídica de les persones". Se busca la comparación corta entre el sistema ya vigente en el Código civil y el que se pretende, tras la pertinente tramitación parlamentaria, instaurar en el Código Civil de Cataluña, trabajo con el que se pretende contribuir al estudio de la capacidad jurídica, ahora desde el ángulo de la diversidad legislativa civil en el ordenamiento jurídico español.

PALABRAS CLAVE: Capacidad jurídica; medidas de apoyo; Código civil catalán.

ABSTRACT: *This work makes a comparative examination between the support measures for the exercise of legal capacity established by the state legislator in Law 8/2021, of 2 June which reforms the civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of their legal capacity, and those proposed by the Comisión Catalana de Codificación (Catalan Codification Commission) in the "Avantprojecte de llei de modificació del Codi civil de Catalunya en matèria de suports a l'exercici de la capacitat jurídica de les persones". A brief comparison is planned between the current system in force in the Civil Code and that it is intended to introduce, after the relevant parliamentary procedure, to establish the work with which to contribute to the study of legal capacity in the Civil Code of Catalonia, now from the perspective of civil legislative diversity in the Spanish legal system.*

KEY WORDS: *Legal capacity; support measures; Catalan Civil Code.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL NUEVO PARADIGMA DE LA DISCAPACIDAD. EL RECONOCIMIENTO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA Y DEL DERECHO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD A CONTAR CON APOYO EN EL EJERCICIO DE SUS DERECHOS.- I. El significado general de la CDPD.- 2. El art. 12 de la CDPD.- A) Reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en las mismas condiciones que los demás. Doble dimensión de la capacidad jurídica.- B) Derecho al apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica. Concepto amplio de apoyo.- 3. La obligación del Estado español de cumplir con la CDPD y su cumplimiento en Derecho interno.- A) Ratificación de la CDPD y cumplimiento/incumplimiento progresivo.- B) El cumplimiento del art. 12 en el Estado plurilegislativo en materia civil- Referencia a la distribución competencial en materia civil (art. 149.1.8ªCE).- C) Los aspectos civiles de la discapacidad pueden ser competencia autonómica. El caso catalán, aragonés o navarro versus el caso gallego (STC 133/2017).- III. LA LEGISLACIÓN ESTATAL DESTINADA A CUMPLIR CON EL ART. 12 CDPD: LEY 8/2021, DE MODIFICACIÓN DEL CC Y OTRAS LEYES (ESTATALES) COMPLEMENTARIAS.- I. Objetivos y principios generales de ley.- A) El respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.- B) Principios de necesidad, proporcionalidad y subsidiaridad de los apoyos.- C) El derecho al apoyo y a su renuncia.- 2. Las medidas de apoyo previstas en la ley.- A) Las reglas comunes.- B) Las medidas voluntarias: en especial los poderes para el ejercicio de la capacidad jurídica.- C) Las medidas informales. La guarda de hecho.- D) Las medidas judiciales: la curatela y el defensor judicial.- E) Las reglas transitorias.- IV. LA LEGISLACIÓN CATALANA DESTINADA A CUMPLIR CON EL ART. 12 CDPD.- I. La regulación de la incapacitación en el libro I del CCC antes de la ley 8/2021.- 2. El Decreto-ley 19/2021 por el que se adapta el Código Civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad.- 3. Proyecto de ley de actualización, incorporación y modificación de determinados artículos del Código Civil de Cataluña.- 4. El Anteproyecto de ley de modificación del Código Civil de Cataluña en materia de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica.- A) Objetivos y principios generales.- B) Las medidas de apoyo previstas en la ley catalana.- C) Las medidas transitorias de protección y apoyo.- D) Algunas cuestiones procesales y posible conflicto competencial.- E) Régimen transitorio.- V. FUNDAMENTALES SIMILITUDES Y DIFERENCIAS DE LAS DOS REGULACIONES SUSTANTIVAS EN MATERIA DE APOYOS (ESTATAL Y CATALANA).- 1. Constatación de la analogía o identidad de los objetivos y principios generales.- 2. Examen comparativo del conjunto de medidas de apoyo previstas.- A) Analogías y diferencias en la tipología y nomenclatura.- B) Analogías y diferencias en las medidas espontáneas o no formalizadas.- C) Analogías y diferencias en las medidas voluntarias.- D) Analogías y diferencias en las medidas formalizadas no voluntarias. ¿Hacia una mayor desjudicialización de los apoyos?

I. INTRODUCCIÓN¹.

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPD, en adelante), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, abordó, por primera vez, la discapacidad desde el enfoque de los derechos humanos e incorporó en su art. 12 un nuevo significado de capacidad jurídica, que reconoce que todas las personas mayores de edad son titulares de derechos y tienen capacidad para ejercitarlos. Para hacerlo posible, desarrolla un

¹ Quisiera mostrar mi agradecimiento a la profesora María Paz García Rubio, por su inestimable ayuda desde que comencara el estudio de la reforma y por sus valiosas aportaciones a este trabajo.

• Celia Prados García

Profesora Permanente Laboral de la Universidad de Córdoba (acreditada a Profesor Titular de Universidad).
Correo electrónico: cprados@uco.es

sistema de apoyos, en torno al principio de dignidad, para que todas las personas puedan ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás.

Desde su ratificación por el Estado español, se ha venido adaptando el ordenamiento jurídico interno al nuevo significado de capacidad otorgado por la Convención. En el marco estatal, la adaptación del art. 12 se ha realizado a través 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 (en adelante, LAPD). Pero, siendo el español un sistema plurilegislativo en materia civil, la ley estatal no agota esa función de adaptación, de modo de las Comunidades Autónomas con competencias en materia civil están obligadas también a acometer tal tarea. Algunas lo han hecho ya y otras están el camino. Precisamente, en este trabajo se persigue realizar un análisis comparativo entre las medidas de apoyo implantadas por el legislador estatal en la citada Ley 8/2021 y la Propuesta prelegislativa elaborada por la Comisión de Codificación catalana denominada "Avantprojecte de llei de modificació del Codi civil de Catalunya en matèria de suports a l'exercici de la capacitat jurídica de les persones" (en adelante, Anteproyecto)².

Teniendo en cuenta los objetivos definidos, se ha desarrollado una metodología que parte de la explicación del modelo social de la discapacidad regulado en la CDPD y está dirigida al análisis comparativo entre el texto vigente del CC procedente de la LAPD y la propuesta formulada en el Anteproyecto. A continuación, se hace una breve descripción del modelo plurilegislativo español en materia civil, a los efectos de contrastar su trascendencia en el tema que nos ocupa. El propósito es establecer las semejanzas y diferencias entre el derecho general y el foral catalán. También han resultado de especial interés los datos extraídos del proceso participativo de consulta, impulsado por el Departamento de Justicia, sobre la adaptación del Código Civil de Cataluña a la CDPD, mediante la presentación del documento de Bases de la reforma del Código civil de Cataluña en materia de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica³.

2 Conviene adelantar, desde ahora, que, en el momento de concluir este trabajo, el Parlamento de Cataluña ha sido disuelto por Decreto 60/2024, de 18 de marzo, de convocatoria de elecciones al Parlamento de Cataluña y de su disolución.

3 La Dirección General de Derecho, Entidades Jurídicas y Mediación organizó, el 11 de diciembre de 2019, un taller participativo sobre el primer borrador de las bases del Código civil de Cataluña en materia de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica, para dar a conocer las propuestas a las entidades jurídicas, a las personas directamente afectadas, a los profesionales del ámbito de la salud, juristas y miembros de las administraciones públicas, y que todos los agentes implicados pudiesen iniciar un diálogo participativo. Como resultado del taller participativo, el borrador de las bases fue enmendado y muchas de las aportaciones de los participantes fueron incorporadas a la redacción final. A continuación, del 15 de julio al 15 de octubre de 2020, se llevó a cabo un proceso participativo a través del canal Participa. Resultado de aquel proceso fueron las bases de la reforma del Código civil de Cataluña en materia de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica, que han orientado el diseño de las reformas de las instituciones del título II del libro segundo del Código civil de Cataluña. Con posterioridad, aunque con carácter previo a la aprobación definitiva del borrador del Anteproyecto de Ley, el Departamento de Justicia, Derecho y Memoria convocó una nueva ronda de participación de los colectivos interesados. Las propuestas y observaciones recibidas

II. EL NUEVO PARADIGMA DE LA DISCAPACIDAD. EL RECONOCIMIENTO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA Y DEL DERECHO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD A CONTAR CON APOYO EN EL EJERCICIO DE SUS DERECHOS.

I. El significado general de la CDPD.

La CDPD conlleva un cambio de paradigma en el tratamiento de la discapacidad al desarrollar un modelo social que persigue la participación plena y efectiva de la persona con discapacidad en la sociedad. Este modelo entiende la discapacidad como un contexto en el que las restricciones personales no tienen su origen en las características de la persona, sino en la propia sociedad que no tiene en cuenta la situación de estas personas, generando barreras que las excluyen y discriminan⁴. En este sentido, el art. 12 CDPD constituye el núcleo del paradigma social de la discapacidad, pues supone el reconocimiento de la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad e introduce un nuevo sistema de apoyos basado en el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

2. El art. 12 de la CDPD.

A) *Reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en las mismas condiciones que los demás. Doble dimensión de la capacidad jurídica.*

Los Estados partes reafirman, en el párrafo primero del art. 12 CDPD, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad⁵. Este reconocimiento se extiende a todos los aspectos de la vida, sin distinción por razón de discapacidad alguna, prescindiendo el texto de la tradicional distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar⁶. Es decir, la expresión “capacidad jurídica en igualdad de condiciones que los demás” incluye tanto la capacidad de ser titular de derechos, como la capacidad de ejercerlos. Así se concreta en la Observación General núm. 1 del Comité de Derechos

en aquella ocasión también fueron incorporadas al proceso de redacción del Anteproyecto de Ley en el seno de la Sección de Persona y Familia de la Comisión de Codificación de Cataluña.

- 4 La existencia de estas barreras pone en funcionamiento “un círculo vicioso” que tiene como punto de partida la exclusión de las personas con discapacidad, discurre por la discriminación *de iure* y *de facto* y concluye con su separación e institucionalización (COURTIS, C.: “Dos pasos adelante y algún mareo. La reforma constitucional española en materia de derechos de las personas con discapacidad a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos”, *Revista de Derecho Civil*, 2024, vol. XI, nº1, pp.1-31, p.13).
- 5 Un derecho que ha sido elevado a la categoría de nuevo derecho humano, de cuya afirmación se derivaría su inalienabilidad e indivisibilidad. BOOTH GLEN, K.: “Introducing a new human right: learning from others, bringing legal capacity home”, *Columbia Human Rights Review*, 2018, pp.2-98, esp.5; GARCÍA RUBIO, M. P.: “Variaciones sobre la reforma con discapacidad. Las resistencias y la reconstrucción de la voluntad”, en AA.VV.: *Debates en torno a la contractualización del Derecho de familia y la persona* (dir. por M.P. GARCÍA RUBIO y M. OTERO CRESPO) Colex, A Coruña, 2023, pp.337-364.
- 6 Ha estudiado en profundidad el nacimiento y negociación del art. 12 CDPD TORRES COSTAS, E.: *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020.

sobre las Personas con Discapacidad (en adelante, Comité)⁷. Asimismo, el art. 12 CDPD no solo reconoce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, sino que en su apartado tercero se ordena a los Estados que adopten los apoyos necesarios para garantizar el ejercicio efectivo de la capacidad jurídica. Dichas medidas de apoyo deben respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. De ahí que deban desarrollarse las salvaguardias precisas para evitar situaciones de abuso o de influencia debida.

En síntesis, del precepto se extraen tres ideas básicas: la personalidad entendida como la tradicional capacidad de obrar, el reemplazo del modelo sustitutivo de la voluntad por un sistema de apoyos para la toma de decisiones, y el establecimiento de salvaguardas para asegurar el reconocimiento de la capacidad jurídica⁸.

B) Derecho al apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica. Concepto amplio de apoyo.

Como se ha explicitado, la Convención reconoce que los Estados partes tienen la obligación de proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que sea preciso para el ejercicio de la capacidad jurídica. De forma que los Estados no solo no deben negar la capacidad jurídica, sino que deben proporcionar los apoyos necesarios para la toma de decisiones que tengan efectos jurídicos.

El párrafo tercero del art. 12 CDPD no ofrece una definición de apoyo ni especifica cómo debe ser éste. Sin embargo, el Comité ha concretado que se trata de “un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades”, sobre los que aporta algunos ejemplos⁹. Así, la persona con discapacidad puede escoger a una o más personas de confianza para que le ayuden al ejercicio de la capacidad jurídica. Pero también puede recurrir a otras formas, como “el apoyo entre pares, la defensa de sus intereses (incluido el apoyo para la defensa de los intereses propios) o la asistencia para comunicarse”¹⁰. Además, el Comité concreta que el apoyo puede incluir medidas relacionadas con el diseño y la accesibilidad universales, como puede ser la exigencia de que las entidades públicas y privadas proporcionen información en un formato comprensible u ofrezcan apoyo a través de intérpretes de lengua de signos, para que las personas con discapacidad puedan realizar los actos jurídicos necesarios para la apertura de una cuenta bancaria, realizar transacciones sociales o celebrar un contrato.

7 “(...) la capacidad jurídica es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar)” NACIONES UNIDAS, 2014. CRPD/C/GC/I. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General núm. 1 (2014). Artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley.

8 GARCÍA RUBIO, M.P.: “La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 2018, tomo 58, pp.143-192, esp.151-153.

9 NACIONES UNIDAS, 2014. CRPD/C/GC/I, p.5.

10 NACIONES UNIDAS, 2014. CRPD/C/GC/I, p.5.

Asimismo, el apoyo puede consistir en la elaboración y reconocimiento de métodos de comunicación distintos y no convencionales, en particular, para las personas que utilizan formas de comunicación no verbales¹¹. Por último, el Comité se ocupa de los apoyos planificados anticipadamente por la propia persona, para los que los Estados partes deben ofrecer distintos mecanismos.

3. La obligación del Estado español de cumplir con la CDPD y su cumplimiento en Derecho interno.

A) Ratificación de la CDPD y cumplimiento/incumplimiento progresivo.

El Estado español ratificó la CDPD el 23 de noviembre de 2007, sin que presentara reserva alguna al tratado internacional, y desde entonces está adaptando de manera progresiva su ordenamiento jurídico a la Convención¹². En este sentido, conviene señalar la reciente reforma del art.49 CE, con el propósito

11 NACIONES UNIDAS, 2014. CRPD/C/GC/1, p.5.

12 En lo que respecta al trabajo de adaptación del ordenamiento jurídico estatal: Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación de la Administración de Justicia. Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad. Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Ley Orgánica 1/2015 que modifica el Código Penal, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones. Ley 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen General Electoral para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad. LO 3/2018, de 5 de diciembre, Protección de datos personales y garantía de los Derechos digitales. Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente. 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. Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación de la Administración de Justicia. Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad. Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Ley Orgánica 1/2015 que modifica el Código Penal, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Ley 4/2015, 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito. Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones. Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Ley 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen General Electoral para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad. Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente. 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. Ley 6/2022, de 31 de marzo, de modificación del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, para establecer y regular la accesibilidad cognitiva y sus condiciones de exigencia y aplicación. Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo. Reforma del art. 49 de la Constitución Española, de 15 de febrero de 2024. BOE nº43, de 17 de febrero de 2024.

de adaptar el texto constitucional al nuevo paradigma de la discapacidad. El artículo, en su redacción original¹³, atendía al modelo médico-rehabilitador, reservando al Estado un mandato paternalista y protector. De esta forma, configuraba a las personas con discapacidad como sujetos destinatarios de políticas públicas – con un marcado carácter médico- sin que contuviera un mandato antidiscriminatorio por razón de discapacidad, silencio que se extendía al art.14 CE. Un precepto que no respondía a los estándares contenidos en la CDPD, cuyo tenor ha sido reemplazado por el siguiente:

Artículo 49. "1. Las personas con discapacidad ejercen los derechos previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas. Se regulará por ley la protección especial que sea necesaria para dicho ejercicio. 2. Los poderes públicos impulsarán las políticas que garanticen la plena autonomía personal y la inclusión social de las personas con discapacidad, en entornos universalmente accesibles. Asimismo, fomentarán la participación de sus organizaciones, en los términos que la ley establezca. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y los menores con discapacidad".

Sobre la coherencia del nuevo precepto con los principios generales de la CDPD se ha pronunciado Christian Courtis, que sostiene que, aunque la reforma no es perfecta, incorpora los valores que inspiran el tratado internacional, si bien, lo hace con cierto desorden conceptual. Entre otras cuestiones, señala como "debilidades" de la reforma, el uso genérico del término "protección especial" y la ausencia de mención de un enfoque antidiscriminatorio, entre otras¹⁴.

No obstante, volviendo a la LAPD, que constituye hasta ahora la reforma principal en el proceso de adaptación de la legislación civil, han sido muchas las normas que han quedado intactas y cuya reforma debió ser acometida para dotarlas de coherencia con el art. 12 CDPD. Es el caso de la ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, el art. 753 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), que regula el ingreso involuntario, así como otras normas relativas a la investigación biomédica, que siguen ancladas en el modelo médico-rehabilitador de la discapacidad, pese a que afectan a derechos fundamentales de las personas con discapacidad¹⁵.

13 Art. 49CE: "Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos"

14 COURTIS, C.: "Dos pasos adelante", cit., p.28.

15 Véase: PRADOS GARCÍA, C.: *El ingreso involuntario en el contexto de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad*, Dykinson, Madrid, 2023.

Sin embargo, conviene resaltar que, en tanto se ha ido acometiendo la progresiva reforma del ordenamiento jurídico, se ha venido interpretando y aplicando el tratado conforme al modelo sustitutivo de la voluntad, obstaculizándose el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Y ello a pesar de que la cuestión del control de convencionalidad y el diálogo entre los tribunales nacionales e internacionales fue abordada en el fundamento jurídico sexto de la sentencia del Tribunal Constitucional 140/2018, de 20 de diciembre, sobre la base del art. 96 CE¹⁶: “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”.

En este sentido, la STC 140/2018 constituyó un auténtico hito para la consolidación del sistema de fuentes del Derecho, poniendo el énfasis en el papel de los órganos judiciales nacionales en la articulación de los sistemas de fuentes jurídicas y de derechos fundamentales¹⁷, que, sin embargo, parecían resistirse al cambio de paradigma al que nos obligaba la Convención. Es más, incluso la entrada en vigor de la LAPD no ha conllevado un cambio interpretativo automático, tal y como requería el giro copernicano operado ya por vía normativa¹⁸, evidenciándose que el modelo social no está siendo bien comprendido ni aceptado, incluso, puede afirmarse que, en algunos ámbitos, genera rechazo por razones de distinta índole, de naturaleza conceptual/filosófica, jurídica y política¹⁹. Sobre esta cuestión ha reflexionado críticamente un sector de la doctrina²⁰, que llega a la conclusión de que aún queda pendiente el necesario cambio de mentalidad²¹, no solo de los operadores jurídicos, sino de la sociedad en general, que debe concebir a la persona con discapacidad desde la dimensión de la ciudadanía plena²².

B) El cumplimiento del art. 12 en el Estado plurilegislativo en materia civil- Referencia a la distribución competencial en materia civil (art. 149.1.8ª CE).

La Constitución Española de 1978 consagra un Estado de las Autonomías de carácter plurilegislativo, al reservar el art. 149.1.8 CE a la competencia exclusiva del

16 STC 140/2018, de 20 de diciembre. BOE núm.22, de 25 de enero de 2019. ECLI: ES: TC: 2018: 140.

17 MARULLO, M. C.: “La jurisdicción universal española en la STC 140/2018, de 20 de diciembre”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2019, vol. 71, núm. 2, p. 311-318.

18 GARCÍA RUBIO, M.P.: “La necesaria y urgente”, cit.

19 GARCÍA RUBIO, M.P.: “Variaciones sobre la reforma”, cit.341.

20 GARCÍA RUBIO, M.P.: “Variaciones sobre la reforma”, cit. BACH, M.: “Perder la capacidad jurídica y el poder sobre la vida personal: la alternativa de la capacidad para la toma de decisiones”, en AA.VV.: *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos* (ed. por BACH y ESPEJO YAKSIC) Suprema Corte de la Nación, México, 2022, pp.29-56.

21 En este sentido, el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, órgano responsable de la supervisión y aplicación de la Convención, ha puesto de manifiesto en sucesivas ocasiones su preocupación por cómo está aplicando España la Convención a través de una serie de recomendaciones específicas.

22 PRADOS GARCÍA, C.: *El ingreso involuntario*, cit. p.218.

Estado la legislación civil, "sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan"²³. Esto supuso el abandono definitivo de la idea de Código único y la existencia de un modelo plural de Derechos civiles con una problemática particular²⁴: como ha puesto de manifiesto Encarna Roca, la redacción de este artículo introdujo dificultades interpretativas sobre el alcance de la competencia, la titularidad de la misma y el contenido del concepto "legislación civil". Cuestiones que, si bien, no pueden discutirse en profundidad en este trabajo, conviene dejar reseñadas²⁵.

La lectura del precepto constitucional citado pone de manifiesto, de un lado, la existencia de una competencia a favor del Estado en materia civil y, de otro, la concurrencia de los parlamentos de ciertas Comunidades Autónomas para conservar, modificar y desarrollar su Derecho civil foral o especial. Además, se reconoce la competencia exclusiva del Estado sobre las materias explícitamente citadas en el art. 149.1.8ºCE. Asimismo, es preciso tener en cuenta la cláusula de supletoriedad del Derecho del Estado (art. 149.3 CE) que rige en caso de que las Comunidades Autónomas no hayan ejercido su poder normativo²⁶.

Puesto que el objetivo de la LAPD es la adecuación del ordenamiento jurídico español a la Convención e incide en todo el ordenamiento jurídico, la reforma también ha de llevarse a cabo en los demás Derechos civiles que coexisten en el territorio español, ya sea mediante la modificación de los distintos derechos forales que inciden en la capacidad jurídica o por la vía de entrada del Derecho supletorio. En virtud del art. 149.1.8 CE y de los correspondientes estatutos de autonomía, la LAPD -en su parte sustantiva estrictamente civil- no resulta necesariamente de aplicación a todo el Estado, por lo que es necesaria la adaptación de los ordenamientos civiles autonómicos competentes en la materia. No obstante, la reforma que afecta a la legislación procesal (Ley de Enjuiciamiento Civil y Ley de Jurisdicción Voluntaria) y registral (Ley de Registro Civil y Ley Hipotecaria) es aplicable *tout court* en todo el Estado en base a los arts.149.1.6 y 149.1.8 CE, que

23 La STC 88/1993 trató de aclarar el término "allá donde existan", que "ha de entenderse más por referencia al Derecho foral en su conjunto que a instituciones forales concretas".

24 ROCA TRIAS, E.: "La postcodificación civil: la unidad de Códigos, una política muerta", *Anuario de historia del derecho español*, 2012, nº82, pp.176-200, esp.176.

25 Son abundantes los estudios sobre el "enrevesado" y "oscuro" art. 149.1.8 CE, a modo de síntesis, entre lo más recientes, GARCÍA RUBIO, M.P.: "Incertidumbre y alguna cosa más en la interpretación constitucional del poder normativo sobre la materia civil. Comentario a la STC 132/2019, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra determinados artículos de la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del Libro VI del CCCat", *Revista de Derecho Civil*, 2019, vol. VI, núm. 4, pp. 1-43. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.; PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. y PARRA LUCÁN, M.A.: *Curso de Derecho civil. Derecho privado y derechos subjetivos*, tomo I, vol. I, Edisofer, 2022. PALAZÓN GARRIDO, M.L.: "El Derecho civil", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil I. Parte General y Derecho de la Persona* (coord. por F.J. SÁNCHEZ CALERO, Tirant lo Blanch, Valencia, pp.31-54.

26 GARCÍA RUBIO, M. P.: *Introducción al Derecho civil*, Cálamo, 2002, p.57.

respectivamente otorgan competencia legislativa exclusiva al Estado en materia de legislación procesal y en materia de registros e instrumentos públicos²⁷.

C) Los aspectos civiles de la discapacidad pueden ser competencia autonómica. El caso catalán, aragonés o navarro versus el caso gallego (STC 133/2017).

El sistema de distribución del poder normativo en materia civil no está exento de discrepancias doctrinales e incertidumbre jurídica, a lo que ha contribuido el Tribunal Constitucional con las interpretaciones llevadas a cabo, especialmente en los últimos años, con vaivenes constantes, sometiendo este diseño de competencias a un profundo caos jurídico. Si bien, el objeto central de este trabajo nos impide analizar en profundidad el marco teórico de la atribución de competencias, sí nos obliga a detenernos, al menos brevemente, en los aspectos meramente civiles de la discapacidad, y si estos pueden constituir o no materia de competencia autonómica. Especialmente, por el desconcierto que ha generado el cambio de criterio interpretativo del Tribunal Constitucional en torno al término “allí donde existan” en la STC 133/2017, que declaró inconstitucional los arts.27 a 45 de la Ley 2/2006, de Derecho civil de Galicia, relativos a la adopción y la autotutela. En esta sentencia el Tribunal se aparta del criterio seguido en la STC 88/1993, en la que entendió que el término “allí donde existan” hacía referencia al Derecho foral en su conjunto y no tanto a instituciones forales concretas²⁸. De acuerdo a esta interpretación, para la legitimación del desarrollo del derecho foral no es necesario que exista una institución determinada en conexión con la cual se legisle, sino que es suficiente con que exista derecho foral y alguna conexión entre la nueva forma y el conjunto de instituciones preexistente. Sin embargo, en la STC 133/2017 el Tribunal determinó necesaria la acreditación de la existencia de la institución concreta a la entrada en vigor de la CE, su reconocimiento en la Compilación de 1963 o, en su defecto, el carácter consuetudinario que pudiera entenderse conexa con la autotutela regulada en la Ley de 2006. De esta forma, el Tribunal restringía al límite de lo posible, el desarrollo del derecho foral gallego, tal y como ya había hecho con anterioridad con el derecho valenciano²⁹, dificultando, tal y como puso de manifiesto Xiol Ríos en su voto particular, la coexistencia de los distintos derechos civiles existentes en el territorio español. En realidad, y con un devenir que no puede ser explicado aquí con detenimiento, el resultado ha sido que en la práctica parecen distinguirse, de un lado, el derecho valenciano

27 Véanse al respecto, entre las últimas y más destacadas, la STC 7/2019, de 17 de enero, sobre la Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña y la STC 132/2019, de 13 de noviembre, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el presidente del Gobierno contra los arts.3, 4 y 9 de la Ley del Parlamento de Cataluña 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código Civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto.

28 Es lo que se ha denominado “conexión orgánica”, es decir, una conexión referida al conjunto del ordenamiento, incluidos sus principios informadores.

29 STC 82/2016, STC 110/2016 y STC 192/2016.

y gallego, y de otro, el derecho catalán, navarro y aragonés, cuyas competencias autonómicas no han sido cuestionadas³⁰, pues resulta que después de la STC 133/2017, y en sentencias referidas a estas otras Comunidades Autónomas el alto tribunal volvió al criterio de la STC 88/1993, evidenciándose la necesidad de una revisión y modificación profunda del sistema plurilegislativo en materia civil³¹.

En el caso catalán, el art. 129 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (en adelante, EAC) reconoce la competencia exclusiva de la Generalitat en materia de derecho civil, con la excepción de las materias reservadas al Estado por el art. 149.1.8 a CE³². Asimismo, de acuerdo con el art. 110 EAC corresponde a la Generalitat, en el ámbito de sus competencias exclusivas, de forma íntegra, la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva. Siendo el derecho catalán, en materia de las competencias exclusivas de la Generalitat, el derecho aplicable en su territorio con preferencia sobre cualquier otro³³. En el caso de la regulación de las instituciones de protección y apoyo de la persona, la Generalitat de Cataluña tiene competencia de conformidad con lo previsto en el EAC, aunque no exista ningún título competencial expreso sobre esta cuestión, que parece embebida en la genérica del Derecho civil. No obstante, es innegable que el EAC atrae la competencia de la Generalitat en materia civil atendiendo a un conjunto de artículos que, interpretados de forma sistemática y conjunta, permiten afirmar ese extremo. Concretamente, las referencias normativas que justifican la competencia material de la Generalitat se encuentran en los artículos 15 (derecho a vivir con dignidad, seguridad y autonomía) y 40 (protección de las personas y de las familias). Precisamente con esta premisa competencial, y en tanto se llevaban a cabo los trabajos de preparación de un proyecto de ley en materia de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica, se aprobó el Decreto-Ley

30 GARCÍA RUBIO, M.P.: "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, los operadores jurídicos gallegos y el futuro del Derecho civil de Galicia", en AA.VV.: *La Constitución española y los derechos civiles españoles cuarenta años después: su evolución a través de las sentencias del Tribunal Constitucional* (coord. por M.C. BAYOD LÓPEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp.141-178.

31 STC 132/2019, de 13 de noviembre, que resuelve el recurso interpuesto por el presidente del Gobierno contra los arts. 3, 4 y 9 de la Ley del Parlamento de Cataluña 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código Civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto.

32 Art. 129 EAC: "corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de derecho civil, con la excepción de las materias que el art. 149.1.8ª de la Constitución atribuye en todo caso al Estado. Esta competencia incluye la determinación del sistema de fuentes del derecho civil de Cataluña". Este artículo fue recurrido ante el Tribunal Constitucional, el cual, en sentencia 31/2010, de 28 de junio (ToI 1880189), llega a la conclusión de que es constitucional, pero aclara que la competencia se refiere únicamente al derecho civil catalán y que como tal se limita a la fórmula "conservación, modificación y desarrollo". En palabras de María Paz García Rubio, el límite no lo constituyen las submaterias que aparecen en el segundo inciso del art. 149.1.8 y que se atribuyen exclusivamente al Estado, sino el propio Derecho civil catalán existente. GARCÍA RUBIO, M. P.: *Introducción al Derecho civil*, cit. p.64.

33 En ejercicio de esta competencia exclusiva en materia de derecho civil, ya atribuida por el art. 9.2 del Estatuto de 1979, se inició un proceso de actualización del derecho civil catalán. Si bien se distinguen varias fases, el proceso codificador tuvo su culminación con la promulgación de la Primera ley del Código civil de Cataluña, aprobada por la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, con el que se pretende recoger en un único texto toda la legislación catalana existente, debidamente sistematizada y desarrollada.

19/2021, por el que se adapta el Código Civil de Cataluña a esta reforma, cuyo estudio comentaremos más adelante³⁴.

Respecto del derecho foral aragonés³⁵, corresponde a la Comunidad Autónoma de Aragón la competencia exclusiva en la creación, modificación y desarrollo del Derecho foral aragonés, con respeto a su sistema de fuentes, así como en materia de derecho procesal derivado de las particularidades del derecho sustantivo aragonés (art. 71.2ª y 3ª del Estatuto de Autonomía de Aragón). En este sentido, el 20 de diciembre de 2023 la Comisión Aragonesa de Derecho Civil presentó el Proyecto de Ley de modificación del Código del Derecho foral de Aragón en materia de capacidad jurídica de las personas³⁶. En tanto transcurre su tramitación parlamentaria, existe un desfase entre el Código del Derecho Foral y la legislación estatal en materia de capacidad jurídica, pues la regulación foral conserva un capítulo dedicado a la “Incapacidad e incapacitación”, que sigue contemplando la posibilidad de privar o limitar la capacidad de las personas con discapacidad y el régimen sustitutivo de la voluntad en la toma de decisiones, situación que impone un esfuerzo adicional de los operadores jurídicos en tanto se tramita el Proyecto de Ley.

En el caso navarro el art. 44 de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, atribuye a la Comunidad Foral competencia exclusiva en determinadas materias, entre otras, las de asistencia social; desarrollo comunitario, políticas de igualdad, política infantil, juvenil y de la tercera edad; instituciones y establecimientos públicos de protección y tutela de menores y de reinserción social. En este sentido, se ha aprobado la Ley Foral 31/2022, de 28 de noviembre, de atención a las personas con discapacidad en Navarra y garantía de sus derechos. La Ley adapta el ordenamiento foral al art. 12 CDPD y establece los principios fundamentales en el capítulo IV, así como la promoción del nuevo sistema de provisión de apoyos que garanticen el ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, completando y modificando las disposiciones contenidas en el Fuero Nuevo a los cambios producidos por la LADP.

En Galicia, probablemente por los temores derivados de la citada STC 133/2017, aún no se ha llevado a cabo la adaptación del derecho propio, en particular no se ha reformado la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia (LDCG). Sobre esta cuestión, sostiene un sector de la doctrina que la intervención del

34 Decreto-ley 19/2021, de 31 de agosto, por el que se adapta el Código Civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad. BOE nº265, de 5 de noviembre.

35 Véase: LÓPEZ AZCONA, A.: “El sistema de apoyos a las personas con discapacidad en derecho aragonés”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2022, nº17, pp.2386-4567.

36 Proyecto de Ley de modificación del código de Derecho Foral de Aragón en materia de capacidad jurídica de las personas. Boletín Oficial de las Cortes de Aragón nº40, de 7 de febrero de 2024. Disponible en: [http://bases.cortesaragon.es/bases/boca2.nsf/\(BOCAID\)/F08DA26484AD7ACDC1258ABD00473351?OpenDocument](http://bases.cortesaragon.es/bases/boca2.nsf/(BOCAID)/F08DA26484AD7ACDC1258ABD00473351?OpenDocument)

legislador debería ser de mínimos, limitándose a suprimir algunos obstáculos para el ejercicio de la capacidad jurídica, pues a diferencia de otros ordenamientos jurídicos forales, el gallego regula de forma escueta las cuestiones nucleares sobre las que se proyecta la Convención³⁷. La LDCG no dispone una regulación propia de la capacidad ni de las instituciones de guarda³⁸ y la regulación que hacía de la autotutela quedó derogada por la STC 133/2017 que entendió que Galicia no tenía competencias en esta materia. Al respecto nos parece de interés mencionar la ausencia de conexión que encontró el TC entre la autotutela y los poderes para el cuidado de la salud o instrucciones previas, al entender que su desarrollo competencial correspondía al ámbito de la sanidad por tratarse de normas de carácter público (art. 33EAG y art. 148.1.21CE). Nada más lejos de la realidad, ya que “los poderes para el cuidado de la salud son instrumentos preventivos basados en la autonomía de la persona y en su poder de decidir sobre sus asuntos, exactamente igual que la autotutela (...) y eso tanto si se incluyen en una ley llamada civil, como si lo hacen en otra que tenga un apellido sanitario”³⁹. Precisamente en este marco, recordamos que el legislador catalán dedicó el Capítulo Segundo del Libro II (Persona y Familia) del CCcat a la autonomía de la persona en el ámbito de la salud y un precepto concreto al documento de voluntades anticipadas (art. 212-3 CCcat), que no ha sido considerado inconstitucional por no ser materia civil. Lo que ha llevado a afirmar a un sector de la doctrina que el TC no emplea “la misma vara de medir con todos los legisladores autonómicos competentes en materia civil”⁴⁰, pues lo que es materia civil para Cataluña no lo es para Galicia, lo que conlleva un trato discriminatorio entre legisladores autonómicos que contaban con compilaciones de Derecho civil en 1978.

Por último, conviene remitirnos brevemente a Baleares. El Estatuto de Autonomía de Illes Balears (en adelante, EAIB) regula entre sus competencias exclusivas, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 149.1CE, la “conservación, modificación y desarrollo del derecho civil propio” (art. 30.27EAIB⁴¹). Asimismo, son competencias exclusivas las relativas a materias como “tercera edad” o “políticas de protección y apoyo a las personas con discapacidades físicas, psíquicas

37 ÁLVAREZ LATA, N.: “El impacto de la reforma sobre el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el Derecho civil de Galicia. Cambios pendientes e interpretaciones necesarias en la aplicación de la Ley2/2006, de 14 de junio”, *Cuadernos de Derecho Privado*, 2023, vol.3, nº6, pp.10-44.

38 En este sentido: ÁLVAREZ LATA, N.: “El impacto de”, cit. y MAYOR DEL HOYO, M.V.: “La incidencia de la reforma estatal del Derecho civil en materia de capacidad en los Derechos civiles territoriales (I)”, *Diario La Ley*, 2021, nº9859.

39 GARCÍA RUBIO, M.P.: “La competencia del legislador gallego sobre derecho civil tras la sentencia del Tribunal Constitucional 133/2017, de 16 de noviembre, ¿Interpretación del artículo 149.1.8ºCE asimétrica o sencillamente discriminatoria?”, *Foro Galego*, 2018, nº205, pp.9-39, esp.24.

40 GARCÍA RUBIO, M.P.: “La competencia del legislador”, cit. p. 37.

41 Conservación, modificación y desarrollo del derecho civil propio de las Illes Balears, incluida la determinación de su sistema de fuentes, excepto las reglas relativas a la aplicación y la eficacia de las normas jurídicas, las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, la ordenación de los registros y de los instrumentos públicos, las bases de las obligaciones contractuales, las normas para resolver los conflictos de leyes y la determinación de las fuentes del derecho de competencia estatal.

y sensoriales”, de entre un largo listado de materias enumeradas en el Estatuto (art. 30EAIB)⁴². Sin embargo, conviene señalar que la Compilación del derecho civil (en adelante, CDCIB), regulada en el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre⁴³, no ha regulado hasta la fecha la capacidad ni las instituciones de protección asociadas al derogado procedimiento de incapacitación. En consecuencia, en defecto de derecho propio de las Illes Balears ha resultado y sigue resultando de aplicación supletoria el derecho del Estado (art. 87 EAIB⁴⁴ y art. 1.3.5. CDCIB⁴⁵), o lo que es lo mismo, rige la reforma operada por la LAPD⁴⁶, y que requiere de la adaptación del derecho civil balear al nuevo modelo de capacidad jurídica, por constituir ésta uno de los pilares del Derecho privado⁴⁷.

A pesar de que no hemos encontrado pronunciamientos doctrinales sobre los motivos que llevaron al legislador autonómico a no desarrollar una materia sobre la que, en principio, tiene competencia (art. 30.15 EAIB⁴⁸), un sector de la doctrina indica que desde los años noventa se ha evidenciado una pérdida de interés por desarrollar el derecho civil balear; incluso se aprecia cierto descuido del legislador autonómico en el ejercicio de su competencia en legislación civil⁴⁹.

-
- 42 Sostiene un sector de la doctrina que la reforma estatutaria por ley 1/2007, de 28 de febrero, que incorporó el vigente art. 30 EAIB, no consiguió, pese a su pretensión inicial, una mejor interpretación de los términos constitucionales en materia de alcance de la competencia en derecho civil. FERRER VANRELL, M. P.: “La competencia legislativa del Parlamento de las Illes Balears y su ejercicio, Ex art. 30.27 EAIB”, *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, 2017, nº18, pp.223-234, esp.228.
- 43 Modificado por la Ley 7/2017 de 3 de agosto, reforma que fue considerada “fragmentaria e insuficiente”, por afectar a cuestiones puntuales que no admitían demora. Véase: FERRER VANRELL, M.P.: “La competencia”, cit.
- 44 Art. 87 EAIB. Derecho propio: 1. En materias de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, el derecho propio de las Illes Balears es aplicable en su territorio con preferencia a cualquier otro, en los términos previstos en este Estatuto. 2. En la determinación de las fuentes del Derecho Civil de las Illes Balears se respetarán las normas que en el mismo se establezcan. 3. En todo aquello que no esté regulado por el derecho propio de las Illes Balears será de aplicación supletoria el derecho del Estado.
- 45 Art. 1.3.5. CDCIB: Por defecto de norma de derecho civil propio, se aplicará, como derecho supletorio, el derecho civil estatal, siempre que su aplicación no sea contraria a los principios generales que informan el derecho civil propio y que el vacío normativo no sea querido por el legislador balear, en el marco de sus competencias
- 46 MUNAR BERNAT, P.A.: “Los derechos de las personas con discapacidad en el Derecho Civil del siglo XXI”, *Revista jurídica de les Illes Balears*, 2022, nº22.
- 47 A modo de ejemplo, la Ley 1/2006, de 3 de marzo, de voluntades anticipadas, que rige en Baleares, exige “capacidad de obrar plena” para otorgar voluntades anticipadas.
- 48 Art. 30.15 EAIB: Acción y bienestar social. Desarrollo comunitario e integración. Voluntariado social. Complementos de la seguridad social no contributiva. Políticas de protección y apoyo a las personas con discapacidades físicas, psíquicas y sensoriales. Políticas de atención a personas dependientes. Políticas de atención a las personas y a los colectivos en situación de pobreza o necesidad social.
- 49 FERRER VANRELL, M.P.: “La competencia”, cit., p.234.

III. LA LEGISLACIÓN ESTATAL DESTINADA A CUMPLIR CON EL ART. 12 CDPD: LEY 8/2021, DE MODIFICACIÓN DEL CC Y OTRAS LEYES (ESTATALES) COMPLEMENTARIAS⁵⁰.

I. Objetivos y principios generales de ley.

Como hemos dicho, el legislador estatal abordó la adaptación de nuestra legislación civil al art.12 CDPD, en su ámbito de competencias a través de la LAPD. Esta Ley persigue un objetivo central: respetar y garantizar el derecho de las personas con discapacidad a tomar sus propias decisiones, especialmente cuando estas tienen trascendencia jurídica⁵¹. Para ello es preciso asegurar el respeto a la voluntad, frente al anterior modelo del mejor interés, que no tiene cabida en el art.12.4 CDPD, tal como ha dejado claro el Comité en su Observación General Primera, dictada en 2014 justamente para precisar el contenido y alcance del citado art.12. En consecuencia, supone dejar que sea ella misma quien decida y actúe, ofreciéndole los apoyos que precise. Este cambio radical conlleva la desaparición del modelo de la sustitución en la toma de decisiones y el desarrollo normativo de un régimen de provisión de apoyos que garantice el ejercicio de la capacidad jurídica.

A) *El respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.*

El art. 249 CC establece como único principio de actuación el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. En este sentido, las personas que prestan el apoyo lo hacen en calidad de orientadoras, informadoras y facilitadoras, para que la persona con discapacidad pueda conformar su propia voluntad y expresar sus preferencias, al tiempo que intentan que, en el futuro, pueda hacerlo con menos apoyo⁵². Solo con carácter excepcional se contemplan las funciones representativas: "cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona"⁵³. No obstante, señala el precepto que, en este caso, deberá tenerse en cuenta la trayectoria vital de la persona, sus valores y creencias, "así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría

50 Este apartado adapta y sintetiza parte de un trabajo previamente publicado: PRADOS GARCÍA, C.: *El ingreso*, cit.

51 GARCÍA RUBIO, M.P.: "Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad", *SEPIN. Familia y sucesiones: cuaderno jurídico*, 2021, nº136, sp.

52 GARCÍA RUBIO, M.P. y TORRES COSTAS, M. E.: "Primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo en aplicación 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", *ADC*, 2022, tomo LXXV, fasc. I, pp.279-334, esp.216. QUESADA SÁNCHEZ, A.J.: "Propuestas para reflexionar sobre discapacidad intelectual, enfermedad mental y nueva sensibilidad social y legal en cuestiones de capacidad jurídica", *Actualidad Civil*, 2022, nº7-8, p.7.

53 Art. 249 CC.

adoptado la persona en caso de no requerir representación⁵⁴. También cuando la persona con discapacidad no puede formar o expresar su voluntad, “y, por añadidura, carece de trayectoria vital que pueda ser interpretada⁵⁵, ha entendido el legislador estatal que la persona que presta el apoyo actuará con funciones representativas acorde al modelo social de la discapacidad. Esto conlleva tener en cuenta cualquier información que permita tomar la decisión que habría adoptado la persona necesitada de apoyo en caso de no requerir representación⁵⁶, con lo que en ningún caso se trata de representación sustitutiva⁵⁷, de tal manera que el representante no puede actuar según su criterio, sino que su actuación es la de un agente transmisor de la voluntad de la persona con discapacidad⁵⁸.

En definitiva, las funciones de representación que pueden desempeñar las personas que prestan el apoyo son la excepción a la regla general⁵⁹, de suerte que la sustitución en la toma de decisiones queda reducida a supuestos absolutamente límite en los que no cabe la reconstrucción de la voluntad de la persona con discapacidad, ni ésta tenga trayectoria vital a la que recurrir.

B) Principios de necesidad, proporcionalidad y subsidiaridad de los apoyos.

El art. 249 CC establece que las medidas de apoyo deben ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad. Si bien, otros preceptos contienen reglas relacionadas con estos principios. Es el caso del art. 250 CC cuando establece que las medidas de apoyo deben asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica cuando sea necesario. El principio de proporcionalidad, en cambio tiene que ver con la intensidad de la medida de apoyo, es decir, el grado de intervención de la persona que presta el apoyo en la toma de decisiones (art. 268 CC). En algunos casos puede consistir en un simple acompañamiento, pero en otros puede suponer una codecisión o, incluso, puede requerir de una representación. Por último, el principio de subsidiaridad determina que el apoyo formal procederá cuando la persona no haya encontrado apoyo en su entorno familiar o comunitario. De forma que solo con carácter subsidiario se adoptarán medidas de apoyo judiciales en un proceso de jurisdicción

54 Art. 249 CC.

55 GARCÍA RUBIO, M.P. y TORRES COSTAS, M. E.: “Primeros pronunciamientos”, cit. 217.

56 Art. 249 CC.

57 PRADOS GARCÍA, C.: *El ingreso*, cit. Por el contrario, entiende que estamos ante un tipo de representación sustitutiva de la voluntad del representado, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Artículo 249 CC”, en AA.VV.: *Comentarios a la ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por Cr. GUILARTE MARTÍN CALERO), Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2021, pp.512-526.

58 GARCÍA RUBIO, M.P. y TORRES COSTAS, M. E.: “Primeros pronunciamientos”, p.217.

59 GARCÍA RUBIO, M.P.: “Notas sobre el propósito y el significado del anteproyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, en AA.VV.: *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad* (coord. por M.C. GETE-ALONSO CALERA), Marcial Pons, Madrid, 2020, pp.39-62.

voluntaria, no sin antes explicar a la persona con discapacidad la posibilidad de adoptar medidas voluntarias (art. 42 bis LJV).

C) *El derecho al apoyo y a su renuncia.*

El derecho al apoyo es una exigencia derivada del art. 12 CDPD, que ha quedado plasmada en la LAPD. Sin embargo, resulta especialmente controvertida la cuestión relativa a si se puede o no renunciar al apoyo. Pese a que un sector doctrinal se ha pronunciado positivamente sobre este derecho⁶⁰, ni en el texto de la ley ni en el de la propia Convención se menciona expresamente. Sí lo hace de forma explícita la Observación General Primera del Comité, cuando afirma que: “la persona debe tener derecho a rechazar el apoyo y poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento”⁶¹. Esta afirmación del Comité ha sido objeto de crítica⁶² y pronunciamientos judiciales contrarios⁶³, que vuelven a ser objeto de debate como consecuencia del silencio de la LAPD. Por nuestra parte, entendemos que esta falta de precisión del legislador requiere de una interpretación sistemática del conjunto de la reforma. De un lado, concordamos con quien estima que “es posible y legítimo que la persona con discapacidad rechace el apoyo que se le ofrece o al que tiene derecho”⁶⁴, principalmente por la prevalencia de la voluntad, deseos y preferencias de la persona, recogido en los arts.249 y 250 CC; en esta misma línea, incluso hay quien sostiene que la adopción de medidas judiciales de apoyo en contra de la voluntad de la persona con discapacidad constituye un atropello del modelo social de la discapacidad⁶⁵.

Sin embargo, también se encuentran fundamentos para negar el derecho a renunciar a los apoyos⁶⁶, aunque esta interpretación no es acorde a la CDPD, ni

60 GARCÍA RUBIO, M.P.: “La necesaria”, cit. y GARCÍA RUBIO, M.P. y TORRES COSTAS, M.E.: “Primeros pronunciamientos”, cit.

61 GARCÍA RUBIO, M.P.: “Contenido y significado”, cit.

62 Se han mostrado contrarios al derecho a renunciar a los apoyos: MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: “La observación general primera del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad: ¿interpretar o corregir?”, en AA.VV.: *Un nuevo derecho para las personas con discapacidad* (dir. por CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA y PÉREZ GALLARDO), Olejnik, 2021, pp.85-112, y DE SALAS MURILLO, S.: “¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2020, año n°96, n°780, pp.2227-2268.

63 Entre otras: SJPI núm. 9 de Castellón 371/2021, de 23 de septiembre. ECLI: ES: JPI: 2021: 1530. SAP Navarra, de 28 de octubre de 2021 (ECLI:ES:APNA:2021:2154). SAP de Pontevedra 445/2021, de 28 de octubre. ECLI: ES: APPO: 2021: 2457. SAP de Barcelona 5995/2022, de 24 de mayo de 2022. SAP Barcelona de 28 de abril de 2022. ECLI: ES:APB:2022:4724. SAP Barcelona n°102, de 24 de mayo de 2022. ECLI: ECLI:ES:APB:2022:5995. SAP Castellón de la Plana n°30, de 17 de marzo de 2022. ECLI:ES:APCS:2022:331. SAP B 4504/2022, de 20 de abril (ECLI: ES: APB: 2022: 4504). SAP de Castellón de la Plana 331/2022, de 17 de marzo de 2022. ECLI:ES:APCS:2022:331.

64 GARCÍA RUBIO, M.P.: “Contenido y significado”, cit.

65 CALAZA LÓPEZ, S.: “Expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de discapacidad: ¿era necesario confeccionar tantos trajes a medida procesales para único abrigo sustantivo?”, en AA.VV.: *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por Y. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA y A.J. QUESADA SÁNCHEZ), Atelier, Barcelona, 2022, pp.617-643.

66 Es el caso del art. 756.1 LEC relativo a la configuración procesal del sistema de provisión de apoyos que dispone lo siguiente: “en los supuestos en los que, de acuerdo con la legislación civil aplicable, sea

a la LAPD, que ordenan el respeto a la voluntad, deseos y preferencias para la provisión de medidas de apoyo como principio elemental e imperativo. Esta es la tesis del Tribunal Supremo, en su sentencia n°589/2021, de 8 de septiembre de 2021, que ha entendido que puede obviarse la voluntad de la persona e imponerse el apoyo en base a fundamentos que residen en la anosognosia o falta de conciencia de enfermedad, que anula o limita la capacidad volitiva y provoca un deterioro físico y mental que lleva a la persona a tomar decisiones que, de ser plenamente consciente, no desearía⁶⁷.

2. Las medidas de apoyo previstas en la ley.

El art. 250 CC recoge expresamente las medidas de apoyo, clasificándolas en tres grupos: voluntarias (poderes y mandatos preventivos), informales (guarda de hecho) y judiciales (curatela y defensor judicial). Sobre esta clasificación tripartita conviene señalar la desaparición de la tutela, que queda reservada para los menores de edad que no estén protegidos a través de la patria potestad, y el uso de términos propios de nuestra tradición jurídica (guarda de hecho, curatela y defensor judicial), pero que obedecen a un marco normativo distinto.

Cabe añadir, no obstante que el Preámbulo de la LAPD se remite a la Observación General Primera, definiendo el apoyo como un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad⁶⁸. De esta manera, además de las medidas reconocidas expresamente en el art. 250 CC, existen otro tipo de instrumentos que podrían ser utilizados como “vehículos de cuidado y apoyo a las personas con discapacidad”⁶⁹, que pueden estar formalizados o no, de modo que no tienen por qué limitarse estrictamente a las medidas que la ley recoge de modo expreso.

A) *Las reglas comunes.*

La función de las medidas de apoyo consiste en la asistencia a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, en los ámbitos que sea

pertinente el nombramiento de curador y en el expediente de jurisdicción voluntaria dirigido a tal efecto se haya formulado oposición, o cuando el expediente no haya podido resolverse, la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad se regirá por lo establecido en este Capítulo”. Lo que significa que en los casos en los que hay oposición, el procedimiento pasa a ser contencioso, deduciéndose que en el juicio podrían adoptarse medidas en contra de la voluntad del interesado.

67 Razones para contradecir esta tesis en GARCÍA RUBIO, M.P. y TORRES COSTAS, M.E.: “Primeros pronunciamientos”, cit. p.213.

68 Preámbulo de la LAPD.

69 GARCÍA RUBIO, M.P.: “Artículo 250 Código Civil”, en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M.P. GARCÍA RUBIO y M.J. MORO ALMARAZ), Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2022, pp.221-237, esp.222.

necesario, respetando su voluntad, deseos y preferencias (art. 250 CC). Asimismo, quien preste el apoyo debe fomentar que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro. Estas medidas deben “estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales” (art. 249 CC). Respecto de las medidas de origen judicial, solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona concernida, debiendo ajustarse, en cualquier caso, a los principios de necesidad y proporcionalidad (art. 249 CC).

Al determinar las medidas de apoyo deben evitarse situaciones en las que puedan producirse conflictos de intereses o influencia debida (art. 250 CC). De ahí que el legislador haya considerado que no puedan ejercer ninguna de las medidas de apoyo quienes, en virtud de relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo (art. 250 CC)⁷⁰.

B) Las medidas voluntarias: en especial los poderes para el ejercicio de la capacidad jurídica.

Las medidas voluntarias son las establecidas por la persona con discapacidad “en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica”⁷¹. En cuanto a su clasificación se distingue entre: medidas de presente, que despliegan eficacia desde su otorgamiento, y medidas preventivas o de futuro, entre las que se encuentran especialmente regulados los poderes y mandatos preventivos⁷². Para este último caso, la vigencia de estos poderes queda supeditada a la necesidad de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica, por ello deberá acreditarse dicha circunstancia. En este sentido se pronuncia el art. 257 CC, añadiendo que, si fuera preciso, se otorgará acta notarial o se incorporará, a juicio del notario, un informe pericial.

El legislador ha optado por no imponer un contenido mínimo necesario, precisamente porque este tipo de medidas puede ser muy heterogéneo⁷³. Así,

70 Esta prohibición se inspira en el art. 227.17 CCC, que establece una exclusión por conflicto de intereses: 1. No pueden ser titulares de la tutela ni de la administración patrimonial, ni ejecutoras materiales de las funciones tutelares, las personas físicas o jurídicas privadas que estén en una situación de conflicto de intereses con la persona protegida. En particular, no pueden serlo las que, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona protegida. 2. No obstante lo establecido por el apartado 1, ante circunstancias excepcionales por necesidades de la persona tutelada, la autoridad judicial puede autorizar a las entidades tutelares a prestar servicios asistenciales y residenciales. Véase: GARCÍA RUBIO, M.P.: “Artículo 250”, cit. p.222.

71 Art. 255 CC.

72 GARCÍA RUBIO, M.P.: “Artículo 250”, cit.

73 Durante el proceso de elaboración de Ley hubo voces que reclamaron este contenido mínimo. Véanse: GARCÍA RUBIO, M.P.: “Artículo 250”, cit. p.227 y MORO ALMARAZ, M.J.: “Artículos 256, 257, 258, 259, 260, 261 y 262”, en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M.P. GARCÍA RUBIO y M.J. MORO ALMARAZ), Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2022, pp.269-294, esp.281.

debe huirse de poderes estandarizados y procurarse tanta diversidad de los mismos como necesidades de apoyo puedan darse⁷⁴. Aunque sí se incorpora un requisito formal, pues habrán de otorgarse en escritura pública (art. 260 CC), garantizándose tanto la seguridad jurídica como la asistencia profesional⁷⁵.

Las medidas voluntarias pueden incluir el establecimiento del régimen de actuación del apoyo, el alcance de las facultades de la persona o personas, así como la forma de ejercicio, que siempre debe prestarse de acuerdo a lo dispuesto en el art. 249 CC. De igual forma, se pueden prever las medidas de control y salvaguardas que se estimen necesarias para evitar abusos, conflictos de intereses o influencia indebida.

Nada impide que la persona otorgue un poder preventivo de carácter general, que abarque todas las materias de índole personal y patrimonial (art. 259 CC). Si bien, conviene explicitar, en la medida de lo posible, el ámbito de actuación del apoderado, sus facultades, limitaciones, prohibiciones, extinción y salvaguardas oportunas.

C) *Las medidas informales. La guarda de hecho.*

La situación más frecuente en la práctica es aquella en la que la persona con discapacidad viene recibiendo el apoyo que necesita desde su entorno más cercano y de una manera informal, sin necesidad de investidura. En este sentido, el legislador apuesta por la desjudicialización del nuevo modelo y el papel desempeñado por la familia⁷⁶. Asimismo, la guarda de hecho se configura como un apoyo estable e indefinido que puede ser único, si es suficiente, o puede coexistir con otras medidas⁷⁷. Así, establece el art. 263 CC que quien viniera ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho continuará en el desempeño de su función,

74 MORO ALMARAZ, M.J.: "Artículos 256", cit. p.282.

75 MORO ALMARAZ, M.J.: "Artículos 256", cit. p. 290. Sobre la pertinencia o no de este requisito: GARCÍA RUBIO, M.P.: "Artículo 250", cit. p. 226.

76 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "La guarda de hecho de las personas con discapacidad a la luz de la reciente jurisprudencia sobre la materia", *Diario La Ley*, 2022, nº10168. PEREA GONZÁLEZ, A.; GONZÁLEZ GUTIERREZ, J.; DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y.; GONZÁLEZ-PERABÁ MIRALLES, J.; RODRIGO, P.; FUSTER BLAY, M.: "Diálogos para el futuro judicial LXXVIII. Discapacidad y Derecho: tres años después de la Ley 8/2021, de 2 de junio", *Diario LA LEY*, 2024, nº10476. PRADOS GARCÍA, C.: "La guarda de hecho. Misma denominación, pero distinto modelo", *Revista de Actualidad Civil*, marzo, 2023. SANTOS URBANEJA, F.: "La razonable desjudicialización de la discapacidad", en *La reforma de la discapacidad. Comentarios a las nuevas reformas legislativas* (coord. por A. CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, F. CABELLO DE ALBA JURADO y C. PÉREZ RAMOS, vol.I, Fundación Notariado, 2022, pp.687-720.

77 MUÑOZ CALVO, A.: "El guardador de hecho y la protección de las personas con discapacidad. Una muy acertada Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública", *Diario La Ley*, 2024, nº10472.

PEREA GONZÁLEZ, A., GARCÍA RUBIO, M.P., SEGARRA CRESPO, M.J., CERRADA LORANCA, C., LABRADOR GIMENO, I., DE PRADA RODRÍGUEZ, M., FUSTER BLAY, M.: "Diálogos para el futuro judicial XXXVI. La Ley 8/2021, de 2 de junio, y la reforma de la capacidad civil", *Diario la ley*, 2021, nº9980. LORA-TAMAYO VILLACIEROS, M. y PÉREZ RAMOS, C.: "La guarda de hecho tras la nueva regulación de la Ley 8/2021", *El Notario del Siglo XXI*, nº100, 2021.

incluso si existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial y éstas no se estén aplicando eficazmente. Además, recoge que la autoridad judicial procederá a adoptar medidas supletorias o complementarias cuando la guarda de hecho no suponga apoyo suficiente (art. 255 CC)⁷⁸. Es además una medida de apoyo de carácter prioritario respecto a las medidas judiciales, que tienen carácter subsidiario; por consiguiente, se ha de acudir al correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria de provisión de apoyos únicamente en defecto de guarda de hecho eficaz en relación al acto o conjunto de actos de que se trate.

Las funciones que puede desempeñar el guardador de hecho tendrán carácter asistencial y no representativo. De forma excepcional, se prevé que el guardador de hecho asuma funciones representativas para actos concretos, en los términos previstos en el art. 264CC. En este caso, se contempla la necesidad de que el guardador que pretenda actuar como apoyo obtenga autorización judicial *ad hoc*, a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se examinarán las circunstancias concretas que justifican o no la representación. Añade el precepto que no será necesaria autorización judicial cuando quien preste el apoyo solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre y cuando esto no suponga un cambio significativo en su cambio de vida, o realice actos jurídicos sobre bienes de escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar.

Por otra parte, la LAPD contempla que la autoridad judicial pueda requerir al guardador de hecho en cualquier momento, de oficio, a solicitud del Ministerio Fiscal o a instancia de cualquier interesado, para que informe o rinda cuentas de las distintas actuaciones que está llevando a cabo, así como establecer las salvaguardias que considere oportunas (art. 265CC). En este sentido, es preciso señalar que el precepto obedece a los controles y garantías necesarios para asegurar el respeto a la voluntad de la persona, que viene a ser el objetivo principal de las salvaguardias tal y como establece el art. 12.4 CDPD⁷⁹.

D) Las medidas judiciales: la curatela y el defensor judicial.

La LAPD regula dos medidas judiciales de apoyo: la curatela y el defensor judicial. Acorde al orden de preferencia y al principio de subsidiariedad establecidos

78 En la STS 1443/2023, de 20 de octubre, en la que la guardadora de hecho solicita el cambio de medida a una curatela representativa en todos los ámbitos, patrimonial y personal, de su esposo, al considerar que la guarda de hecho que venía ejerciendo era insuficiente debido a los obstáculos que encontraba en el ámbito bancario y sanitario respecto del carácter informal de la medida. En respuesta, el TS atiende principalmente la intensidad de la necesidad de apoyo, debido a la discapacidad del esposo, en lugar de resolver de acuerdo al principio de subsidiariedad. En esta misma línea de interpretación se ha pronunciado en la STS 1444/2023, dictada en el mismo día.

79 NIETO ALONSO, A.: "Artículo 265", en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M.P. GARCÍA RUBIO y M.J. MORO ALMARAZ), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp.311-324, esp. 311. PRADOS GARCÍA, C.: "La guarda de", cit.

en el art. 249 CC, las medidas judiciales de apoyo sólo deberán ser establecidas cuando no existan medidas voluntarias o guarda de hecho eficaz y suficiente. En este sentido, el orden secuencial cronológico de la provisión de apoyos sería el siguiente. En primer lugar, debe procurarse apoyo voluntario, ya sea formal (poder preventivo) o espontáneo (guarda de hecho)⁸⁰. Solo cuando se descarta la opción voluntaria, que puede deberse a la imposibilidad de la persona con discapacidad para manifestar la voluntad, pero también a una confrontación entre ésta y el resto de personas legitimadas para solicitar la provisión judicial de apoyos, la provisión judicial de apoyo se deriva al marco de actuación procesal⁸¹. Así, en el marco del expediente de provisión de apoyo, la LJV invita a la autoridad judicial a asesorarse de las posibles alternativas existentes y a informar a la persona con discapacidad acerca de las posibilidades existentes para obtener el apoyo que precisa, bien desde su entorno social o comunitario, o a través del otorgamiento de medidas de apoyo de naturaleza voluntaria (art. 42 bis b LJV). En definitiva, nos encontramos ante una desjudicialización encomendada al Juez, pues más que avenir a las partes a la hora de seleccionar al mejor curador posible, debe desjudicializar el asunto⁸².

La curatela.

La curatela es una medida de apoyo constituida judicialmente en resolución motivada "cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad" (art. 269 CC). Hasta tal extremo que el art. 42bis b) 3 LJV establece que, en la comparecencia del expediente de provisión de apoyos, cuando tenga lugar la entrevista entre la autoridad judicial y la persona con discapacidad, se debe informar de las alternativas existentes para obtener el apoyo que necesita, poniéndose fin al expediente si opta por una de ellas. Aunque sea la medida de apoyo con mayor densidad normativa, no significa que sea la figura más importante de la reforma. Por el contrario, ello obedece a su carácter formal y supletorio, que lleva al legislador a incorporar un mayor número de reglas que en aquellas medidas que están basadas en la voluntad de la persona o tienen carácter informal⁸³.

El origen remoto de la curatela puede ser voluntario o judicial, pero, en cualquier caso, el nombramiento es judicial. En el primer caso, nos encontramos con la autocuratela, regulada en el art. 271 CC como una figura de naturaleza mixta que permite a la persona proponer en escritura pública el nombramiento

80 CALAZA LÓPEZ, S.: "Incógnitas procesales persistentes en el nuevo escenario sustantivo de la discapacidad", *Revista de Derecho Civil*, 2022, vol. IX, núm.3, pp.53-85, p. 57.

81 CALAZA LÓPEZ, S.: "Incógnitas procesales", cit. p. 57.

82 CALAZA LÓPEZ, S.: "Incógnitas procesales", cit. p.59.

83 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad", *Diario La Ley*, 2022, n°10021. DONADO VARA, A.: "La curatela como clave del sistema de apoyos", en A.A.VV.: *Retos de la justicia civil indisponible: infancia, adolescencia y vulnerabilidad* (dir. por S. CALAZA LÓPEZ y E. PILLADO GONZÁLEZ), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp.119-148, esp.120. GARCÍA RUBIO, M.P.: "Artículo 250", cit. p.235. GARCÍA RUBIO, M.P.: "Contenido y significado", cit.

o la exclusión de una o varias personas para el ejercicio de la función de curador. Asimismo, podrá establecer disposiciones referidas al funcionamiento y contenido de la medida de apoyo.

La curatela tiene carácter eminentemente asistencial y sólo excepcionalmente representativo, debiendo la resolución judicial concretar los actos para los que la persona requiera asistencia y/o representación del curador. Los supuestos en los que se requiere autorización judicial previa quedan enumerados en el art. 287 CC, si bien, sostiene un sector de la doctrina, que no se trata de un *numerus clausus*, pues en la resolución pueden preverse otros actos diferentes para los que se el juzgador considere conveniente⁸⁴. En todo caso, debe quedar claro que lo que tiene que controlar la autoridad judicial para dar o negar su autorización es que el curador respeta o va a respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, y no su mejor interés o ninguna otra consideración.

El defensor judicial.

El defensor judicial es una medida formal de apoyo, en tanto se establece mediante resolución judicial, para el caso de que la necesidad de la medida sea ocasional, aunque lo sea de modo recurrente⁸⁵. En este sentido, nos encontramos ante una medida de carácter subsidiario respecto de los apoyos voluntarios y preferente respecto de la curatela, que será constituida cuando no exista otra medida de apoyo suficiente según establece el art. 269 CC.

El art. 295 CC regula los casos concretos en los que corresponde su designación: cuando la persona que presta el apoyo no puede hacerlo, en tanto se designa a otra persona o cesa la causa determinante; cuando exista conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la que ha de prestar el apoyo; cuando el curador alegue excusa o se hubiere promovido la provisión de medidas judiciales y la autoridad judicial considere necesario proveerla de apoyo y, por último, cuando la necesidad de apoyo tenga carácter ocasional, aunque pueda ser recurrente (art. 295 CC).

Como el resto de las medidas, debe garantizar el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona necesitada de apoyo⁸⁶. Es más, de hacerse un buen uso de esta figura, de acuerdo al principio de necesidad y proporcionalidad, se

84 MUNAR BERNAT, P.: "Artículo 269 CC", en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por GARCÍA RUBIO y MORO ALMARAZ), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp.433-442.

85 BLANDINO GARRIDO, A.: "El defensor judicial de la persona con discapacidad", en AA.VV.: *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, (dir. por Y. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA y A.J. QUESADA SÁNCHEZ), Atelier, Barcelona, 2022, pp.401-460, esp.405.

86 GARCÍA GOLDAR, M.: "Artículo 295 CC", en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M.P. GARCÍA RUBIO y M.J. MORO ALMARAZ), Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2022, pp.465-470, esp.466.

evitaría un gran número de casos en los que se acude a la curatela, medida mucho más invasiva de la autonomía de la voluntad⁸⁷.

E) Las reglas transitorias.

Como se ha expuesto anteriormente, la LAPD conlleva un cambio radical y complejo respecto del sistema precedente, por lo que surgió la necesidad de establecer normas transitorias para dar solución a las posibles colisiones que puedan darse entre el sistema sustitutivo de la voluntad y el nuevo modelo social de la discapacidad. Para ello, se dejaron sin efecto ex lege las meras privaciones de derechos de las personas con discapacidad⁸⁸, y se ordenó la revisión de las medidas acordadas conforme al sistema anterior en un plazo de tres años como máximo⁸⁹. Respecto de las figuras de protección nombradas bajo el régimen anterior, se ordenó su ejercicio conforme a las disposiciones de la LAPD⁹⁰.

IV. LA LEGISLACIÓN CATALANA DESTINADA A CUMPLIR CON EL ART. 12 CDPD.

I. La regulación de la incapacitación en el libro I del CCcat antes de la ley 8/2021.

La Ley 25/2010, de 29 de julio, por la que se aprueba el libro II del CCcat, relativo a la persona y la familia, incorporó al ordenamiento jurídico catalán la figura de la asistencia y la posibilidad de constituir un patrimonio protegido, para lo que intentó adaptar su regulación a la Convención⁹¹. Sin embargo, no se aprovechó esa oportunidad para introducir los principios rectores del modelo social de la discapacidad y, en su lugar, incorporó la asistencia como un instrumento de protección que mantenía el carácter tuitivo de las instituciones asociadas a la incapacitación⁹². Así, puso énfasis en el respeto a la autonomía de las personas, pero lo hizo desde el tradicional enfoque de la capacidad natural como fundamento de la capacidad de obrar (art. 211-3 CCcat)⁹³. De esta forma, entre las disposiciones

87 GARCÍA RUBIO, M.P.: "Artículo 250", cit. p.237.

88 Disposición Transitoria Primera de la LAPD.

89 Para los casos en los que no haya existido esta solicitud, la revisión se realizará de oficio por parte de la autoridad judicial o a instancia del Ministerio Fiscal. Disposición Transitoria Quinta de la LAPD.

90 Disposición Transitoria Segunda de la LAPD.

91 Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. BOE-A-2010-13312

92 Han estudiado esta institución: NÚÑEZ ZORRILLA, M.C.: *La asistencia: la medida de protección de la persona con discapacidad psíquica alternativa al procedimiento judicial de incapacitación*, Dykinson, Madrid, 2014. RUFÍ AIXÀS, J. y Tresserras Basela, J.: "Nuevas medidas de protección legal de personas con discapacidad: la asistencia", *REDIS*, 2015, vol. 3, nº1, pp.193-210. CUADRADO SOLER, J.: "La adaptación del Código Civil de Cataluña a 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", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2022, Año nº98, nº790, pp.1166-1194.

93 Este artículo se modificó por la disposición final 2.1 de la Ley 3/2017, de 15 de febrero, que añadió el apartado cuarto relativo al pronunciamiento de la autoridad judicial sobre el ejercicio del derecho de

comunes se definen las funciones de protección de las personas, tanto menores como mayores de edad, desde el principio del mejor interés de la persona asistida (art. 221-1 CCcat), se configura el ejercicio de sus funciones como un deber (art. 221-2 CCcat), se regula la tutela para personas incapacitadas (art. 222-1 CCcat), debiendo el tutor “respetar tanto como sea posible los deseos” que la persona incapacitada exprese de acuerdo con su capacidad natural (art. 222-38 CCcat). Asimismo, se regula la curatela (art. 223-6 CCC), la guarda de hecho (art. 225-1 CCcat) y el defensor judicial (art. 224-1 CCcat) conforme al modelo sustitutivo de la voluntad. Precisamente, la Memoria de evaluación de impacto del Anteproyecto que en este trabajo nos ocupa se refiere a esta regulación post CDPD como discriminatoria por apartarse del principio de igualdad entre las personas.

Esta misma reforma introdujo la figura de la asistencia, inspirada en la alemana *Betreuung* (parágrafos 1896 a 1908 BGB), que se configuró como una institución de protección de la persona cuando concurría una circunstancia de vulnerabilidad o dependencia que no hacía necesaria su incapacitación de acuerdo a los principios de necesidad y subsidiaridad de la Convención⁹⁴. De este modo, el art. 226-1 CCcat establecía que cualquier “persona mayor de edad que lo necesite para cuidar de ella misma o de sus bienes, debido a la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas”⁹⁵, podía solicitar a la autoridad judicial el nombramiento de un asistente, por el procedimiento de jurisdicción voluntaria. Debiendo la autoridad judicial respetar la voluntad de la persona tanto en el nombramiento como en la exclusión de alguna persona para ejercitar las funciones de asistente⁹⁶. Por último, pese a que un sector de la doctrina sostuvo en su momento que el legislador catalán se había anticipado al estatal y dado respuesta a una necesidad social que demandaba una regulación⁹⁷, estamos ante una figura de escasa repercusión en la práctica, prácticamente en desuso desde su incorporación al CCcat.

2. El Decreto-ley 19/2021 por el que se adapta el Código Civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad.

La entrada en vigor de la LAPD en el ámbito estatal provocó que el Parlamento de Cataluña publicase el Decreto-Ley 19/2021, por el que se adapta el CCcat a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad⁹⁸. Se estimó

sufragio cuando declare la modificación de la capacidad de una persona.

94 CUADRADO SOLER, J.: “La adaptación”, cit.

95 Pareciera que el legislador estaba pensando en una capacidad natural que no estaba lo suficientemente afectada como para justificar la incapacitación, pues en el Preámbulo de la Ley 25/2010 del libro II CCC se recogía a modo de ejemplo el retraso mental leve.

96 Artículo modificado por el art. 2 del Decreto-ley 19/2021, de 31 de agosto. BOE-A-2021-18037.

97 NUÑEZ ZORRILLA, M.C.: “Los motivos que han originado la regulación de la asistencia como medida de protección del discapacitado psíquico alternativa al procedimiento judicial de incapacitación”, *Familia: Revista de ciencias y orientación familiar*, 2012, nº45 pp.101-186, esp.102.

98 Decreto-ley 19/2021, de 31 de agosto, por el que se adapta el Código Civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad. BOE nº265, de 5 de noviembre.

que la supresión de este procedimiento, operada por el legislador estatal, dejaba sin cobertura sustantiva los presupuestos de la tutela, la curatela y la potestad parental prorrogada o rehabilitada, pues el Derecho civil catalán el procedimiento de modificación judicial de la capacidad constituía el presupuesto de acceso a las instituciones tutelares y condicionaba toda la estructura del Código Civil de Cataluña⁹⁹. Lo que parecía claro es que la LAPD, respecto de su contenido sustantivo, no resultaba de aplicación directa ni tampoco de aplicación supletoria en Cataluña, de acuerdo con los arts. 111-2 y 111-5 del CCcat¹⁰⁰. En consecuencia, esta laguna legal podía generar indefensión para las personas que requieren apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, así como propiciar distintas interpretaciones por parte de los operadores jurídicos, provocándose una situación de incertidumbre e inseguridad jurídicas. En este contexto de urgencia quedó justificada la aprobación del citado Decreto-Ley 19/2021¹⁰¹. De esta forma, la norma se presenta como una solución provisional y parcial, adoptada en una situación de urgencia, para hacer frente a una necesidad indiscutible, en tanto se lleva a cabo la aprobación de los textos legales que implanten un nuevo régimen de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica en el Código civil de Cataluña¹⁰². Así, con el propósito de hacer efectivo este proceso con la celeridad necesaria, la disposición final segunda del Decreto-ley ordena al Gobierno que, en el plazo de doce meses, presente un proyecto de ley en materia de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica.

El Decreto-ley 19/2021 establece un nuevo régimen que se fundamenta en la modificación de la institución de asistencia, revitalizando una figura que como se ha dicho apenas se usaba, destinada a reemplazar en Cataluña a las derogadas instituciones tutelares respecto de personas adultas. No obstante, su contenido

99 Más de un año después de la entrada en vigor del Decreto, se seguía observando en la práctica judicial de Cataluña cierta imprecisión en cuanto a las medidas de apoyo de aplicación y al propio modelo social de la discapacidad. Como muestra el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Blanes, en un auto de 12 de diciembre de 2022, hace constar que: “en Cataluña es preferente la asistencia, por lo que será la figura que rijan”. El Auto también hace referencia, cuando cita el informe forense, a la necesidad de adoptar una medida de apoyo judicial ante la insuficiencia de la guarda de hecho, medida que no es de aplicación en Cataluña para personas adultas. Este mismo informe se remite a la discapacidad como una enfermedad limitante de la capacidad, alejándose de los principios del modelo social de la CDPD. Auto n°287/2022, de 12 de diciembre, Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° [...] de Blanes. N.I.G.11702342120228122402

100 Art. 111-2 CCCat: 1. En su aplicación, el derecho civil de Cataluña debe interpretarse y debe integrarse de acuerdo con los principios generales que lo informan, tomando en consideración la tradición jurídica catalana. 2. En especial, al interpretar y aplicar el derecho civil de Cataluña deben tenerse en cuenta la jurisprudencia civil del Tribunal de Casación de Cataluña y la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña no modificadas por el presente Código u otras leyes. Una y otra pueden ser invocadas como doctrina jurisprudencial a los efectos del recurso de casación. Artículo 111-5 CCCat: Preferencia y supletoriedad. Las disposiciones del derecho civil de Cataluña se aplican con preferencia a cualesquiera otras. El derecho supletorio solo rige en la medida en que no se opone a las disposiciones del derecho civil de Cataluña o a los principios generales que lo informan.

101 “El único instrumento normativo que permite la celeridad requerida para cubrir el vacío normativo que podría producirse es el Decreto ley, que es el que se adopta para establecer el régimen de los apoyos a la capacidad de las personas” (Exposición de motivos del Decreto-ley 19/2021, de 31 de agosto).

102 Memòria preliminar de l'Avantprojecte de llei de modificació del Codi civil de Catalunya en matèria de suports a l'exercici de la capacitat jurídica de les persones amb discapacitat (en adelante, Memòria preliminar).

incompleto y el hecho de que estén unificadas las instituciones de protección de las personas menores de edad y las, hasta ahora, de protección de las personas mayores de edad, provocan contradicciones e incoherencias¹⁰³, esencialmente, porque no existe un tratamiento unitario en los preceptos del Código Civil de Cataluña del concepto de capacidad jurídica.

La reforma también incorpora la posibilidad de designar al asistente mediante el otorgamiento de escritura pública notarial, en lo que parece un intento progresivo de desjudicialización de la vida de las personas con discapacidad y de sus familias¹⁰⁴. En este sentido, la propia persona puede nombrar en escritura pública, en previsión o apreciación de una situación de necesidad de apoyo, a una o más personas para que ejerzan la asistencia (art. 226-3.1 CCcat). Asimismo, la asistencia notarial puede incluir disposiciones sobre su funcionamiento, el contenido del régimen de apoyo y medidas de control para garantizar los derechos y el respeto a la voluntad de la persona concernida, evitándose abusos, conflictos de intereses e influencia indebida.

La designación judicial de asistencia puede ser solicitada por la persona concernida (art. 226-1.1.2 CCcat) o por las personas legitimadas por la Ley de Jurisdicción Voluntaria para promover el expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo¹⁰⁵. Pero, para ello, es preciso que la asistencia no se haya constituido de forma voluntaria, y que no exista un “poder preventivo en vigor que sea suficiente para proporcionar el apoyo que la persona requiere” (art. 226-1.3 CCcat). Si bien no explica cuándo se entiende suficiente el apoyo, el siguiente párrafo puntualiza que el ejercicio de las funciones de asistencia “se debe corresponder con la dignidad de la persona y tiene que respetar sus derechos, voluntad y preferencias” (art. 226-1.4 CCcat)¹⁰⁶. Sobre la designación de la persona

103 Memòria preliminar.

104 Exposición de Motivos del Decreto-ley 19/2021, de 31 de agosto. Aunque lo cierto es que parece que en la revisión de medidas no se está contribuyendo a la desjudicialización. Así, en el supuesto de una persona, incapacitada desde 2014, cuya tutora era la Fundación Tutelar de les Comarques Gironines que pasa ahora a asistente, la autoridad judicial pudo haber recomendado la constitución de una asistencia notarial, en coherencia con el art. 42 bis b LJV, especialmente porque la persona en cuestión no presentaba dificultades para el ejercicio de la capacidad jurídica, salvo por la excepción de limitaciones de movilidad causadas por un ictus. Por el contrario, optó por la designación judicial de asistencia a favor de la Fundación que venía ejerciendo la tutela. (Auto nº759/2022, de 18 de julio, Jutjat de Primera Instància núm. [...] de Girona. NIG. 11707942120228196127). La memoria de evaluación del impacto de las medidas propuestas por el Anteproyecto recoge los siguientes datos extraídos de la Estadística del Consell General del Poder Judicial de 2021 de los tres primeros trimestres de 2022 en cuanto a la actividad de los juzgados de primera instancia de Cataluña: en el año 2021 se resolvieron en Cataluña 1599 expedientes de adopción de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad. Por el contrario, durante los tres primeros trimestres del año 2022, en plena vigencia del Decreto ley 19/2021, se adoptaron un total de 766 expedientes de adopción de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, de los cuales 481 se tramitaron de acuerdo a la Ley de Jurisdicción Voluntaria al no tratarse de asuntos contenciosos, mientras que los 285 restantes se van a tramitar conforme a lo previsto en la LEC.

105 Es el caso del Auto nº444/2022, de 28 de noviembre. Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº [...] de Olot (UPAD Civil I). N.I.G. 1711442120228175960

106 En el Auto nº444/2022 de 28 de noviembre del JPI de Olot se hace constar que la Fundación asistente debe velar siempre por conocer previamente y respetar la voluntad del asistido. Auto nº444/2022, de 28 de

asistente, el art. 226-2.1 CCcat se remite al principio de respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona concernida. Para el caso en el que la persona no pueda expresar su voluntad y no haya realizado la designación notarial de la asistencia, establece el art. 226-2.2 que la designación judicial del asistente se base en la mejor interpretación de la voluntad de la persona concernida, acorde a su trayectoria vital, incluyendo el legislador la referencia a “sus manifestaciones previas de voluntad en contextos similares o la información con la que cuentan las personas de confianza”. En estos casos, es obligatorio comunicar a la autoridad judicial cualquier circunstancia conocida en relación a los deseos manifestados por la persona asistida. No obstante, el párrafo tercero establece, con carácter excepcional, la posibilidad de prescindir de la voluntad manifestada por la persona cuando se acrediten circunstancias graves, situaciones de abuso, conflicto de intereses o influencia indebida¹⁰⁷. Aunque el precepto exige que se haga mediante resolución motivada, consideramos que su mensaje se aleja del espíritu y la letra de la CDPD, situándose en la estela de la STS de 8 de septiembre de 2021, si bien el precepto añade la posibilidad de fijar las medidas de control oportunas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona con necesidades de apoyo, en absoluta contradicción con el párrafo anterior.

Respecto del contenido de la asistencia constituida judicialmente, el art. 226-4 CCcat establece que la voluntad, deseos y preferencias sean tenidas en cuenta respecto al tipo y alcance¹⁰⁸. Además, la resolución de nombramiento debe concretar las funciones a desempeñar por el asistente, que pueden circunscribirse tanto al ámbito personal como patrimonial de la persona necesitada de apoyo (art. 226-4.2 CCcat). Por último, con carácter excepcional y en resolución motivada, la autoridad judicial podrá determinar los actos concretos en los que la persona que presta asistencia puede asumir funciones de representación¹⁰⁹. En particular, el párrafo tercero del art. 226-4 CCcat concreta que debe de tratarse de un caso en

noviembre. Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº [...] de Olot (UPAD Civil I). N.I.G. 1711442120228175960.

107 En este sentido se pronuncia el Auto nº287/2022, de 12 de diciembre, Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº [...] de Blanes. N.I.G.11702342120228122402

108 Alejándose del modelo social de la discapacidad, se acuerda designar asistente con funciones de representación a la Fundació Support-Girona, pese a que la persona necesitada de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica solicitó un asistente sin funciones representativas. Se argumenta en la resolución judicial, que esta decisión queda motivada por la grave descompensación de la enfermedad que está atravesando la persona, de acuerdo con el informe médico-forense y los testimonios escuchados en el acto de la visita. Auto nº44/2023, de 31 de enero, Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº [...] de Puigcerdá (UPSD). N.I.G. 17141421202283339401

109 Véanse: Auto nº44/2023, de 31 de enero, Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción [...] de Puigcerdá (UPSD). N.I.G. 17141421202283339401. Auto nº287/2022, de 12 de diciembre, Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº [...] de Blanes. N.I.G.11702342120228122402. Auto nº326/2022, de 2 de noviembre, Sección Civil. Jutjat de Primera Instancia e Instrucció núm [...] d'Olot (UPSD Civil). N.I.G. 1711442120228129909

el que resulte imprescindible la representación por las circunstancias de la persona asistida¹¹⁰.

Por último, en relación con las asistencias constituidas antes del 3 de septiembre de 2021, se dice que “se mantienen en los términos en los que fueron acordadas por la autoridad judicial competente”, sin perjuicio de que puedan ser modificadas a instancia de la persona concernida o de quien le presta la asistencia, lo que permite la subsistencia de medidas que no son conformes con la CDPD y que vulneran derechos fundamentales. Entendemos que hubiera sido más acertado, al igual que hizo el legislador estatal, incluir una regla transitoria que dejara sin efecto las meras privaciones de derechos de las personas con discapacidad. Ocurre lo mismo con la disposición transitoria 2ª, relativa a la revisión de las medidas judiciales en vigor, que establece que, desde la entrada en vigor del Decreto-ley, la tutela, curatela y potestad parental prorrogada o rehabilitada no podrán constituirse en relación a personas mayores de edad, pero deja intactas las medidas adoptadas con anterioridad hasta que se produzca su revisión¹¹¹. Para solicitar la citada revisión, están legitimadas las personas con discapacidad - el texto usa el término “capacidad modificada judicialmente”-, los progenitores que tienen la potestad parental prorrogada o rehabilitada y las personas que ejercen cargos tutelares o de curatela. Si ninguna de las personas legitimadas lo hiciera, lo hará de oficio la autoridad judicial o a instancia del Ministerio Fiscal, en un plazo máximo de tres años desde la entrada en vigor del Decreto-ley¹¹².

Antes de concluir este apartado, conviene resaltar que las mismas reticencias observadas ante la aplicación práctica de la LADP se vienen observando en la del Decreto-ley de 2021, lo que pone en evidencia que el modelo social de la discapacidad no está siendo del todo aceptado por los operadores jurídicos¹¹³. Desde la perspectiva conceptual, sigue imperando el enfoque del modelo médico

110 Auto nº103/2023, de 21 de abril. Sección nº01 civil de la Audiencia Provincial de Girona (UPSD AP Civil Sec.01). N.I.G. 1707942120228010204. Se solicita la adopción de medida cautelar urgente consistente en una asistencia provisional con facultades de representación en el ámbito de la salud y en la esfera patrimonial a favor de la entidad Support Girona. La persona concernida se encuentra en Polonia, “donde fue objeto de ingreso involuntario debido a que fue hallada deambulando por la calle, descalza, desvalida y en situación de descompensación, mostrando actitudes agresivas”. Se designa asistente provisional a Support Girona con facultades de representación en la gestión de asuntos de la esfera económica y patrimonial, tanto en los asuntos de administración ordinaria (incluyendo reintegros o cualquier otra operación bancaria) como extraordinaria de bienes, derechos y obligaciones previstos en el art. 222-43 CCC. Además, se autoriza expresamente al asistente para que pueda realizar las gestiones oportunas para la repatriación, incluso concreta la resolución judicial que los gastos deben ser asumidos por la familia solicitante.

111 Sobre revisión de oficio de medidas, véanse: Auto nº759/2022, de 18 de julio, Jutjat de Primera Instància núm. [...] de Girona. NIG. 11707942120228196127. Auto nº273/2023, de 30 de mayo. Juzgado de Primera Instancia nº6 de Girona (ant.CI-7). N.I.G. 1707942120228375620.

112 Revisión de oficio de las medidas de apoyo judiciales adoptadas por sentencia nº393/2014, de 16 de junio. Auto nº759/2022, de 18 de julio, Jutjat de Primera Instància núm. [...] de Girona. NIG. 11707942120228196127

113 Considera que el Decreto se limita a poner un parche al CCC, pues incorpora una institución que ya existía en Cataluña y que estaba inspirada en un modelo que no es posible ni acorde a la Convención, CUADRADO SOLER, J.: “LA ADAPTACIÓN”, CIT., P.1184.

rehabilitador¹¹⁴ y el apoyo entendido como un complemento a la capacidad¹¹⁵. Algo a lo que contribuyen las propias modificaciones legislativas, especialmente aquellas que no son plenamente coherentes con el art. 12 CDPD.

3. Proyecto de ley de actualización, incorporación y modificación de determinados artículos del Código Civil de Cataluña.

En el momento de dar comienzo a este trabajo se encontraba en fase de tramitación parlamentaria el “Projecte de Llei d’actualització, incorporació i modificació de determinats articles del Codi civil de Catalunya”, con el objetivo de incorporar determinadas modificaciones exigidas por la evolución de la sociedad o la necesidad de dar una respuesta satisfactoria a situaciones que la práctica ha constatado controvertidas, entre las que se encuentra el concepto de capacidad jurídica¹¹⁶. El Preámbulo pone de manifiesto la necesidad de adaptar el Código Civil de Cataluña al contexto del siglo XXI en el que, se aprobó la CDPD. En este sentido, se propone revisar los principios generales de la capacidad del Título I del Libro II de acuerdo al paradigma social de la Convención, por lo que se propone la eliminación de las referencias a la incapacitación y se hace mención a las medidas de apoyo para la toma de decisiones.

La iniciativa parlamentaria se admitió a trámite el 13 de diciembre de 2022, es decir, cuando el Decreto 19/2021 ya estaba en vigor y habían dado comienzo los trabajos de la Comisión de Codificación Catalana en el Anteproyecto en materia de apoyos. El Proyecto propone la modificación del art. 211-3 CCcat, relativo a la capacidad de obrar, pero, sorprendentemente, fundamenta la institución desde el concepto de la capacidad natural, pudiendo incluso ser limitada¹¹⁷. Así, el Proyecto propone la siguiente redacción del precepto 211-3 CCcat, denominado “Exerciti dels drets”:

114 Esto ocurre cuando la resolución judicial se basa exclusivamente en el informe médico, como si de una patología irreversible se tratase, en lugar de centrarse en la intensidad del apoyo en atención a su necesidad y proporcionalidad. Véase: Auto nº287/2022, de 12 de diciembre, Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº [...] de Blanes. N.I.G.11702342120228122402

115 Auto nº326/2022, de 2 de noviembre, Sección Civil. Jutjat de Primera Instancia e Instrucció núm [...] d’Olot (UPSD Civil). N.I.G. 1711442120228129909

116 Projecte de Llei d’actualització, incorporació i modificació de determinats articles del Codi civil de Catalunya. Número de expediente 200-00010/13. BOPC 457 19 de desembre de 2022. El Proyecto, propuesto por el Govern, se encontraba en término prorrogado para la presentación de comparecencias cuando dio comienzo la redacción de este trabajo. Desde el 19 de marzo de 2024, su situación es de “cloenda política”, tras la disolución del Parlamento catalán tras convocarse elecciones anticipadas. Puede consultarse aquí: <https://www.parlament.cat/web/activitat-parlamentaria/siap/index.html?STRUTSANCHORI=detallExpedient.do&criteri=200-00010/13&ad=1>

117 Art. 211-3 CCcat. La capacidad de obrar de la persona se fundamenta en su capacidad natural, de acuerdo con lo establecido por el presente código. 2. La plena capacidad de obrar se alcanza con la mayoría de edad. 3. Las limitaciones a la capacidad de obrar deben interpretarse de forma restrictiva, atendiendo a la capacidad natural. 4. La autoridad judicial debe pronunciarse expresamente sobre la capacidad para ejercer el derecho de sufragio cuando declare la modificación de la capacidad de una persona, de acuerdo con lo establecido por la legislación procesal y la de régimen electoral.

“1. Totes les persones poden exercitar per si mateixes els seus drets civils amb les mesures establertes per la llei en el seu benefici, d'acord amb la seva capacitat natural. 2. Per garantir l'exercici dels drets, en situacions personals en què sigui convenient, a petició de la pròpia persona o d'una altra persona en el seu interès, es poden adoptar mesures d'assistència o de suport. En tot cas, les mesures han de ser conformes a la dignitat de la persona, han de respectar els drets, la voluntat i les preferències de la persona, són temporals i s'interpreten de manera restrictiva. 3. Totes les persones poden exercir el dret de sufragi d'acord amb el que estableix la legislació electoral”.

Conviene resaltar que el art. 211-3 CCcat no ha sido objeto de propuesta de reforma en el Anteproyecto en materia de apoyos que ocupa el objeto de este estudio. Lo que podría conllevar a futuro la coexistencia de dos modelos antagónicos en el CCcat, por contribuir el 211-3 proyectado a la continuidad del concepto de capacidad natural y el principio del mejor interés de la persona.

Asimismo, el Proyecto se ocupa de la adaptación del consentimiento informado (art. 212-2 CCcat), las voluntades anticipadas (art. 212-3 CCcat) y los ingresos involuntarios (arts.212-4 y 5), algo que no hace la LAPD ni el propio Anteproyecto, como veremos más adelante¹¹⁸. La propuesta mantiene la redacción de los párrafos 1 y 2, añadiendo al segundo -que remite a la normativa sanitaria- que el consentimiento ha de respetar la dignidad de la persona y ser conforme a su voluntad y preferencias. Asimismo, propone la modificación del párrafo tercero que establece que “el interesado, o las personas que suplen su capacidad, en interés del propio interesado, puedan revocar el consentimiento otorgado” por “el consentiment es pot revocar abans de la realització de l'acte pel qual s'ha prestat”.

Por último, se propone la reforma del párrafo cuarto¹¹⁹, que se cambia por el siguiente tenor:

“En interès de la persona, l'autoritat judicial pot autoritzar la intervenció a sol·licitud de la persona facultativa responsable si les persones cridades a donar consentiment, d'acord amb el que estableix l'apartat 2, s'hi neguen”.

118 Recordemos el trato discriminatorio existente entre legisladores autonómicos respecto de esta materia desde la STC 133/2017. Mientras que las voluntades anticipadas reguladas en el CCcat no han sido cuestionadas por el TC, los poderes para el cuidado de la salud o instrucciones previas desarrolladas por legislador gallego en la Ley 2/2006, de Derecho civil de Galicia, relativos a la adopción y la autotutela, sí fueron declaradas inconstitucionales por considerar el alto tribunal que se trataba de normas de carácter público (art. 33 EAG y art. 148.1.21 CE). Algo que fue especialmente cuestionado en los votos particulares de la sentencia y ha sido objeto de crítica doctrinal, no tanto por su regulación en el CCcat, sino porque solo se haya cuestionado la naturaleza civil en el caso gallego.

119 “Si las personas llamadas a dar consentimiento por sustitución se niegan a darlo, la autoridad judicial puede autorizar la intervención a solicitud del facultativo responsable y en interés de la persona que no puede consentir”.

Una vez más, el legislador desaprovecha la ocasión para llevar a cabo una reforma coherente con la Convención, en la que no hay cabida para el principio del mejor interés ni el consentimiento por representación.

4. El Anteproyecto de ley de modificación del Código Civil de Cataluña en materia de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica.

En base a las observaciones expuestas en los epígrafes anteriores, se puede afirmar que la adaptación del Código Civil de Cataluña a la nueva concepción de la capacidad jurídica que resulta de la CDPD es, hasta la fecha, incompleta y contradictoria, teniendo el Decreto-ley 19/2021 carácter transitorio y parcial, a la espera de la regulación global. En este sentido, el Anteproyecto, elaborado por la Sección de Persona y Familia de la Comisión de Codificación de Cataluña, propone una reordenación profunda y sistemática de los capítulos I y II del título I del libro segundo del Código civil de Cataluña, con el propósito de incorporar una regulación completa y exhaustiva de las instituciones de apoyo, así como dotar al ordenamiento jurídico catalán de un marco normativo definitivo que adapte el derecho interno a la CDPD¹²⁰.

El Anteproyecto consta de una exposición de motivos, un artículo único -que tiene por rúbrica “Modificació del Títol II del Libre segon del Codi Civil de Catalunya”-, una disposición adicional, cinco disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y nueve disposiciones finales. El título II (Les institucions de protecció i de suport a la persona) del CCcat está compuesto por cuatro capítulos. El primero regula las instituciones de protección de las personas menores de edad; el segundo las medidas de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica (“Mesures de suport a l'exercici de la capacitat jurídica”)¹²¹; el tercero se ocupa de las medidas transitorias de protección y apoyo, y el cuarto regula el patrimonio protegido de personas con discapacidad o en situación de dependencia. En esta sede nos ocuparemos exclusivamente del estudio del capítulo segundo, relativo a las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas mayores de edad. Este capítulo se divide en cuatro secciones, la primera dedicada a los principios generales de la Convención que se incorporan a la normativa catalana, mientras que las otras secciones regulan los diferentes apoyos propuestos.

120 Por acuerdo del Govern de 22 de marzo de 2022 se aprobó la memoria preliminar del Anteproyecto y la realización de la consulta pública previa articulada a través del portal “Participa”. El 29 de marzo de 2023 la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació tramita ante la Assessoria Jurídica de la Secretaria General de la Generalitat de Catalunya, el texto del Anteproyecto, acompañado de una memoria general y una memoria de evaluación del impacto de las medidas propuestas. Sin embargo, en la fecha en la que se termina este trabajo (marzo, 2024) el Parlamento de Cataluña ha sido disuelto, tras la convocatoria anticipada de elecciones por el presidente de la Generalitat, sin que antes se hubiese aprobado el texto del Anteproyecto.

121 El legislador catalán ha escogido la expresión “mesuras de suport”, que puede traducirse como medidas apoyo, siguiendo la fórmula del legislador estatal en la LAPD; se recuerda que la Convención habla de apoyos en sentido amplio, por lo que se podría haber optado por otro término general para aludir a todos los tipos de apoyo.

Conviene, no obstante, advertir que las disposiciones finales primera, segunda, tercera, cuarta, quinta y sexta modifican respectivamente diversos artículos de los libros primero, segundo, tercero, cuarto, quinto y sexto del CCcat para adaptarlos, tanto desde un punto de vista terminológico como de contenido, al nuevo régimen de medidas de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica que establece el Anteproyecto¹²². También se incorpora una disposición derogatoria, por la cual se deroga el Decreto-ley 19/2021, de 31 de agosto, por el que se adapta del Código civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación de la capacidad.

A) *Objetivos y principios generales.*

El Anteproyecto tiene como objetivo principal modificar el CCcat e incorporar un régimen jurídico integral en materia de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica que se adapte plenamente al espíritu y letra de la CDPD¹²³. En consecuencia, la reforma parte de la eliminación de la incapacitación, como no podía ser de otra manera y al igual que hizo el legislador estatal en la Ley 8/2021, y de la obligación de un nuevo replanteamiento de las instituciones de protección de las personas mayores de edad reguladas en el CCcat. En este sentido, los “suports” al ejercicio de la capacidad jurídica giran en torno al principio de respeto a la voluntad, la dignidad y autonomía individual de la persona, así como a sus valores, creencias y tradiciones culturales, siempre que sean conformes a los principios y valores esenciales del ordenamiento jurídico (art. 222-8). De esta forma, se pasa de un modelo sustitutivo de la voluntad en la toma de decisiones a uno de apoyo que hace inadecuadas la tutela, curatela y potestad parental prorrogada, precisamente, porque no tienen en cuenta la voluntad de la persona¹²⁴. Este modelo se estructura en torno a una regla básica de actuación, la misma que rige en la LAPD, que

122 Se modifican los arts.121-12, 121-16 y 121-19 del libro primero del CCcat.

Se modifican los arts.211-7, 211-12, 231-21, 232-33, 233-2, 235-11, 235-12, 235-14, 235-17, 235-20, 235-24, 235-25, 235-26, 235-27, 235-30, 235-36, 236-1, 236-6, 236-10, 236-18, 236-31, 237-2, 237-3, 237-10 y se suprime la sección cincuenta, del capítulo 6 del título tres, del libro segundo del CCcat.

Se modifican los arts.321-2, 232-1, 322-10, 322-11, 322-18, 323-1, 331-2, 332-3 y 332-12 del libro tercero del CCcat.

Se modifican los arts.412-5, 421-3, 421-4, 421-7, 421-8, 421-9, 421-10, 421-11, 422-1, 424-6, 425-7, 425-10, 425-11, 425-12, 425-13, 428-6, 429-3, 429-14, 431-4, 431-10, 431-12, 432-3, 461-9, 461-10, 461-12, 461-16 y 461-24 del libro cuarto del CCcat.

Se modifican los arts.521-3, 531-10, 531-21, 531-26, 552-10, 553-16, 553-25 y 569-29 del libro cinco del CCcat.

Se modifican los arts.621-4, 621-45, 622-33, 622-37 y 623-5 del libro sexto del CCcat.

123 La memoria general del Anteproyecto recoge los siguientes objetivos: garantizar la protección efectiva de las personas con discapacidad que actúen en el ámbito civil; disponer de un marco normativo adaptado a la realidad jurídica y social actual de las personas con discapacidad que intervienen en el ámbito civil; ordenar definitivamente el régimen aplicable a Cataluña a partir de la entrada en vigor de la LAPD, para que las instituciones de apoyo y protección de las personas con discapacidad sean acordes al nuevo concepto de capacidad jurídica que regula; remover los obstáculos que pueda haber para que las personas con discapacidad puedan expresar su voluntad, deseos y preferencias, y adaptar los capítulos I y II del CCcat para incorporar una regulación completa que garantice la efectividad del cumplimiento de las previsiones recogidas en la CDPD.

124 Preámbulo del Anteproyecto.

determina que el ejercicio del apoyo no debe fundamentarse en ningún caso en el interés superior de la persona concernida, sino en su dignidad y sus derechos¹²⁵. En consecuencia, obliga a los poderes públicos y a las administraciones a ofrecer y crear los apoyos que permitan a las personas con discapacidad desarrollar sus habilidades y capacidades respetando su dignidad, autonomía individual, voluntades y preferencias¹²⁶. También se regula el derecho de toda persona al disfrute de las medidas de accesibilidad universal que le permitan el ejercicio de la capacidad jurídica para la toma de decisiones con trascendencia jurídica.

Asimismo, el Anteproyecto incorpora expresamente el derecho al apoyo de toda persona “accedir a mesures de suport individualitzades i adaptades a la seva situació per prendre decisions amb efectes jurídics en condicions d'igualtat” (art. 222-1). Sin embargo, la Comisión de Codificación catalana no se ha pronunciado directamente sobre el derecho a renunciar al apoyo, como tampoco lo hizo el legislador estatal. Se debe hacer notar que, en el documento de bases elaborado por la Comisión de Codificación de Cataluña, que establecía los principios sobre los que debía orientarse la reforma, sí se regulaba el derecho a renunciar el apoyo. En particular, la base 4ª, relativa a la “voluntarietat”, establecía: “com a principi general, el suport és voluntari i s'instaura per la propia persona, que pot negarse a rebre'l i pot canviar-lo o posar-hi fi en qualsevol moment”¹²⁷; al respecto, autores muy significativos manifestaron, cuando aún no había finalizado la fase de redacción del Anteproyecto, que era preciso “superar la idea de que existe un interés objetivo (general) de la persona con discapacidad que otras personas pueden valorar”¹²⁸. Lástima que, lo que parecía un avance constatable respecto de la reforma llevada a cabo por el legislador estatal, no haya sido incorporada finalmente al texto prelegislativo.

No obstante, este silencio requiere de una interpretación acorde al modelo social de la discapacidad, que otorga preferencia a la voluntad, deseos y preferencias de la persona. En este sentido, en el proyectado art. 222-3 se explicita que el

125 Por el contrario, creemos que no sigue esta regla el Proyecto aragonés mencionado más arriba en el texto, que se aleja del paradigma de la discapacidad querido por la CDPD. Véase, a modo de ejemplo, el proyectado art. 37.2 Código del Derecho Foral de Aragón: “Cuando la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad no puedan conocerse, su cumplimiento resulte imposible o extraordinariamente difícil o puedan suponer un peligro significativo para su bienestar o el de las personas a su cargo o graves perjuicios a terceros, se actuará en función de lo que objetivamente sea mejor para la dignidad, los derechos e intereses de la persona afectada” (Proyecto de Ley de modificación del código de Derecho Foral de Aragón en materia de capacidad jurídica de las personas. Boletín Oficial de las Cortes de Aragón nº40, de 7 de febrero de 2024).

126 Añadiendo el Preámbulo, el reconocimiento del derecho de las personas a asumir riesgos y a cometer errores, cuando ha podido tener el apoyo adecuado para tomar una decisión.

127 Disponible en: https://participa.gencat.cat/uploads/decidim/attachment/file/1841/BASES_REFORMA_CcC_suport_a_l_exercici_de_la_capacitat_jca.pdf (Consultada el 9/03/2024).

128 SOLÉ RESINA, J.: “La reforma del derecho catalán en materia de discapacidad”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2022, nº17, pp. 122-149, esp.127. O lo que es lo mismo, en palabras de la propia autora, “el apoyo es un derecho y no una obligación”, por lo que la persona puede rechazarlo, en absoluta sintonía con el Comité en la Observación General Primera

apoyo para la adopción de decisiones no supone, en ningún caso, una limitación a la capacidad jurídica¹²⁹, lo que puede interpretarse en el sentido de que el apoyo no se puede imponer. Sin embargo, a lo largo del Anteproyecto encontramos huellas que parecen inclinarse en el sentido de negar el derecho a renunciar al apoyo. Es el caso del artículo 222-6 que establece la voluntariedad del apoyo en el establecimiento, contenido y ejercicio de la medida acordada, pero siempre que la voluntad no sea resultado de una sintomatología clínica que limite el pleno conocimiento de su situación y necesidades, con riesgo grave para su persona o terceros; son supuestos en los que la autoridad judicial debe establecer de forma motivada la “mesura del suport” necesaria de acuerdo a los proyectados arts. 222-32 a 222-37. A nuestro juicio, esta norma es claramente contraria a la CDPD, si bien es cierto que se sitúa en la estela interpretativa del Tribunal Supremo tras su sentencia nº589/2021, de 8 de septiembre de 2021, en aplicación del derecho estatal, resolución con la que tampoco concordamos¹³⁰.

La citada no es la única contradicción con el modelo social de la discapacidad que encontramos en el Anteproyecto. Así, por ejemplo, ya en el Preámbulo, tras exponer los principios rectores en las medidas de apoyo formalizadas, se dice que sólo en supuestos excepcionales, “aunque con más frecuencia de la deseada, estos apoyos conllevan la imposición de la representación y del mismo apoyo sin la voluntad, aunque, en la medida de lo posible, se debe indagar cuál habría sido su voluntad hipotética de haber podido expresarla¹³¹. La referencia “en la medida de lo posible” nos lleva de nuevo al argumento de la falta de conciencia de la enfermedad, que constituye uno de los postulados del modelo médico-rehabilitador y no es conforme al espíritu y letra de la Convención, ni de la LAPD, por más que esta sea objeto de interpretaciones reduccionistas.

B) Las medidas de apoyo previstas en la ley catalana.

Las reglas comunes.

El texto del Anteproyecto delimita el ámbito del apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica, que tiene por objeto la toma de decisiones con efectos jurídicos, tanto en el ámbito personal como en el patrimonial (art. 222-2). Aunque añade el texto que el acceso y participación en el ámbito de la justicia se regula

129 Sí se hacía una referencia expresa al derecho a renunciar el apoyo en la base 4ª de la reforma que hacía referencia a la voluntariedad del apoyo: “Com a principi general, el suport és voluntari i s’insta per la propia persona, que pot negarse a rebre’l i pot canviar-lo o posar-hi fi en qualsevol moment”. Bases de la reforma del Codi Civil de Catalunya en materia de suport a l’exercici de la capacitat jurídica.

130 Para una crítica exhaustiva de esta sentencia, GARCIA RUBIO, M.P. y TORRES COSTAS, M.E.: “Primeros pronunciamientos”, cit.

131 “Només en supòsits excepcionals, malgrat que n’hi hagi amb més freqüència de la desitjada, aquests suports comporten la imposició de la representació i del mateix suport sense la voluntat, tot i que, en la mesura del que es pugui, s’ha d’indagar quina hauria estat la voluntat hipotètica de la persona concernida, si hagués pogut expressar-la”. Preámbulo del Anteproyecto.

por la legislación procesal; también se remite a normas específicas para cuestiones relativas al ámbito de la salud¹³², pero, al igual que en la LAPD no se concretan los motivos por los que se dejan fuera estas últimas cuestiones, y ello a pesar de que el Código Civil de Cataluña sí dedica un precepto al documento de voluntades anticipadas (art. 212-3 CCcat)¹³³.

Acorde al espíritu de la Convención, que apuesta por la autonomía de la persona y pasa de un modelo de sustitución de la voluntad a un modelo de apoyo en la toma de decisiones, el Anteproyecto incorpora sus principios rectores, en particular, el principio de respeto a la voluntad de la persona que, al fin y al cabo, es quien determina el establecimiento, contenido, ejercicio y alcance del apoyo que desea recibir (art. 222-6)¹³⁴.

Por otro lado, el prelegislador catalán ha delimitado vagamente la forma en que han de prestarse las funciones de apoyo, remitiéndose a la diligencia propia de una persona razonable y dentro de los límites fijados por el acuerdo o la resolución en la que se haya establecido el apoyo (art. 222-8); a nuestro juicio, hubiera sido más acorde con el nuevo modelo limitarse a incluir una referencia expresa a la voluntad de la persona concernida como límite de actuación, en la línea marcada por el legislador estatal en el art. 249 CC.

Respecto de las salvaguardas, que son referidas de modo expreso y con ese término convencional, son definidas en el art. 222-38 como: “aquelles mesures adreçades a garantir que el procés de designació del suport i el seu desenvolupament es duen a terme amb proporcionalitat, sense abús, conflicte d'interessos ni influència indeguda”.

Así, conforme a lo establecido en el art. 12.4 CDPD, y como hiciera el legislador estatal, pero sin utilizar el término “salvaguardas” (art. 250 CC), incorpora estos mecanismos de control sobre el desempeño de las medidas de apoyo, aunque sin definirlos expresamente. El Anteproyecto otorga preferencia a las establecidas al constituirse el apoyo, aplicándose, en su defecto, las establecidas en el texto de la norma. En cuanto a la tipología, son enumeradas en el Preámbulo y concretadas en el art. 222-40 proyectado. Así, las salvaguardas pueden consistir

132 En el ámbito procesal será de aplicación la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Y en el ámbito de la salud 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. URI ELI: <https://portaljuridic.gencat.cat/eli/es-ct/1/2000/12/29/21/con/20240407>

133 No se pronuncia sobre esta cuestión el Proyecto de ley de actualización, incorporación y modificación de determinados artículos del Código Civil de Cataluña, antes citado; sostiene que se quedan fuera las disposiciones de los capítulos I y II del CCcat, en materia de tratamientos médicos e internamientos, “que concuerdan y despliegan normas estatales básicas u orgánicas” SOLÉ RESINA, J.: “La reforma”, cit., p.125.

134 Este principio está presente a lo largo del texto del Anteproyecto, desde el mismo Preámbulo, que lo recoge como principio rector de las instituciones de apoyo, y sirve de explicación y justificación de las generalidades o abstracciones que se puedan detectar en el texto del Anteproyecto.

en el establecimiento de audiencias, la obtención de informes y las diligencias necesarias para determinar la idoneidad de la persona que debe prestar el "suport". Debe subrayarse que la referencia a la obtención de informes puede contribuir a una interpretación contraria al modelo social, si se está pensando en que sea un tercero quien valore la aptitud de la persona designada para prestar el apoyo; por el contrario, para respetar el modelo convencional, los informes deben limitarse a cotejar que se respeta la voluntad de la persona concernida. Asimismo, las salvaguardas pueden consistir en la prestación de caución, la práctica de inventario, la rendición de cuentas a la autoridad competente, el control o la autorización judicial previa, la remoción del nombramiento, la revisión periódica de las medidas de apoyo, la impugnación de los actos realizados por el apoyo y, por último, el nombramiento de una defensa judicial.

Tipología. Apoyos formales y no formalizados.

Al igual que la LAPD, el Anteproyecto no define explícitamente el apoyo, pero establece que puede consistir en "l'ajut a la comunicació de la voluntat de la persona concernida, la presa de decisions amb efectes jurídics i la configuració de la seva voluntat" (art. 222-4). En el primer caso, el apoyo en la comunicación consiste en trasladar la voluntad de la persona concernida a través de la que presta el apoyo. Por su parte, el apoyo en la toma de decisiones con efectos jurídicos puede consistir en: a) un acompañamiento para el desarrollo de las relaciones sociales necesarias para el ejercicio de su autonomía; b) la facilitación de información adecuada sobre cuestiones de interés; c) la orientación sobre sus derechos y el ejercicio de los mismos; d) prestarle ayuda para comprender los actos jurídicos y las consecuencias que puedan derivarse de estos; e) asistirle en la consideración de las distintas opciones y hacerle recomendaciones en relación con un determinado acto jurídico; f) facilitarle que llegue a acuerdos con terceras personas y que se hagan efectivos. Asimismo, el apoyo también puede consistir en la conclusión de actos jurídicos de la persona concernida, prestar la conformidad cuando se establezca como requisito de eficacia del acto o a actuar en nombre y por cuenta de ésta cuando el apoyo incluya la representación de la persona. Sobre esta cuestión volveremos más tarde, aunque cabe ya anticipar que no aclara ante qué tipo de representación nos encontramos, es decir, si es o no sustitutiva de la voluntad y, en su caso, con qué extensión.

Los apoyos pueden ser de dos tipos: formales o no formalizados (art. 222-5). Se entiende por formales los que se constituyen en escritura pública o en resolución judicial (poderes preventivos y asistencia), y por no formalizados aquellos que tienen lugar al margen de un procedimiento judicial o notarial previsto legalmente (art. 222-5).

Apoyos no formalizados.

Lo apoyos no formalizados son prácticas sociales, que se prestan en el ámbito social y familiar para el ejercicio de la capacidad jurídica, a los que la ley reconoce efectividad sin necesidad de que intervenga la autoridad judicial o notarial. Añade el Preámbulo que, en aplicación de los principios de la Convención, se prescinde intencionadamente tanto de la institución como de la terminología de la guarda de hecho para personas mayores de edad, por considerar que conlleva la sujeción al guardador, pese a que “a la persona mayor no se la protegeix, se l’ajuda”¹³⁵. Aunque sea de modo incidental, no estamos de acuerdo con esta interpretación de la guarda de hecho de la LAPD, entre otras razones porque todas las modalidades de apoyo requieren el consentimiento de la persona que lo presta, sin el cual ningún apoyo es posible; ello no obsta para considerar que tal vez hubiera sido más oportuno utilizar por un nuevo término, con el fin de evitar interpretaciones continuistas del modelo anterior; con todo, consideramos sin duda que en el concepto amplio de apoyo de la CDPD tiene perfecta cabida la [nueva] guarda de hecho configurada en la LAPD¹³⁶, tema sobre el que volveremos más adelante.

Considera el texto que las distintas actuaciones e intervenciones de terceras personas en la esfera jurídica y fáctica de cualquier persona mayor de edad que comporte la prestación de algún apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica, constituyen una manifestación de los diferentes apoyos no formalizados a los que se reconoce eficacia. De esta forma, el texto prelegislativo catalán opta por no asignarle un nombre ni estatus jurídico determinado a esta situación de apoyos no formalizados, al contrario de lo que se hace en la LAPD con la guarda de hecho.

Pese a la desjudicialización que se pretende de modo expreso, y a diferencia de lo que hace el legislador estatal (art. 255 CC), el texto catalán no otorga carácter prioritario a los apoyos no formalizados; en realidad, más bien parece que aunque pueden coexistir con otras medidas de carácter formal, el art. 222-5 CCat proyectado recoge la prevalencia del apoyo formal sobre el no formalizado, cuando ambos sean incompatibles, lo que no siempre resultará conforme con el nuevo modelo. Así, por ejemplo, cabría imaginar un supuesto en el que la persona designada como apoyo mediante poder preventivo se aleja de los principios de actuación de esta figura, básicamente, no respetando la voluntad de la persona

135 En este sentido ya se ha dicho que la guarda de hecho no tiene carácter voluntario, pues es la persona guardadora quien decide llevar a cabo o no la medida de apoyo, en lugar de la persona con discapacidad (SOLÉ RESINA, J.: “Apoyos informales o no formalizados al ejercicio de la capacidad jurídica y la guarda de hecho”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 2021, n°31, pp.18-83). No lo entendemos así, pues sería una interpretación de la guarda de hecho de la LPDC que no casa con el espíritu de la Convención (PRADOS GARCÍA, C.: “La guarda”, cit.).

136 PRADOS GARCÍA, C.: “La guarda”, cit. FÁBREGA RUIZ, C. F.: “La nueva visión de la guarda de hecho a la luz del nuevo régimen jurídico de protección de la discapacidad”, en AA.VV.: *La reforma de la discapacidad. Comentarios a las nuevas reformas legislativas* (coord. por A. CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, F. CABELLO DE ALBA JURADO y C. PÉREZ RAMOS), Fundación Notariado, 2022, pp.721-748.

concernida, de modo que si la persona necesitada de apoyo decide hacer uso de una medida no formalizada en tanto revoca el poder; a la pregunta ¿prevalece el apoyo formalizado frente a la voluntad de la persona? entendemos que debería responderse que no, pues la voluntad de la persona ha de constituir el único eje de actuación en materia de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica. En este sentido, recordamos que el legislador estatal ha otorgado carácter estable e indefinido a la guarda de hecho, que puede ser un apoyo único, si es suficiente, o puede coexistir con otras medidas formales (voluntarias o judiciales) si éstas no se están aplicando eficazmente (art. 263 CC), además de que se reconoce el carácter subsidiario a las medidas judiciales (art. 255 CC), reglas que a nuestro entender son más acordes con el principio de respeto incondicionado a la voluntad de la persona.

En cuanto al alcance de los apoyos no formalizados, estos pueden afectar tanto a la esfera personal como a la patrimonial y se pueden prestar de manera continuada, puntual o esporádica, por lo que se constituyen con carácter estable y permanente, dejando a salvo la prevalencia incondicionada del apoyo formalizado vista en el párrafo anterior y que no terminamos de compartir. Pueden consistir en ayuda a la persona concernida a comunicar su voluntad; aconsejar a la persona en la toma de decisiones con efectos jurídicos y concluir, de acuerdo con los usos sociales los trámites y actos de administración ordinaria propios de la persona concernida (art. 222-II).

Las funciones que puede desempeñar la persona que preste el apoyo no formalizado no tienen en ningún caso carácter representativo. En este sentido, el Preámbulo dice que para llevar a cabo actos jurídicos en nombre de la persona concernida se requiere de la formalización de un poder representativo o la constitución de una asistencia notarial o judicial que permita la representación de la persona para un acto concreto o para un conjunto de actos durante un tiempo determinado; se añade que la persona que presta el apoyo no formalizado con carácter de continuidad también puede solicitar la constitución judicial de la asistencia judicial. En definitiva, no nos encontramos ante una medida de apoyo de carácter permanente, como pueda ser la guarda de hecho regulada en la LAPD; en la propuesta catalana estos apoyos informales se han de tornar formales para actuaciones de tipo representativo.

El apoyo no formalizado, al igual que los formalizados, debe prestarse con diligencia y lealtad, respetando los derechos y preferencias de la persona concernida. En este sentido, el art. 222-II proyectado establece que el apoyo responde en todo momento a la voluntad de la persona. Asimismo, le son de aplicación las reglas de las salvaguardias contenidas en la sección quinta del Anteproyecto, con el fin de prevenir los abusos, influencias indebidas y conflictos de intereses entre

la persona que los presta y la persona concernida. Además, la persona que presta el apoyo puede ser requerida en cualquier momento por la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal – de oficio o a instancia de la persona a quien se presta el apoyo o de cualquier persona legitimada- para que informe y rinda cuentas de su actuación.

Se establece que cuando el apoyo consista en la conclusión de actos de trámite, de acuerdo con los usos sociales y de administración ordinaria, se registrará, en todo lo que no establezca el capítulo II del Anteproyecto, por las normas del mandato o la gestión de asuntos ajenos sin mandato, según proceda (art. 222-12). Parece que una norma de este tipo refleja la preferente perspectiva patrimonial desde la que se proyecta la reforma, frente a la atención bifronte prestada por el legislador estatal en la LAPD, en el que se trata con mayor equilibrio tanto los aspectos personales como patrimoniales de la persona con discapacidad¹³⁷.

Estos apoyos no formalizados no solo se dan en el ámbito familiar, social o comunitario de la persona, sino que, también pueden ser prestados por entidades públicas o privadas en aquellos casos en los que la persona concernida no cuenta con ellos en su entorno (art. 222-11). Asimismo, se puede prestar para la adopción de una decisión concreta o con carácter general, por tiempo limitado o de forma indefinida (art. 222-12).

Las medidas de apoyo no formalizadas se extinguen por la voluntad de la persona implicada; la finalización del asunto en el que se actúa; la adopción de otras medidas de soporte formal o no formalizado que se sean incompatibles; el fallecimiento de la persona concernida o de la persona que presta el apoyo o la decisión o imposibilidad de la persona que lo presta; en este último caso, propone el Anteproyecto que se tomen las medidas necesarias para evitar perjuicios a la persona concernida (art. 222-13). Vemos, por tanto, similitudes con los supuestos de extinción de la guarda de hecho regulados en el art. 267 CC¹³⁸. En ambos casos la medida informal de apoyo puede extinguirse por la voluntad de la persona, como no podía ser de otra manera, además de que se tienen en cuenta el cambio de circunstancias tanto en la persona que presta el apoyo y como en el propio contexto. Asimismo, se contempla la extinción de la medida de apoyo informal o no formalizado cuando se adopte un apoyo judicial -entendemos que la constitución de un poder o una asistencia notarial entra dentro del supuesto de la voluntad de la persona concernida- que resulta incompatible con la medida no

137 La LAPD contempla a la persona en su integridad atendiendo al conjunto de sus derechos, tanto personales como patrimoniales, en el convencimiento de que muchas personas tienen más interés en los primeros que en los segundos. GARCÍA RUBIO, M.P.: "Contenido y significado", cit.

138 La voluntad de la persona, desaparición de las causas que la motivaron, desistimiento del guardador de hecho o cuando la autoridad judicial lo considere conveniente (a instancia del Ministerio Fiscal o de quien se interese por ejercer el apoyo de la persona.

formalizada en el caso catalán, recordemos que es subsidiaria, a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente (art. 255 CC), en el estatal.

Apoyos formalizados. El poder preventivo.

La sección tercera del capítulo segundo contiene el despliegue normativo del poder preventivo, que viene a ser un instrumento de apoyo formal otorgado en escritura pública, por el cual una persona, el poderdante, planifica su voluntad y preferencias ante la posibilidad de encontrarse en una situación en la que no pueda comunicarlas. Por y para ello, nombra a uno o más “representants”, personas físicas o jurídicas, a las que faculta para cuidar de sus intereses personales y patrimoniales (art. 222-14).

En cuanto a su clasificación, el Anteproyecto regula dos modalidades de poder: de eficacia inmediata y diferida. De esta forma, el poder puede tener vigencia desde el mismo instante en que se otorga o puede dar comienzo cuando se den determinadas circunstancias, una de las cuales puede ser la necesidad de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica. En este punto y a nuestro entender, desafortunadamente, el texto hace referencia a la pérdida de aptitud necesaria para conocer el alcance de la actuación del apoderado¹³⁹, alejándose así del modelo social de la discapacidad que deja atrás conceptos como aptitud o capacidad natural¹⁴⁰. Conviene recordar que la CDPD huye del tradicional planteamiento capacitista-centrista que sostiene que algunas personas no tienen las habilidades cognitivas para tomar decisiones con trascendencia jurídica, precisamente porque este argumento ha servido de justificación social y legal para eliminar la capacidad jurídica de las personas¹⁴¹.

En el supuesto del poder de eficacia inmediata, el texto catalán insiste en el concepto de aptitud, pues el apoderado debe manifestar, bajo su responsabilidad, si el poderdante tiene aptitud necesaria para conocer el alcance de su actuación, a efectos de aplicar las previsiones establecidas por el poderdante en este caso y, en particular, determinar si es necesaria alguna de las autorizaciones exigidas por el poderdante o la ley, salvo que estas se hubiesen suprimido en el otorgamiento. Para el poder preventivo de eficacia diferida, el apoderado debe acreditar su vigencia con documento fehaciente que justifique las circunstancias establecidas por el poderdante. De no haberse previsto, el apoderado puede fijar, de nuevo bajo su responsabilidad, el inicio de su cometido (art. 222-16).

139 “(...) pèrdua de l'aptitud necessària per conèixer l'abast de l'actuació de l'apoderat”.

140 TORRES COSTAS, M.E.: “La capacidad”, cit. pp. 89, 295 y 344.

141 BACH, M.: “Perder la”, cit., p.85.

En cuanto al contenido del poder, puede ser de carácter general o especial, según el alcance de las facultades conferidas al apoderado (art. 222-17). En el primer caso, el poder comprende todas las facultades legalmente delegables en el ámbito personal y patrimonial, incluidas aquellas por las que la ley exige un mandato expreso, sin que sea necesario enumerar las facultades del apoderado. Si bien, quedan exceptuadas las excluidas en el otorgamiento y las facultades de disposición a título gratuito, de aval o de fianza personal o real, que deben ser expresamente atribuidas, aunque sea de forma genérica. Por último, añade el art. 222-18 que podrá otorgarse más de un poder preventivo, tanto de carácter general como de carácter especial.

El apoderado debe actuar con la diligencia establecida en el otorgamiento y, si no se ha establecido, con lo exigible a una persona razonable, de acuerdo con sus circunstancias personales o profesionales (art. 222-18). Llama la atención que no se haga remisión al respeto a la voluntad de la persona concernida como único límite de actuación, como sí hace, en cambio, la LADP al determinar que todas las medidas de apoyo han de prestarse de acuerdo al art. 249 CC, con independencia de las medidas de control y salvaguardas que puedan preverse en el poder (art. 255 CC). Es cierto que se dice que "*l'apoderat s'ha d'ajustar a les instruccions del poderdant*" (art. 222.18.2), fórmula que pudiera llevar a interpretaciones contrarias al modelo social de la discapacidad en torno a la que pueda entenderse por "ajustarse", ya que esto no es lo mismo que respetar la voluntad del poderdante.

Asimismo, el precepto permite al poderdante condicionar el ejercicio de determinadas facultades a unos requisitos previos o posteriores, como pueden ser la tasación, la autorización de quien supervise, la comunicación posterior a éste, o cualquier otra fórmula que estime oportuna.

Para el caso de que exista una pluralidad de apoderados en el mismo instrumento y no se haya previsto nada al respecto, la actuación se entiende conferida de forma indistinta para los actos de administración ordinaria, y de forma conjunta para los actos de administración extraordinaria. Añade el precepto que cada uno de los apoderados debe informar a los demás, dentro de un "termini razonable", de las gestiones llevadas a cabo.

El art. 222-19 regula cuestiones referidas a la sustitución y delegación de facultades. Así, la sustitución se rige por lo que establezca el poderdante, salvo que circunstancias sobrevenidas no la hagan aconsejable. Añade el precepto que, en este caso, lo decide la persona encargada de ejercer la supervisión, si se le ha otorgado esta facultad. En caso contrario, corresponde decidirlo a la autoridad judicial, si bien, aunque no lo recoge expresamente, entendemos que esta decisión ha de ser acorde a los principios rectores de la Convención.

Con carácter excepcional se permite al apoderado delegar funciones para un asunto determinado, pero ha de especificar la persona, el objeto y las principales condiciones del asunto; en este caso el apoderado responde de la gestión del sustituto o delegado, por lo que nos preguntamos, una vez más, donde queda aquí el respeto a la voluntad del poderdante, de acuerdo al modelo social de la discapacidad.

Aunque no se regulan reglas especiales de capacidad para el otorgamiento del poder preventivo, en el Preámbulo se expone que el punto de partida es una situación en la que la persona que otorga el poder disfruta de la capacidad natural para expresar su voluntad y deseos¹⁴², cosa que no se hace nunca en la LAPD. De nuevo, cabe considerar que con esta referencia a la capacidad natural el legislador catalán cuestiona el concepto de capacidad jurídica de la Convención y contribuye a interpretaciones continuistas del modelo médico; recordemos que este modelo se centra en el concepto de deficiencia y justifica un trato jurídico diferente, desde el presupuesto de la protección, a las personas con discapacidad como sujetos especiales¹⁴³.

Añade el precepto propuesto que el poder mantiene su validez, aunque con posterioridad varíen la situación y las circunstancias del poderdante, mientras no sea revocado o modificado por otras medidas de apoyo. Entendemos que el legislador está pensando en otras medidas de carácter formal, pues como vimos con anterioridad, otorga preferencia a estas medidas sobre las informales cuando sean incompatibles.

El poder preventivo se extingue por las causas establecidas en el título de constitución; la revocación otorgada por el poderdante o por la persona autorizada expresamente; la muerte, declaración de muerte o ausencia del poderdante o del apoderado (aunque el apoderado debe continuar la gestión comenzada hasta ponerla a disposición de quien suceda al poderdante); el desistimiento del apoderado (notificado notarialmente); el concurso del apoderado (en lo que se refiere a las facultades patrimoniales, excepto que se haya dispuesto de otro modo); las causas establecidas en el art. 222-13 (salvo lo dispuesto en contrario); y en el caso de personas jurídicas por la disolución o extinción de la persona jurídica apoderada.

Apoyos formalizados. La asistencia.

Se dedica la sección cuarta del capítulo II del Anteproyecto a la regulación de la asistencia notarial y judicial. Nos encontramos ante una institución mediante la

142 "(...) gaudeix de la capacitat natural per expressar la voluntat i els seus desitjos".

143 CUENCA GÓMEZ, P.: "Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos humanos", *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, octubre-diciembre, 2012, pp.103-307.

cual, la persona concernida tiene el apoyo de una o varias personas que le asisten, con eficacia jurídica en los ámbitos y actos que quedan establecidos cuando se constituye. A largo del texto del Anteproyecto se remarca la idea de que la asistencia no conlleva la privación de la voluntad de la persona, que mantiene su intervención. Sin embargo, nos parece que encuentran, con más frecuencia de la deseada, contradicciones al principio de respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona, algunas comentadas en epígrafes anteriores y otras, referidas a la asistencia, que analizaremos a lo largo de este apartado.

La elección del *término* asistencia que, no solo existía con anterioridad, sino que coincide con el de asistente personal de promoción de la autonomía personal y de atención en situaciones de dependencia, ha llevado al legislador catalán a incluir en el Preámbulo una distinción expresa entre ambas figuras. La asistencia personal, que se regula por normas especiales, consiste en una prestación social que se concede, mediante resolución administrativa, en el contexto de la normativa de dependencia y se configura como un servicio en el que la persona realiza o colabora en los trabajos de la vida cotidiana de una persona dependiente para fomentar, promover y potencia su autonomía. Las diferencias entre una y otra institución que el Preámbulo del Anteproyecto trata de aclarar, estuvieron presentes en el proceso de consulta pública previa¹⁴⁴. Asimismo, cuando delimita el ámbito de actuación del apoyo el texto se remite expresamente a las normativas específicas tanto en lo relativo a la asistencia personal como en lo concerniente a los derechos a la información y autonomía en el ámbito sanitario.

La regulación de la asistencia se divide en tres subsecciones, regulando en la primera las disposiciones generales que son de aplicación tanto a la asistencia notarial como a la judicial. Sin embargo, en la primera subsección no se ofrece una definición de la asistencia, limitándose a regularla como medida de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica, que puede abarcar tanto el ámbito personal como el patrimonial, y tener como objeto el soporte para un asunto concreto, ocasional, recurrente o continuado en el tiempo (art. 222-23 CCcat).

Las distintas modalidades de asistencia vienen determinadas por la forma mediante la que pueden ser constituidas. Así, la asistencia será notarial cuando se constituya por acuerdo notarial, y judicial cuando se constituya judicialmente, a instancia de la persona concernida o de otras personas legitimadas que enumera en el art. 222-32 CCcat. Asimismo, en las disposiciones generales se regula el alcance y funciones del asistente, distinguiéndose entre la asistencia de colaboración, que consiste en aconsejar a la persona; la de codecisión, que requiere que se establezcan expresamente los ámbitos de actuación del asistente, ya sea conjunta

144 Insistió en la necesidad de diferenciar ambas figuras Som Fundació. Consulta pública previa de l'Avantprojecte de llei de modificació del Codi civil de Catalunya en matèria de suports.

o con el consentimiento de la persona asistida; y la asistencia representativa, que tiene carácter excepcional. Sobre esta última se hace constar en el Preámbulo que debe expresarse – aunque no lo especifica entendemos que en el acto de constitución- si comporta o no una limitación de facultades de la persona asistida y si el asistente requiere de autorización para determinados actos¹⁴⁵.

No deja claro el texto catalán ante qué tipo de representación estamos, en su caso. Entendemos que, de acuerdo al modelo social de la discapacidad, se ha de entender como criterio rector que quien presta el soporte lo hace en calidad de enlace entre la persona y el tercero con el que se relaciona jurídicamente, pero no decide por ella, limitándose su actuación a un acompañamiento en la toma de decisiones. Es la idea que se recoge en el art. 249 CC, donde se establecen los principios generales de actuación de apoyo, que a nuestro juicio lamentablemente, no tiene equivalente en el Anteproyecto.

La asistencia se extingue por: a) la voluntad de la persona concernida; b) la finalización del asunto para el que se constituyó; c) la desaparición de las circunstancias que la determinaron; d) el fallecimiento o declaración de fallecimiento o ausencia de la persona asistida o del asistente; e) la disolución o extinción de la persona jurídica a la que se ha encomendado la asistencia (art. 222-27). Añade el precepto la obligación del asistente de informar a la autoridad judicial sobre los cambios que haya tenido conocimiento y que puedan dejar sin alcance la asistencia, aunque este deber de información solo hace referencia a la asistencia constituida judicialmente, entendemos que debe ser extensible al resto de apoyos formales.

Respecto de la asistencia notarial se formaliza en escritura pública y requiere de un acta previa, salvo que se trate de una asistencia de mera colaboración (art. 222-28). El acta tiene por objeto acreditar las circunstancias personales que acreditan que, la asistencia que se pretende constituir es acorde a la voluntad, deseos y preferencias de la persona concernida (art. 222-28.2). En este sentido el Preámbulo establece que la finalidad del acta es preservar la intimidad de la persona concernida a fin de que en la escritura sólo conste lo que es importante para que la persona con discapacidad pueda actuar en el tráfico jurídico, sin aludir a otras circunstancias de ésta. En el punto tercero del artículo proyectado se permite consignar de forma separada las manifestaciones de las personas y profesionales de todo tipo, pudiendo incorporarse los informes que se consideren necesarios (entendemos, aunque no lo dice expresamente, que a criterio del notario). Añade el Anteproyecto que cuando se trate de una asistencia de representación debe incorporarse un inventario de bienes, salvo que la actuación del asistente se limite

145 (...) en la qual s'ha d'expressar si comporta una limitació de facultats de la persona assistida i si la persona que presta l'assistència necessita alguna autorització per a determinats actes”.

a determinados bienes que sean identificados. El acta debe cerrarse con una diligencia en la que la autoridad notarial declara que la persona asistida conoce suficientemente el alcance y las consecuencias de la designación. Por último, el proyectado art. 222-28 subraya que no será necesaria formalizar la escritura de constitución de la asistencia cuando el apoyo se requiera para un acto concreto o para el otorgamiento de un poder específico, bastando solo con el acta previa a la que debe hacerse referencia en el instrumento público en el que se formalice o ejecute.

La escritura de constitución se otorga por la persona concernida, en su caso con el apoyo de quien facilite la expresión de su voluntad y por la persona o personas designadas para prestar la asistencia (art. 222-29)¹⁴⁶. La autoridad notarial califica el tipo de asistencia atendiendo a la voluntad de la persona. En defecto de calificación se presume que es de colaboración; por el contrario, tanto en la asistencia de codecisión como en la representativa debe establecerse expresamente el ámbito de actuación del asistente. Por último, respecto de la revocación y modificación de la medida se propone que la asistencia constituida posteriormente (no especifica que sea notarial) sustituya a la anterior en todo aquello que la modifique o sea incompatible.

La subsección tercera, relativa a la asistencia judicial, no concreta en qué casos debe acudir a este tipo de medida de apoyo. En el primero de los artículos que proponen su regulación se hace referencia a que puede ser solicitada por cualquier persona mayor de edad, que requiera de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica. También regula el Anteproyecto la posibilidad de constituir la asistencia judicialmente cuando el apoyo sea requerido por una persona menor de edad no emancipada, mayor de diecisiete años, y se acredite que seguirá necesitando el apoyo al alcanzar la mayoría de edad (art. 222-32 CCcat).

Como novedad, se incorpora el plan de asistencia que debe presentarse cuando se solicita la constitución de la asistencia judicial. El plan se configura como un documento en el que constan los elementos que, de acuerdo a la voluntad de persona, deben tenerse en consideración en el momento de constituir la asistencia, con el fin de determinar su alcance y funcionamiento. Señala el Preámbulo la utilidad del plan cuando la medida ha sido solicitada por alguna de las personas legitimadas, puesto que se contribuye a delimitar la actuación del asistente, evitándose modelos de apoyo estandarizados. No obstante, el Anteproyecto propone el contenido del plan de asistencia que, en todo caso, debe respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona concernida (art. 222-33.I CCcat). En particular, en el plan se ha de indicar: a) la persona o personas propuestas para

¹⁴⁶ “L'escriptura de constitució de l'assistència s'atorga per la persona concernida, si escau amb el suport de qui faciliti l'expressió de la seva voluntat, i per la persona o persones designades per prestar l'assistència” (Art. 222-29).

prestar la asistencia; b) el alcance y funciones de la asistencia de acuerdo al art. 222-25, detallando los ámbitos y tipos de actos en los que se requiere el apoyo; c) el régimen de comunicación entre la persona que presta la asistencia y la persona asistida; d) las propuestas dirigidas a incrementar la autonomía de la persona asistida, siempre que sea posible; e) las salvaguardias que se estimen oportunas.

El plan de asistencia nos recuerda al plan de parentalidad introducido en 2010 en el Libro II del CCcat, que sirve para concretar la forma en que ambos progenitores ejercen las responsabilidades parentales. De hecho, encontramos similitudes respecto del contenido de ambos planes, como puede ser el régimen de comunicación o el alcance de las funciones en la asistencia y las tareas detalladas de las que debe responsabilizarse cada progenitor; con la salvedad de que del plan de parentalidad contribuye a la corresponsabilidad entre ambos progenitores y el plan de asistencia a garantizar el respeto a la voluntad de la persona concernida. En fin, aunque consideramos positiva su incorporación, en la medida en que puede contribuir al efectivo ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, al delimitar con detalle la forma en que ha de prestarse la asistencia en cada caso concreto, de alguna manera trae a la mente el paralelismo entre instrumentos de protección de personas menores y medidas de apoyo de personas con discapacidad, del que se debe huir en el nuevo modelo.

El art. 222-34 regula la designación de la persona que ha de prestar la asistencia. Para ello, establece el precepto que ha de tenerse en cuenta la voluntad, deseos y preferencias de la persona concernida. Cuando no sea posible conocer la voluntad de la persona, la designación debe basarse en la mejor interpretación posible de la voluntad de acuerdo con su trayectoria vital, añadiendo el precepto cualquier manifestación previa de voluntad en contextos similares, la información que tengan sus personas de confianza o cualquier consideración que pueda ser pertinente (art. 222-34.2 CCcat). Con carácter excepcional, mediante resolución motivada, pero a nuestro entender contraria a los principios rectores de la Convención, se propone que la autoridad judicial pueda prescindir de lo que ha manifestado la persona afectada. Para ello añade el precepto proyectado dos supuestos: que se acrediten circunstancias graves desconocidas por la persona, o que, habiendo designado a la persona propuesta por la concernida, se encuentre en una situación de riesgo de abuso, conflicto de intereses o influencia indebida; este último supuesto vuelve a evidenciar, a nuestro juicio, un poso de paternalismo con el que el texto catalán ha acometido la reforma. En este caso, la autoridad judicial puede designar a la persona del entorno familiar o comunitario que considere más idónea, siempre que no haya sido excluida por la persona asistida. Nos parece que, de esta forma, el Anteproyecto, a pesar de haberlo negado en la Exposición de Motivos, mantiene el principio del mejor interés de la persona, con el único límite de que el asistente no haya sido excluido expresamente. Aunque, a continuación, extiende

el principio del mejor interés a dos supuestos posibles: que no cuente con apoyos en su entorno, o que, de tenerlos, considere la autoridad judicial que no pueden asumir la asistencia de manera adecuada, pudiendo nombrar, en este caso, a una persona jurídica, pública o privada, sin ánimo de lucro, que pueda asumirla satisfactoriamente. En definitiva, entendemos que esta regulación contraviene una vez más los principios del modelo social de la discapacidad, pues antepone la deficiencia al reconocimiento de la capacidad jurídica. A esta opinión contribuye la regla según la cual la autoridad judicial puede tener en cuenta las propuestas de terceros (progenitores, cónyuge o conviviente en unión estable) que hubieran hecho en testamento o escritura pública (art. 222-34.5 CCcat), sin que se refleje de modo expreso, como creemos que se debería hacer, que estas propuestas deban respetar la voluntad o trayectoria vital de la persona.

En cuanto al contenido de la asistencia judicial, la resolución debe pronunciarse sobre la idoneidad del plan de asistencia propuesto en la solicitud. Este plan podrá ser modificado, de forma motivada, si la voluntad y las necesidades de la persona concernida lo requieren (art. 222-36.2 CCcat).

Por último, también con carácter excepcional, en los casos en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona, podrán determinarse los actos concretos en los que el asistente puede asumir la representación de la persona concernida, incluso si en estos actos se limitan sus facultades de actuar y el asistente requiere de autorización judicial (art. 222-36.3 CCcat). Nos preocupa a este respecto que el texto catalán no haya sido tan contundente como el estatal (art. 249 CC) sobre la forma en que han de prestarse los apoyos (art. 222-8 CCcat); a ello se suma la posibilidad de limitar las facultades de actuar de la persona concernida, algo que casa más con las instituciones propias de un sistema incapacitante que con un sistema de apoyos para el que, en principio, se acomete la reforma. A nuestro entender el problema está mejor resuelto por el legislador estatal que, en coherencia con los principios de la CDPD, se remite expresamente al art. 249 CC en los arts. 269, 270 y 282 CC¹⁴⁷, de forma que la actuación del curador no puede ser sustitutiva de la voluntad, debiendo respetar siempre la voluntad de la persona con discapacidad, incluso cuando ésta no pueda expresarla, pues tiene una historia vital a la que acudir para realizar una interpretación de su voluntad; igualmente, cuando la actuación del curador sea de representación y requiera de autorización judicial conforme al art. 287 CC, la función del juez no debe estar orientada al beneficio o no de la decisión, sino a que se esté respetando

147 Esta referencia expresa se incorporó en sede parlamentaria, aunque ha sido considerada innecesaria por un sector de la doctrina, por no mejorar técnicamente la medida, por estar debidamente regulado el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona a lo largo del texto de la norma. MUNAR BERNAT, P.: "Artículo 269 CC", en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por GARCÍA RUBIO y MORO ALMARAZ), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp.343-350, esp.350.

la voluntad, deseos y preferencias de la persona concernida conforme al art. 249 CC¹⁴⁸.

C) *Las medidas transitorias de protección y apoyo.*

Las medidas transitorias de protección y apoyo, reguladas en el capítulo III, incluyen los supuestos en los que la autoridad judicial nombra provisionalmente una persona que actúa como defensora judicial de la persona necesitada de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica, de forma similar a como lo hace la LAPD (arts.295-298 CC)¹⁴⁹. En particular, la autoridad judicial debe nombrar provisionalmente a una persona que actúe como defensora judicial en los casos establecidos en el art. 223-I proyectado: cuando lo exijan las circunstancias de la persona necesitada de apoyo, mientras se constituye la medida judicial de apoyo; cuando las personas designadas no puedan ejercitar o no ejerzan adecuadamente sus funciones, en tanto se designa a otra persona; cuando exista conflicto de intereses entre quien la persona que ejerce la medida de apoyo y la persona asistida; y en los demás casos determinados por la ley.

Tampoco en este punto el prelegislador catalán ha incorporado una remisión expresa al deber de respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad por parte de la autoridad judicial en la designación de la persona que actúe como “defensora judicial”. De nuevo contrasta con el legislador estatal, que sí establece que el nombramiento del defensor judicial por la autoridad judicial se lleve a cabo “una vez oída la persona con discapacidad” (art. 295 CC). Añade el precepto que la autoridad judicial puede nombrar a quien considere “más idóneo para respetar, comprender e interpretar la voluntad, deseos y preferencias” de la persona con discapacidad.

D) *Algunas cuestiones procesales y posible conflicto competencial.*

Como se ha comentado con anterioridad, y en virtud del art. 149.1.8ªCE, la LAPD resulta de aplicación a todo el Estado en la parte procesal, por lo que no es necesaria la adaptación de los ordenamientos civiles autonómicos en esta materia. No obstante, el Anteproyecto propone la regulación de la legitimación activa para solicitar la constitución de asistencia judicial mediante el procedimiento de jurisdicción voluntaria correspondiente. En este sentido, el art. 222-32 CCCat, además de reproducir la legitimación e intervención judicial del art. 757 LEC,

148 GARCÍA RUBIO, M.P.: “Contenido y significado”, cit.; MAYOR DEL HOYO, M.V.: “La incidencia”, cit., p.4.

MUNAR BERNAT, P.: “Artículo 287 CC”, en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M.P. GARCÍA RUBIO y M.J. MORO ALMARAZ), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp.433-442, esp.437.

149 Aunque se refiere a “mesuras transitoríes de protección i suport”, la persona designada actúa como defensora judicial. De ello parece deducirse que el legislador catalán rehúsa denominarlo expresamente “defensor judicial”, en los términos exactos que lo hiciera el legislador estatal, aunque le otorga una regulación similar a la contenida en la LAPD.

modificado por el art. 14.4 LAPD¹⁵⁰, amplía la legitimación activa a “qualsevol altra persona que presti un suport continuat a la persona concernida”. Cabría plantear, no obstante, si esta norma está suficientemente justificada por el art. 149.1.6ª CE en el punto en el que hace referencia a las especialidades que en el orden procesal se deriven de las particularidades de derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas, o si en realidad estamos ante un posible conflicto competencial. No obstante, que el tema de la legitimación activa siempre ha tenido una naturaleza híbrida sustantivo-procesal, que también podría justificar la presencia de la norma señalada. En otro orden de cosas, se puede plantear si esta misma norma no contradice uno de los hitos esenciales de la reforma: la pretendida desjudicialización, siempre que sea posible la provisión voluntaria del apoyo¹⁵¹.

Asimismo, el Anteproyecto prevé una disposición adicional segunda en la cual se establece el deber de los poderes públicos de promover la difusión de mecanismos de resolución alternativa de conflictos, como la mediación, entre otras, para evitar la incoación de procedimientos judiciales de carácter contencioso en la adopción de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica. En este sentido entendemos que, frente al binomio “Jurisdicción voluntaria-Jurisdicción contenciosa”, que no es respetuoso con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, sería recomendable derivar a una mediación el posible enfrentamiento de la persona con discapacidad con sus familiares, en relación a la designación del apoyo¹⁵². Al mismo tiempo que se contribuye a la necesaria desjudicialización en una sociedad excesivamente jurisdiccionalizada¹⁵³.

E) Régimen transitorio.

El cambio radical y complejo que conlleva la reforma hace necesario el establecimiento de normas transitorias para dar solución a las posibles colisiones que puedan darse entre el sistema sustitutivo de la voluntad y el nuevo modelo social de la discapacidad. En el caso del Anteproyecto, el régimen transitorio se contiene en cinco disposiciones que regulan los criterios a seguir sobre normativa aplicable en el momento en el que entre en vigor la propuesta. Respecto de las personas mayores de edad necesitadas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica se distinguen diversas situaciones teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde la entrada en vigor del Decreto ley 19/2021 pues, pese a que

150 PÉREZ MARTÍN, M.A.: “Artículo 757”, en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M.P. GARCÍA RUBIO y M.J. MORO ALMARAZ), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp.909-914.

151 CALAZA LÓPEZ, S.: “Hitos estructurales de la discapacidad”, *Actualidad Civil*, 2022, nº10, p. 5.

152 CALAZA LÓPEZ, S.: “Hitos estructurales”, cit., p.7.

153 BARONA VILAR, S.: *Masc, to be or not to be?: (medios adecuados de solución de conflictos en la justicia)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

ya se han revisado y adaptado numerosas medidas de apoyo al nuevo sistema, aún quedan muchas resoluciones por revisar.

La entrada en vigor del régimen previsto en el Anteproyecto conllevaría la instauración del nuevo régimen de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas mayores de edad. Con el propósito de facilitar el tránsito a la nueva regulación, se mantienen los plazos establecidos por la disposición transitoria segunda del Decreto ley 19/2021 que comenzarían a contar de nuevo.

De acuerdo con la disposición transitoria primera, se mantienen en los términos que fueran adoptadas por la autoridad judicial, las medidas de asistencia constituidas hasta la entrada en vigor del Decreto ley que no se hayan revisado de conformidad con lo establecido en los apartados 3 y 4 de la disposición transitoria segunda, sin perjuicio de la modificación judicial a instancia de la persona concernida o de quien le presta la asistencia, con el fin de adaptarlas a la nueva normativa.

La disposición transitoria segunda establece la posibilidad que tienen las personas legitimadas para solicitar la revisión de las medidas judiciales en vigor y, en su caso, aplicar el régimen de asistencia previsto en la nueva norma, así como con la obligatoriedad de que esta revisión se efectúe de oficio en un término máximo de 3 años.

La disposición transitoria tercera se refiere a las delaciones hechas por la persona para el caso de modificación judicial de la capacidad, que mantienen su eficacia y se aplican en caso de que se pida el nombramiento judicial de una persona para que asista al otorgante en el ejercicio de su capacidad jurídica. Para ello se remite a lo establecido en el art. 222-32 y concordantes del CCcat.

La disposición transitoria cuarta establece el régimen aplicable a los poderes preventivos, cualquier que sea la fecha de su otorgamiento, que quedan sujetos en cuanto a sus efectos y régimen de ejercicio a lo establecido en el Anteproyecto¹⁵⁴.

154 Se puntualiza en el Preámbulo, que con esta norma transitoria se quiere superar la disparidad de regímenes que ha existido hasta ahora. En los poderes otorgados desde 2011 había que hacer exclusión expresa a la necesidad de autorización judicial para determinados actos, mientras que los anteriores se regían exclusivamente por lo que hubiera dispuesto el poderdante. Por el contrario, para los poderes preventivos otorgados con posterioridad al 1 de enero de 2011, la autorización judicial no es necesaria si el poderdante no se ha manifestado al respecto, régimen por el que opta esta ley.

V. FUNDAMENTALES SIMILITUDES Y DIFERENCIAS DE LAS DOS REGULACIONES SUSTANTIVAS EN MATERIA DE APOYOS (ESTATAL Y CATALANA).

I. Constatación de la analogía o identidad de los objetivos y principios generales.

Como no podía ser de otra manera, tanto la reforma estatal como la catalana tratan de suscribir los principios rectores de la Convención, especialmente en lo que al derecho al apoyo se refiere, como obligación ineludible del art. 12 CDPD. Sin embargo, en ambos textos permanecen algunas ambigüedades. Así, por ejemplo, sigue sin dilucidarse si cabe o no el derecho a renunciar el apoyo. El legislador estatal no se pronunció al respecto y tampoco lo ha resuelto debidamente el Anteproyecto en su propuesta del art. 222-1, aunque sí se hacía inicialmente en el documento de bases elaborado por la Comisión de Codificación de Cataluña. En ambos casos se incorporan expresamente el reconocimiento de la capacidad jurídica de todas las personas mayores de edad, así como el derecho a acceder a medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica. Aunque el texto catalán añade que éste no puede suponer una limitación de la capacidad jurídica, lo que, en coherencia con la Convención, dejaría fuera cualquier imposición de la medida de apoyo en contra de la voluntad de la persona. Ello supondría, a nuestro juicio, un paso adelante respecto a los dados por el legislador estatal si no fuera porque en el art. 222.6 proyectado regula la voluntariedad del apoyo siempre que “no sigui el resultat d’una simptomatologia clínica que limita el ple coneixement de la seva situació i necessitats, am risc greu per a la seva persona o per als tercers”. En definitiva, traza el diseño del modelo médico-rehabilitador al excluir el carácter voluntario del apoyo cuando la voluntad sea resultado de una sintomatología clínica, contribuyendo a la perpetuación de un modelo que tanto la Convención como la LAPD pretenden derogar.

2. Examen comparativo del conjunto de medidas de apoyo previstas.

A) Analogías y diferencias en la tipología y nomenclatura.

En lo que se refiere a la nomenclatura elegida para la denominación de las figuras de apoyo, conviene resaltar que, en ambos casos, se ha optado por utilizar términos propios que ya existían en el ordenamiento jurídico, aunque se les ha dotado de un contenido distinto del que tuvieron en la regulación inmediatamente anterior a la LADP y en las normas que propone reformar el Anteproyecto¹⁵⁵.

¹⁵⁵ Sobre la conveniencia de usar o no una terminología nueva, en particular para evitar interpretaciones continuistas del precedente modelo proteccionista y sustitutivo de la voluntad, se ha pronunciado un sector de la doctrina, desde el convencimiento de que lo importante no es el cambio terminológico, sino la interpretación de las nuevas medidas de apoyo conforme a las normas de Derecho positivo que conforman el modelo social de la discapacidad (GARCÍA RUBIO, M.P.: “Artículo 250”, cit. y PRADOS GARCÍA, C.: “La guarda”, cit.).

El Anteproyecto catalán distingue entre apoyos formales y no formalizados, en función de que se constituyan en escritura pública, resolución judicial o tengan carácter fáctico, mientras que el legislador estatal distingue, además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial (art. 250 CC). Las medidas de apoyo constituidas vía notarial reciben la denominación de poderes preventivos en ambos casos, si bien, el legislador catalán incluye la asistencia notarial, que ya había sido incorporada por el Decreto-ley 19/2021, y que parece además la opción preferida. Respecto de las medidas que se constituyen mediante resolución judicial, el legislador estatal ha optado por mantener la denominación de la curatela y el defensor judicial, prescindiendo de la tutela, mientras que, en el caso catalán se suprime tanto la tutela como la curatela para prestar apoyo a personas adultas y se opta por el término de asistencia judicial, conservando, eso sí, la denominación del defensor judicial. Por el contrario, mientras que el legislador estatal mantiene la denominación de la guarda de hecho como apoyo informal, el Anteproyecto prescinde intencionadamente de esta terminología para personas mayores de edad, y opta por el reconocimiento genérico de apoyos no formalizados, en un sentido amplio. En definitiva, así quedaría el cuadro de clasificación de las figuras de apoyo:

Clasificación / Normativa	LAPD	Anteproyecto
Apoyos formales de origen notarial	Poder preventivo	Poder preventivo
		Asistencia notarial
Apoyos formales de origen judicial	Curatela	Asistencia judicial
	Defensor judicial	Defensor judicial
Apoyos informales	Guarda de hecho	Apoyos no formalizados

En cualquier caso, el uso de términos que ya existían en el sistema anterior, no debe dar pie a interpretaciones continuistas; aunque en ambos sistemas, el estatal y el catalán, se conserve la denominación, se regulan figuras distintas de acuerdo a la CDPD. Algo sobre lo que es preciso hacer especial hincapié, pues no son infrecuentes los intentos de interpretar las nuevas figuras de apoyo con la experiencia de las pretéritas de sustitución y protección de los llamados incapaces o incapacitados, propias del modelo médico pasado, práctica que es a todas luces incorrecta y que no puede llevar a resultados compatibles con la CDPD. Asimismo, en los casos en los que se apuesta por una terminología nueva, la ruptura entre el nuevo y el viejo sistema debe resolverse en la regulación de su contenido y no solo en la nomenclatura elegida.

B) Analogías y diferencias en las medidas espontáneas o no formalizadas.

Tanto la guarda de hecho prevista en la ley estatal como las medidas no formalizadas del legislador catalán tienen carácter informal o espontáneo, pues

estamos ante apoyos prestados en el ámbito social y familiar para el ejercicio de la capacidad jurídica. Este reconocimiento *post facto* de las medidas informales obedece tanto al reconocimiento de la realidad social que constata que es el ámbito de relaciones más íntimo de la persona, y en particular la familia, la sede más frecuente de apoyo de la persona con discapacidad, como a la pretendida desjudicialización de la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica. Sin embargo, ambos sistemas difieren en el modo de considerar esta situación fáctica pues, frente al carácter prioritario de la guarda de hecho respecto de otras medidas de apoyo que consagra el CC estatal, el Anteproyecto catalán prioriza el apoyo formal sobre el no formalizado cuando sean incompatibles.

Conviene recordar aquí que el texto catalán ha prescindido tanto de la institución como del término de la guarda de hecho para referirse a los apoyos informales, por considerar que la configuración de esta última responde a la de institución ligada a la protección de la persona y no a su apoyo. Los argumentos de este planteamiento se sustentan en la propia configuración de la medida de apoyo, al considerarse que es la persona guardadora quien decide llevar a cabo este cometido, cuando no exista otra medida de apoyo voluntaria o judicial que cubra estas necesidades¹⁵⁶; por nuestra parte, consideramos que esta interpretación de la guarda de hecho no comulga con el espíritu de la Convención y obedece a un prejuicio basado en los rasgos de la antigua guarda de hecho. En definitiva, aunque probablemente lo mejor sería la adopción de un nuevo término para las medidas informales de apoyo para evitar interpretaciones continuistas entre la antigua y la nueva medida de apoyo, no estamos de acuerdo con los argumentos referidos, pues no creemos que esa sea la manera acertada de interpretar la guarda de hecho en la LAPD; baste recordar la forma en que el guardador de hecho debe prestar el apoyo: conforme al principio de respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. Se trata de un principio que también obliga a la autoridad judicial, tanto en el reconocimiento de la guarda de hecho, como en las solicitudes de autorización para la toma de decisiones del art. 287CC, debiendo limitarse su actuación a la constatación de la voluntad, deseos y preferencias de la persona necesitada de apoyo¹⁵⁷.

En ambas regulaciones las funciones de la persona que presta el apoyo tienen como regla general carácter asistencial y no representativo, aunque el guardador de hecho del modelo estatal puede asumir funciones representativas para actos concretos, en los términos previstos en el art. 264 CC, para los que tendrá que obtener autorización judicial *ad hoc* (art. 287 CC), con la excepción de actuaciones de escasa trascendencia económica o solicitud de prestaciones (art. 264 CC). Por

156 SOLÉ RESINA, J.: "Apoyos informales", cit.

157 PRADOS GARCÍA, C.: "La guarda", cit.

el contrario, el Preámbulo del Anteproyecto excluye de estas funciones a quienes prestan apoyos no formalizados, para la existencia de las cuales se requiere de la formalización de un poder representativo o de la constitución de la asistencia.

En ambos sistemas, los apoyos espontáneos no son exclusivos del ámbito familiar, social o comunitario, sino que, también pueden ser prestados por entidades públicas o privados en los casos en los que la persona concernida no cuente con ellos en su entorno. En este sentido se pronuncia expresamente el Anteproyecto (art. 222-II), cosa que no hace la LAPD, que sí impide que ejerciten medidas de apoyo quienes tengan una relación contractual o presente servicios asistenciales o residenciales a la persona que precisa el apoyo (art. 250 CC). Interpretado literalmente, este último precepto contiene una salvaguardia que resulta incoherente con el respeto a la voluntad de la persona, principio rector de la reforma; no obstante cabe una interpretación que haga una reducción teleológica de la norma limitando “la prohibición del último párrafo del art. 250 CC a las medidas de apoyo que no sean de origen voluntario”¹⁵⁸, de forma que podrían prestar apoyo en calidad de guardadores de hecho tanto el titular de un centro asistencial o residencial, así como el cuidador profesional a domicilio, cuando así lo decida la persona con discapacidad¹⁵⁹. En definitiva, aunque en la mayoría de los casos la guarda de hecho suele ser ejercida por un familiar o allegado de la persona que precisa el apoyo, nada impide que también en el sistema estatal este apoyo informal se preste por una persona jurídica, de carácter público o privado, e incluso un ente sin personalidad, algo que el texto catalán ha resuelto mejor que el legislador estatal.

Por último, la guarda de hecho se extingue a instancia de la persona concernida, cuando desaparezcan las causas que la motivaron y cuando el guardador desista de su actuación; en el último supuesto el guardador debe ponerlo en conocimiento de la entidad pública que tenga encomendada las funciones de promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad. También la guarda de hecho se puede extinguir cuando, a solicitud del Ministerio Fiscal o de quien se interese por ejercer el apoyo de la persona, la autoridad judicial lo considere conveniente. En este mismo sentido se pronuncia el Anteproyecto catalán, que añade la adopción de otras medidas de carácter formal que sean incompatibles (art. 222-13).

C) Analogías y diferencias en las medidas voluntarias.

Tanto el Anteproyecto como la LAPD exigen el requisito de escritura pública en la constitución de las medidas voluntarias. Aunque este requisito no

¹⁵⁸ GARCÍA RUBIO, M.P.: “Artículo 250”, cit., p.228.

¹⁵⁹ PRADOS GARCÍA, C.: “La guarda”, cit.

es del todo acorde al concepto amplio de apoyo regulado por la Convención ni con las recomendaciones europeas¹⁶⁰, debe encontrarse su fundamento en la configuración del notario como medida de apoyo institucional y en la mayor garantía que esto supone. De forma que, además de dar fe de la emisión de un consentimiento válido, realiza una labor de averiguación de la voluntad e intenta que la persona con discapacidad pueda expresarla con los apoyos que precise (art. 25 LN), asesorándola para que pueda realizar el acto o negocio jurídico en cuestión de la manera más acorde a su voluntad, deseos y preferencias. Por ello, resulta contradictorio que el Anteproyecto proponga que sea el apoderado quien manifieste, bajo su responsabilidad, si el poderdante tiene la "aptitud" necesaria para conocer el alcance de su actuación en el supuesto del poder con efectos inmediatos, exigencia a todas luces contrario a la CDPD, con lo que la figura del notario queda relegada a un segundo plano, frente al papel que le otorga la LAPD como verdadero apoyo institucional para las personas con discapacidad que precisan de apoyo. Algo que, por el contrario, no ocurre con la asistencia notarial diseñada en el Anteproyecto, en la que al notario le corresponde la calificación del tipo de asistencia, para lo que debe atender a la voluntad de la persona concernida (art. 222-29) y establecer expresamente el ámbito de actuación del asistente.

Conviene resaltar aquí que, mientras que la LAPD, en coherencia a la CDPD, no incluye reglas de capacidad para otorgar el poder, más allá de la exigencia de la mayoría de edad o emancipación del otorgante (art. 255 CC), en el Preámbulo del Anteproyecto se parte de una situación en la que el poderdante disfruta de la capacidad natural para expresar su voluntad y deseos, fórmula que cuestiona el concepto de capacidad jurídica de la Convención, al tiempo que contribuye a interpretaciones continuistas del modelo médico-rehabilitador de la discapacidad.

En cuanto al contenido del poder, en los dos casos se ha optado por no imponer un contenido mínimo, con el propósito de alejarse de poderes estandarizados. De forma que tanto la LAPD como el Anteproyecto permiten que la persona con discapacidad otorgue un poder preventivo de carácter general que abarque todas las materias de índole personal y patrimonial (art. 259 CC y art. 222-17 Anteproyecto). Si bien, cuando el poder comprenda todos los negocios del

160 La Recomendación CM/Rec (2009)11, de 9 de diciembre de 2009, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre los principios relativos a las autorizaciones permanentes y las directivas anticipadas relacionadas con la incapacidad, recomienda a los gobiernos de los Estados miembros la promoción de la autonomía de la voluntad de los adultos a través de instrumentos otorgados en previsión de una eventual futura incapacidad, al tiempo que enfatiza la exigencia de que tales instrumentos tengan prioridad sobre cualesquiera otras medidas de protección. Si bien, no exige el requisito formal de escritura pública, limitándose a señalar en el principio 8 de la Recomendación que los Estados deben considerar la introducción de certificación, registro y/o notificación en el momento de su otorgamiento, su revocación, su entrada en vigor o su término. Ello ha conllevado un tratamiento dispar por los ordenamientos jurídicos europeos, desde los requisitos formales y de publicidad menos exigentes adoptados por Alemania y Suiza a los exigidos por legislador estatal en la LAPD y, ahora, el catalán en el Anteproyecto. Sobre esta cuestión GARCÍA RUBIO, M.P.: "Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio", *Revista de Derecho Civil*, 2018, vol. 5, n°3, pp.29-60.

otorgante, la LAPD remite a las reglas de la curatela en todo aquello no previsto en el poder; salvo que, claro está, el poderdante haya determinado otra cosa (art. 259 CC).

El poder puede, igualmente, incluir el régimen de actuación del apoyo, pero el alcance de sus facultades, así como la forma de su ejercicio, deben prestarse según la voluntad del poderdante. En este sentido, la LAPD es contundente en el art. 249 CC, al que se remite el art. 258 CC cuando regula el establecimiento de las facultades del poderdante o de las posibles salvaguardas. Por el contrario, el principio rector de respeto a la voluntad, deseos y preferencias no queda tan claro en el Anteproyecto que establece que el apoderado debe actuar con la diligencia establecida en el otorgamiento y, si no se ha establecido, con lo exigible a una persona razonable, de acuerdo con sus circunstancias personales o profesionales (art. 222-18), permitiéndole, con carácter excepcional, delegar funciones para un asunto determinado.

La LAPD incorpora, como novedad, la posibilidad de coexistencia entre los poderes preventivos y otras medidas de apoyo, tanto voluntarias como judiciales, siempre que sean compatibles (art. 258 CC). Asimismo, determina el carácter prioritario de las medidas voluntarias en el art. 255 CC cuando prevé las medidas judiciales con carácter supletorio o complementario, es decir, solo en defecto de medida voluntaria o guarda de hecho suficiente. Por el contrario, el Anteproyecto propone que el poder mantenga su validez mientras no sea modificado por otras medidas de apoyo de carácter formal. Conviene preguntarse aquí si se está pensando en la revocación del poder por otro, que resulta incompatible, o si se refiere exclusivamente a la asistencia judicial.

D) Analogías y diferencias en las medidas formalizadas no voluntarias. ¿Hacia una mayor desjudicialización de los apoyos?

Tanto la curatela como la asistencia judicial se constituyen en resolución motivada de la autoridad judicial. En el caso de la LAPD, la curatela tiene carácter subsidiario, constituyéndose cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad" (art. 269 CC). Hasta tal extremo que si en la comparecencia del expediente de provisión de apoyos, la persona con discapacidad opta por otra medida de apoyo, se pone fin al expediente (art. 42bis b) 3 LJV). Por el contrario, el Anteproyecto no concreta cuándo debe acudirse a este tipo de asistencia. Recordemos que el proyectado art. 222-32 permite a cualquier persona, mayor de edad y que requiera apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica, solicitar la constitución de la asistencia judicial. Lo que nos lleva a preguntarnos por los motivos que llevarían a una persona a solicitar la constitución judicial cuando puede designar a un asistente notarialmente. Asimismo, esta propuesta también entra en contradicción con el deber de la autoridad judicial de informar a la persona

concernida acerca de las alternativas existentes para obtener el apoyo que precisa, bien mediante su entorno social o comunitario, o bien a través de medidas de apoyo voluntario (art. 42 bis b) 3 LJV). En definitiva, la figura del asistente judicial propuesto no contribuye a la pretendida desjudicialización.

Del mismo modo, tanto la curatela como la asistencia judicial, tienen carácter asistencial y solo excepcionalmente representativo. En ambos casos la resolución judicial debe concretar los actos en los que cabe la representación del curador o del asistente, para los que debe solicitar autorización judicial (art. 287 CC y 222-36.3). Sin embargo, el legislador estatal no deja lugar a las limitaciones de la representación sustitutiva de la voluntad, pues incluso en los casos excepcionales en los que tiene cabida, la persona que presta el apoyo debe atender al respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, o a su trayectoria personal cuando la voluntad no pueda determinarse (art. 249 CC). Por el contrario, la propuesta catalana incorpora la posibilidad de representación enteramente sustitutiva, incluso sin carácter extraordinario, alejándose con ello del modelo social de la discapacidad¹⁶¹.

En cambio, valoramos positivamente el plan de asistencia que incorpora como novedad el Anteproyecto catalán. Este documento, configurado de acuerdo a la voluntad de la persona, debe tenerse en consideración en el momento de constituir la asistencia judicial, con el fin de determinar el alcance y funcionamiento de esta medida de apoyo. En el plan se indica no solo a la persona propuesta para prestar asistencia, sino que se detalla el alcance de sus funciones, las salvaguardias consideradas oportunas o aquellas sugerencias dirigidas a incrementar la autonomía de la persona asistida, por lo que podría contribuirse con este documento a la prestación responsable y respetuosa de la asistencia judicial.

Respecto de la pretendida desjudicialización de los nuevos regímenes, la reforma procesal de la LAPD distingue dos modalidades jurisdiccionales para la provisión de apoyos: la voluntaria -regulada en la LJV- y la contenciosa -regulada en la LEC. Esta dualidad jurisdiccional ha sido objeto de crítica por la doctrina, que considera que, además de errónea e ineficiente¹⁶², es incoherente con el modelo social de la discapacidad¹⁶³, pues el procedimiento voluntario se transforma en contencioso cuando sobrevenga una manifiesta oposición. En consecuencia, se considera que carece de sentido someter a la persona con discapacidad -la misma que puede elegir un apoyo voluntario (espontáneo o formalizado)-, a un

¹⁶¹ Art. 222-4 Abast del support (Anteproyecto).

¹⁶² ROCA MARTÍNEZ, J.M.: "Sistemas procesales para la provisión de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: Dualidad de proceso contencioso-expediente de Jurisdicción Voluntaria", en AA.VV.: *Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por DE LUCHI LÓPEZ-TAPIA y QUESADA SÁNCHEZ), Atelier, Barcelona, 2022, p.599.

¹⁶³ CALAZA LÓPEZ, S.: "Incógnitas procesales", cit., p. 65.

expediente voluntario primero y a uno contencioso después, ante la manifestación de una oposición. O por lo menos, no resulta posible encontrarlo, más allá de razones de orden público y seguridad jurídica, en las que resulte conveniente la supervisión judicial de peticiones de apoyo que puedan resultar cuestionables¹⁶⁴.

Por último, conviene recordar que la disposición adicional segunda del Anteproyecto remite al deber de los poderes públicos de promover los mecanismos de resolución alternativa de conflictos, como la mediación, y ello pese al silencio que guarda la LAPD en su reforma de la LJV y la LEC. El desarrollo de soluciones extrajudiciales de conflictos no solo contribuiría a una mayor desjudicialización de los apoyos, sino a una Justicia más cercana, accesible, flexible y adaptable a las necesidades de la persona con discapacidad¹⁶⁵.

164 Insiste en esta idea, sosteniendo que todas las tramitaciones amistosas deberían quedar totalmente desjudicializadas, fuera incluso de la jurisdicción voluntaria, para evitar esta insostenible y despiada dualidad procesal por la que habrán de transitar algunas personas con discapacidad para operar en el tráfico jurídico, CALAZA LÓPEZ, S.: "Hitos estructurales", cit., p.5.

165 En un sentido amplio, los MASC están dirigidos a alcanzar la paz social y la tutela de la ciudadanía. BARONA VILAR, S.: *Masc, to be or not to be?: (medios adecuados de solución de conflictos en la justicia)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ LATA, N.: "El impacto de la reforma sobre el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el Derecho civil de Galicia. Cambios pendientes e interpretaciones necesarias en la aplicación de la Ley 2/2006, de 14 de junio", *Cuadernos de Derecho Privado*, 2023, vol.3, n°6, pp.10-44.

BACH, M.: "Perder la capacidad jurídica y el poder sobre la vida personal: la alternativa de la capacidad para la toma de decisiones", en AA.VV.: *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos* (ed. por BACH y ESPEJO YAKSIC) Suprema Corte de la Nación, México, 2022, pp.29-56.

BARONA VILAR, S.: *Masc, to be or not to be?: (medios adecuados de solución de conflictos en la justicia)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

BLANDINO GARRIDO, A.: "El defensor judicial de la persona con discapacidad", en AA.VV.: *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, (dir. por Y. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA y A.J. QUESADA SÁNCHEZ), Atelier, Barcelona, 2022, pp.401-460.

BOOTH GLEN, K.: "Introducing a new human right: learning from others, bringing legal capacity home", *Columbia Human Rights Review*, 2018, pp.2-98.

CALAZA LÓPEZ, S.: "Hitos estructurales de la discapacidad", *Actualidad Civil*, 2022, n°10.

- "Expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de discapacidad: ¿era necesario confeccionar tantos trajes a medida procesales para único abrigo sustantivo?", en AA.VV.: *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por Y. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA y A.J. QUESADA SÁNCHEZ), Atelier, Barcelona, 2022, pp.617-643.

- "Incógnitas procesales persistentes en el nuevo escenario sustantivo de la discapacidad", *Revista de Derecho Civil*, 2022, vol. IX, núm.3, pp.53-85.

COURTIS, C.: "Dos pasos adelante y algún mareo. La reforma constitucional española en materia de derechos de las personas con discapacidad a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos", *Revista de Derecho Civil*, 2024, vol. XI, n°1, pp.1-31.

CUADRADO SOLER, J.: "La adaptación del Código Civil de Cataluña a 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", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2022, Año n°98, n°790, pp.1166-1194.

CUENCA GÓMEZ, P.: "Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos humanos", *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, octubre-diciembre, 2012, pp.103-307.

DE SALAS MURILLO, S.: "¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2020, año nº96, nº780, pp.2227-2268.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "La guarda de hecho de las personas con discapacidad a la luz de la reciente jurisprudencia sobre la materia", *Diario La Ley*, 2022, nº10168.

- "Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad", *Diario La Ley*, 2022, nº10021.

DONADO VARA, A.: "La curatela como clave del sistema de apoyos", en AA.VV.: *Retos de la justicia civil indisponible: infancia, adolescencia y vulnerabilidad* (dir. por S. CALAZA LÓPEZ y E. PILLADO GONZÁLEZ), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp.119-148.

FÁBREGA RUIZ, C. F.: "La nueva visión de la guarda de hecho a la luz del nuevo régimen jurídico de protección de la discapacidad", en AA.VV.: *La reforma de la discapacidad. Comentarios a las nuevas reformas legislativas* (coord. por A. CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, F. CABELLO DE ALBA JURADO y C. PÉREZ RAMOS), Fundación Notariado, 2022, pp.721-748.

FERRER VANRELL, M. P.: "La competencia legislativa del Parlamento de las Illes Balears y su ejercicio, Ex art.30.27 EAIB", *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, 2017, nº18, pp.223-234.

GARCÍA GOLDAR, M.: "Artículo 295 CC", en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M.P. GARCÍA RUBIO y M.J. MORO ALMARAZ), Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2022, pp.465-470.

GARCÍA RUBIO, M. P.: *Introducción al Derecho civil*, Cálamo, 2002.

- "La competencia del legislador gallego sobre derecho civil tras la sentencia del Tribunal Constitucional 133/2017, de 16 de noviembre, ¿Interpretación del artículo 149.1.8ªCE asimétrica o sencillamente discriminatoria?", *Foro Galego*, 2018, nº205, pp.9-39.

- "La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 2018, tomo 58, pp.143-192.

-“Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio”, *Revista de Derecho Civil*, 2018, vol. 5, nº3, pp.29-60.

- “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, los operadores jurídicos gallegos y el futuro del Derecho civil de Galicia”, en AA.VV.: *La Constitución española y los derechos civiles españoles cuarenta años después: su evolución a través de las sentencias del Tribunal Constitucional* (coord. por M.C. BAYOD LÓPEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp.141-178.

- “Incertidumbre y alguna cosa más en la interpretación constitucional del poder normativo sobre la materia civil. Comentario a la STC 132\2019, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra determinados artículos de la Ley 3\2017, de 15 de febrero, del Libro VI del CCCat”, *Revista de Derecho Civil*, 2019, vol. VI, núm. 4, pp. 1-43.

- “Notas sobre el propósito y el significado del anteproyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, en AA.VV.: *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad* (coord. por M.C. GETE-ALONSO CALERA), Marcial Pons, Madrid, 2020, pp.39-62.

- “Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad”, *SEPIN. Familia y sucesiones: cuaderno jurídico*, 2021, nº136, sp.

- “Artículo 250 Código Civil”, en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M.P. GARCÍA RUBIO y M.J. MORO ALMARAIZ), Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2022, pp.221-237.

- “Variaciones sobre la reforma con discapacidad. Las resistencias y la reconstrucción de la voluntad”, en AA.VV.: *Debates en torno a la contractualización del Derecho de familia y la persona* (dir. por M.P. GARCÍA RUBIO y M. OTERO CRESPO) Colex, A Coruña, 2023, pp.337-364.

GARCÍA RUBIO, M.P. y TORRES COSTAS, M. E.: “Primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo en aplicación 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”, *ADC*, 2022, tomo LXXV, fasc. I, pp.279-334.

GONZÁLEZ RIVAS, J.J.: “La reforma del artículo 49 de la Constitución Española”, en AA.VV.: *La reforma de la discapacidad: comentarios a las nuevas reformas legislativas* (coord. por A. CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, F. CABELLO DE ALBA JURADO y C. PÉREZ RAMOS, vol.I, Tomo I, Fundación Notariado, 2022, pp.213-227.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "Artículo 249 CC", en AA.VV.: *Comentarios a la ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por Cr. GUILARTE MARTÍN CALERO), Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2021, pp.512-526.

LÓPEZ AZCONA, A.: "El sistema de apoyos a las personas con discapacidad en derecho aragonés", *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2022, nº17, pp.2386-4567.

LORA-TAMAYO VILLACIEROS, M. y PÉREZ RAMOS, C.: "La guarda de hecho tras la nueva regulación de la Ley 8/2021", *El Notario del Siglo XXI*, nº100, 2021.

MARULLO, M. C.: "La jurisdicción universal española en la STC 140/2018, de 20 de diciembre", *Revista Española de Derecho Internacional*, 2019, vol. 71, núm. 2, p. 311-318.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: "La observación general primera del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad: ¿interpretar o corregir?», en AA.VV.: *Un nuevo derecho para las personas con discapacidad* (dir. por CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA y PÉREZ GALLARDO), Olejnik, 2021, pp.85-112.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.; PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. y PARRA LUCÁN, M.A.: *Curso de Derecho civil. Derecho privado y derechos subjetivos*, tomo I, vol. I, Edisofer, 2022.

MAYOR DEL HOYO, M.V.: "La incidencia de la reforma estatal del Derecho civil en materia de capacidad en los Derechos civiles territoriales (I)", *Diario La Ley*, 2021, nº9859.

MORO ALMARAZ, M.J.: "Artículos 256, 257, 258, 259, 260, 261 y 262", en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M.P. GARCÍA RUBIO y M.J. MORO ALMARAZ), Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2022, pp.269-294.

MUNAR BERNAT, P.A.: "Los derechos de las personas con discapacidad en el Derecho Civil del siglo XXI", *Revista jurídica de les Illes Balears*, 2022, nº22.

- "Artículo 269 CC", en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por GARCÍA RUBIO y MORO ALMARAZ), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp.343-350.

- "Artículo 287 CC", en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M.P. GARCÍA RUBIO y M.J. MORO ALMARAZ), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp.433-442.

MUÑOZ CALVO, A.: "El guardador de hecho y la protección de las personas con discapacidad. Una muy acertada Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública", *Diario La Ley*, 2024, n°10472.

NIETO ALONSO, A.: "Artículo 265", en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M.P. GARCÍA RUBIO y M.J. MORO ALMARAZ), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp.311-324.

NÚÑEZ ZORRILLA, M.C.: "Los motivos que han originado la regulación de la asistencia como medida de protección del discapacitado psíquico alternativa al procedimiento judicial de incapacitación", *Familia: Revista de ciencias y orientación familiar*, 2012, n°45 pp.101-186.

NÚÑEZ ZORRILLA, M.C.: *La asistencia: la medida de protección de la persona con discapacidad psíquica alternativa al procedimiento judicial de incapacitación*, Dykinson, Madrid, 2014.

PALAZÓN GARRIDO, M.L.: "El Derecho civil", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil I. Parte General y Derecho de la Persona* (coord. por F.J. SÁNCHEZ CALERO, Tirant lo Blanch, Valencia, pp.31-54.

PEREA GONZÁLEZ, A., GARCÍA RUBIO, M.P., SEGARRA CRESPO, M.J., CERRADA LORANCA, C., LABRADOR GIMENO, I., DE PRADA RODRÍGUEZ, M., FUSTER BLAY, M.: "Diálogos para el futuro judicial XXXVI. La Ley 8/2021, de 2 de junio, y la reforma de la capacidad civil", *Diario la ley*, 2021, n°9980.

PEREA GONZÁLEZ, A.; GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, J.; DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y.; GONZÁLEZ-PERABÁ MIRALLES, J.; RODRIGO, P.; FUSTER BLAY, M.: "Diálogos para el futuro judicial LXXVIII. Discapacidad y Derecho: tres años después de la Ley 8/2021, de 2 de junio", *Diario LA LEY*, 2024, n°10476.

PÉREZ MARTÍN, M.A.: "Artículo 757", en AA.VV.: *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por M.P. GARCÍA RUBIO y M.J. MORO ALMARAZ), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp.909-914.

PRADOS GARCÍA, C.: *El ingreso involuntario en el contexto de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad*, Dykinson, Madrid, 2023.

- "La guarda de hecho. Misma denominación, pero distinto modelo", *Revista de Actualidad Civil*, marzo, 2023.

QUESADA SÁNCHEZ, A.J.: "Propuestas para reflexionar sobre discapacidad intelectual, enfermedad mental y nueva sensibilidad social y legal en cuestiones de capacidad jurídica", *Actualidad Civil*, 2022, nº7-8.

ROCA MARTÍNEZ, J.M.: "Sistemas procesales para la provisión de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: Dualidad de proceso contencioso-expediente de Jurisdicción Voluntaria", en AA.VV.: *Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. por DE LUCHI LÓPEZ-TAPIA y QUESADA SÁNCHEZ), Atelier, Barcelona, 2022.

ROCA TRÍAS, E.: "La postcodificación civil: la unidad de Códigos, una política muerta", *Anuario de historia del derecho español*, 2012, nº82, pp.176-200.

RUF I AIXÁS, J. y Tresserras Basela, J.: "Nuevas medidas de protección legal de personas con discapacidad: la asistencia", *REDIS*, 2015, vol. 3, nº1, pp.193-210.

SANTOS URBANEJA, F.: "La razonable desjudicialización de la discapacidad", en *La reforma de la discapacidad. Comentarios a las nuevas reformas legislativas* (coord. por A. CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, F. CABELLO DE ALBA JURADO y C. PÉREZ RAMOS, vol.I, Fundación Notariado, 2022, pp.687-720.

SOLÉ RESINA, J.: "Apoyos informales o no formalizados al ejercicio de la capacidad jurídica y la guarda de hecho", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 2021, nº31, pp.18-83.

- "La reforma del derecho catalán en materia de discapacidad", *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2022, nº17, pp. 122-149.

TORRES COSTAS, E.: *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020.

RESOLUCIONES JUDICIALES

JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

SJPI núm. 9 de Castellón 371/2021, de 23 de septiembre. ECLI: ES: JPI: 2021: 1530.

Auto nº759/2022, de 18 de julio, Jutjat de Primera Instància núm. [...] de Girona. N.I.G. 11707942120228196127

Auto nº326/2022, de 2 de noviembre, Secció Civil. Jutjat de Primera Instancia e Instrucció núm [...] d'Olot (UPSD Civil). N.I.G. 1711442120228129909

Auto nº444/2022, de 28 de noviembre. Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº [...] de Olot (UPAD Civil I). N.I.G. 1711442120228175960.

Auto nº287/2022, de 12 de diciembre, Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº [...] de Blanes. N.I.G.11702342120228122402

Auto nº44/2023, de 31 de enero, Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº [...] de Puigcerdá (UPSD). N.I.G. 17141421202283339401

Auto nº273/2023, de 30 de mayo. Juzgado de Primera Instancia nº6 de Girona (ant.CI-7). N.I.G. 1707942120228375620.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP de Álava 603/2022 de 11 de abril (NIG CGPJ / IZO BJKN: 01059.42.1-2021/0006688).

SAP de Palma de Mallorca 465/2021 de 5 de octubre (ECLI: ES: APIB: 2021: 2333)

SAP Navarra, de 28 de octubre de 2021 (ECLI:ES:APNA:2021:2154).

SAP de Pontevedra 445/2021, de 28 de octubre. ECLI: ES: APPO: 2021: 2457.

SAP Castellón de la Plana 331/2022, de 17 de marzo. ECLI:ES:APCS:2022:331.

SAP B 4504/2022, de 20 de abril (ECLI: ES: APB: 2022: 4504).

SAP de Barcelona, de 28 de abril -ECLI: ES: APB: 2022:4724

SAP Barcelona nº102, de 24 de mayo de 2022. ECLI: ECLI:ES:APB:2022:5995.

Auto nº103/2023, de 21 de abril. Sección nº01 Civil de la Audiencia Provincial de Girona (UPSD AP Civil Sec. 01) N.I.G. 1707942120228010204

Auto nº103/2023, de 21 de abril. Sección nº01 civil de la Audiencia Provincial de Girona (UPSD AP Civil Sec.01). N.I.G. 1707942120228010204

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

Auto nº185/2022, de 19 de diciembre del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sala de lo Civil y Penal.

Auto nº103/2023, de 21 de abril. Sección nº01 civil de la Audiencia Provincial de Girona (UPSD AP Civil Sec.01). N.I.G. 1707942120228010204.

TRIBUNAL SUPREMO

STS 589/2021, de 8 de septiembre de 2021. Roj: STS 3276/2021 – ECLI:ES:TS:2021: 3276. Ponente: Ignacio Sancho Gargallo.

STS 1443/2023, de 20 de octubre de 2023. Roj: STS 4212/2023-ECLI:ES:TS:2023:4212. Ponente: Ignacio Sancho Gargallo.

STS 1444/2023, de 20 de octubre de 2023 – Roj: STS 4129/2023 - ECLI: ES: TS: 2023: 4129. Ponente: María de los Ángeles Parra Lucán.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 88/1993. Pleno. Sentencia 88/1993, de 12 de marzo. Recurso de inconstitucionalidad 1392/1988. Promovido por el Gobierno de la Nación contra la Ley de las Cortes de Aragón 3/1988, de 25 de abril, sobre equiparación de los hijos adoptivos. Votos particulares. Pleno. BOE nº90, de 15 de abril de 1993.

STC 82/2016. Pleno. Sentencia 82/2016, de 28 de abril. Recurso de inconstitucionalidad 9888-2007. Interpuesto por el Presidente del Gobierno respecto de la Ley de las Cortes Valencianas 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano. Competencias en materia de Derecho civil: Ley autonómica dictada en materia no integrada en el acervo normativo o consuetudinario del Derecho civil histórico valenciano. Voto particular. BOE nº131, de 31 de mayo de 2016.

STC 110/2016. Pleno. Sentencia 110/2016, de 9 de junio. Recurso de inconstitucionalidad 4522-2013. Interpuesto por el Presidente del Gobierno respecto de la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas de la Comunitat Valenciana. Competencias en materia de Derecho civil: nulidad de los preceptos legales autonómicos que establecen el objeto y ámbito de aplicación de la Ley, proclaman el principio de libertad de regulación de la convivencia y regulan el régimen económico y los efectos de la extinción de la unión de hecho formalizada. Voto particular. BOE nº170, de 15 de julio de 2016.

STC 192/2016. Pleno. Sentencia 192/2016, de 16 de noviembre. Recurso de inconstitucionalidad 3859-2011. Interpuesto por el Presidente del Gobierno respecto de la Ley de las Cortes Valencianas 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Competencia sobre Derecho civil: nulidad de la Ley autonómica dictada en materia no integrada en el acervo normativo o consuetudinario del Derecho civil histórico valenciano. Voto particular. BOE nº311, de 26 de diciembre.

STC 95/2017. Pleno. Sentencia 95/2017, de 6 de julio. Recurso de inconstitucionalidad 2465-2016. Interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 19/2015, de 29 de julio, de incorporación de la propiedad temporal y de la propiedad compartida al libro quinto del Código civil de Cataluña. Competencias sobre derecho civil: constitucionalidad de la regulación autonómica de la propiedad temporal. BOE N°191, de 11 de agosto de 2017.

STC 133/2017. Pleno. Sentencia 133/2017, de 16 de noviembre. Recurso de inconstitucionalidad 2845-2007. Interpuesto por el Presidente del Gobierno respecto de los artículos 27 a 45 de la Ley del Parlamento de Galicia 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia. Competencias sobre derecho civil: nulidad de los preceptos legales autonómicos que regulan la adopción y la autotutela. Votos particulares. BOE nº308, de 20 de diciembre de 2017.

STC 40/2018. Pleno. Sentencia 40/2018, de 26 de abril. Recurso de inconstitucionalidad 572-2008. Interpuesto por el Presidente de Gobierno respecto de los artículos 15 y 16 de la Ley Foral 14/2007, de 4 de abril, del patrimonio de Navarra. Competencias sobre derecho civil: constitucionalidad de los preceptos legales forales que regulan el destino de bienes mostrencos (inmuebles vacantes y saldos y depósitos abandonados). Voto particular. BOE nº130, de 29 de mayo de 2018.

STC 41/2018. Pleno. Sentencia 41/2018, de 26 de abril. Recursos de inconstitucionalidad acumulados 6868-2011 y 2037-2014. Interpuestos por el Presidente del Gobierno en relación con la disposición adicional sexta de la Ley

5/2011, de 10 de marzo, del patrimonio de Aragón, y la disposición adicional sexta del texto refundido de la Ley de patrimonio de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 4/2013, de 17 de diciembre. Competencias sobre derecho civil: constitucionalidad de las disposiciones legales autonómicas que regulan el destino de fincas procedentes de procesos de concentración parcelaria que carezcan de dueño conocido. Voto particular. BOE nº130, de 29 de mayo de 2018.

STC 7/2019. Pleno. Sentencia 7/2019, de 17 de enero. Recurso de inconstitucionalidad 4751-2017. Interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña. Competencias sobre ordenación de los registros públicos de derecho privado: nulidad de los preceptos legales autonómicos relativos a la ordenación de voluntades digitales en ausencia de disposiciones de última voluntad, designación de persona encargada de ejecutar las últimas voluntades y mediación para resolver las discrepancias surgidas en aplicación de la ley. Voto particular. BOE núm. 39, de 14 de febrero de 2019.

STC 132/2019. Pleno. Sentencia 132/2019, de 13 de noviembre. Recurso de inconstitucionalidad 2557-2017. Interpuesto por el presidente del Gobierno respecto de diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código Civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto. Competencias en materia de Derecho Civil y legislación procesal: nulidad del precepto legal autonómico relativo al pacto de condición resolutoria formalizado notarialmente e inscrito en el registro de la propiedad. Votos particulares. BOE núm. 304, de 19 de diciembre de 2019.