

1.4. Sucesiones

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

*The adaptation of the Civil Code of Catalonia
to Law 8/2021, of June 2, which reforms civil
and procedural legislation to support people with
disabilities in the exercise of their legal capacity*

por

JOAN CUADRADO SOLER

*Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la UNED
Abogado*

RESUMEN: La Ley 8/2021, de 2 de junio, lleva a cabo una reforma sustantiva y procesal profunda y muy relevante en materia de discapacidad, quince años después de la Convención de la ONU, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Se analizan los cambios más significativos introducidos por esta nueva norma, que modifica el Código Civil, la Ley de Jurisdicción Voluntaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil. A continuación, se analiza el Decreto Ley 19/2021, de 31 de agosto, por el que se adapta el Código Civil de Cataluña a la reforma del procedimiento judicial de la capacidad operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, a fin de armonizar la legislación civil y sustantiva, propia del Derecho Civil catalán, al nuevo paradigma, con la intención de evitar conflictos normativos y contradicciones que puedan ocasionar inseguridad jurídica.

ABSTRACT: Law 8/2021, of June 2, carries out a deep and very relevant, substantive, and procedural reform in the field of disability, fifteen years after the UN Convention, made in New York on December 13, 2006. This work analyzes the most significant changes introduced by this new norm, which modifies the Civil Code, the Law of Voluntary Jurisdiction, and the Law of Civil Procedure. Next, this work analyzes the Decree-Law 19/2021, of August 31, by which the Civil Code of Catalonia is adapted to the reform of the judicial procedure of the capacity operated by Law 8/2021, of June 2, in order to harmonize civil and substantive legislation, proper of Catalan Civil Law, to the new paradigm, with the intention of avoiding regulatory conflicts and contradictions that may cause legal insecurity.

PALABRAS CLAVE: Derecho Civil. Derecho de Sucesiones. Discapacidad. Tutela. Curatela. Asistencia. Jurisdicción voluntaria. Medidas de apoyo. Convención

de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Adaptación. Código Civil de Cataluña.

KEY WORDS: *Civil Law. Inheritance Law. Disability. Guardianship. Conservatorship. Assistance. Voluntary jurisdiction. Support measures. United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. United Nations Committee on the Rights of Persons with Disabilities. Adaptation. Civil Code of Catalonia.*

SUMARIO: I. MARCO NORMATIVO Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA: 1. LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, HECHA EN NUEVA YORK EL 13 DE DICIEMBRE DE 2006. 2. LA OBSERVACIÓN GENERAL NÚMERO 1 DEL COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE NACIONES UNIDAS DE 2014. 3. DESARROLLO LEGISLATIVO EN ESPAÑA.—II. ANÁLISIS 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: 1. LAS REFORMAS LEGISLATIVAS INTRODUCIDAS POR LA LEY 8/2021. 2. LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL: A) *Medidas de apoyo a la persona con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica.* B) *Tutela y guarda de menores, mayoría de edad y emancipación.* 3. LA REFORMA PROCESAL: A) *El expediente de jurisdicción voluntaria.* B) *Los procesos de provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad.* C) *Otras reformas de la LEC y de la LJV.* D) *Revisión de medidas ya acordadas.*—III. LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA: 1. EL 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: A) *Resumen de la exposición de motivos.* B) *La asistencia del CCCat antes del Decreto Ley 19/2021: 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.* C) *La nueva regulación: la asistencia en el Código Civil de Cataluña.*—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. MARCO NORMATIVO Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA

1. LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, HECHA EN NUEVA YORK EL 13 DE DICIEMBRE DE 2006

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, Ley 8/2021)¹ llega quince años después de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (en adelante, la Convención). La Convención forma parte de nuestro ordenamiento jurídico desde el 3 de mayo de 2008², pero la Ley 8/2021 lleva a cabo un paso decisivo³ en su adecuación al Derecho privado estatal⁴, introduciendo importantes reformas en cuestiones sustantivas y procesales.

La reforma suprime el concepto de «capacidad de obrar» de nuestro sistema jurídico, tal y como lo conocíamos hasta ahora. La nueva configuración de la «capacidad jurídica», definida en la Convención como «legal capacity» (art. 12),

unifica en un mismo concepto la clásica distinción entre los conceptos de capacidad jurídica y de obrar⁵. Este cambio de paradigma conecta con el cambio terminológico consistente en la supresión del término jurídico «incapacitado» y su sustitución por el de «persona con discapacidad».

No se trata simplemente de que un lenguaje peyorativo pueda implicar una atención inadecuada, sino también que el marco legal establecido por el artículo 12 de la Convención contempla un cambio en el modelo a adoptar a la hora de regular la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, especialmente, en aquellas situaciones en las cuales puede resultar necesario algún tipo de intervención de terceros: mientras que el sistema tradicional tendía hacia un modelo de «sustitución» en la toma de decisiones, el modelo de derechos humanos basado en la dignidad intrínseca de todas las personas, en el que se basa la Convención, abogaba ya entonces por un modelo de «apoyo» de su voluntad⁶.

El artículo 12 de la Convención establece lo siguiente:

1. Los Estados parte reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. Los Estados parte reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

3. Los Estados parte adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

4. Los Estados parte asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados parte tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

2. LA OBSERVACIÓN GENERAL NÚMERO 1 DEL COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE NACIONES UNIDAS DE 2014

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU publicó la Observación general Número 1 de 2014 (en adelante, la Observación)⁷, interpretando el artículo 12 de la Convención tras considerar y detectar que los países no habían entendido bien las obligaciones derivadas de su contenido, siendo necesario explicar su redactado para conseguir que este se cumpliese. La

Observación arroja luz⁸ sobre el alcance de la reforma planteada en términos de capacidad ante la ley, sobre todo en lo que a los apartados 1 y 2 del artículo 12 de la Convención se refiere, recogiendo una serie de afirmaciones y obligaciones que son las que realmente han condicionado la nueva normativa estatal, sin que esta Observación haya quedado exenta de críticas doctrinales⁹.

Entre las consideraciones realizadas en la Observación de 2014¹⁰, las que han resultado más polémicas, para una parte de la doctrina y la jurisprudencia, aunque también sean las más ilustrativas y útiles, son las siguientes¹¹:

a) La capacidad jurídica de la Convención incluye la capacidad para ser titular de derechos (capacidad legal) y para actuar en relación con esos derechos (legitimación para actuar). La capacidad jurídica y la capacidad mental son conceptos distintos¹².

b) El déficit de capacidad mental no puede servir para limitar o negar la capacidad jurídica: «En virtud del artículo 12 de la Convención, los déficits en la capacidad mental, ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica»¹³.

c) Ha de respetarse la voluntad, preferencias y deseos de la persona con discapacidad y no decidir en ningún caso por ellas, conforme al artículo 12, párrafo 3. «Los Estados parte no deben negar a las personas con discapacidad su capacidad jurídica, sino que deben proporcionarles acceso al apoyo que necesiten para tomar decisiones que tengan efectos jurídicos»¹⁴. El tipo e intensidad del apoyo variará de una persona a otra debido a la diversidad de las personas con discapacidad.

d) En todo momento, incluso en situaciones de crisis, deben respetarse la autonomía individual y la capacidad de las personas con discapacidad de adoptar decisiones¹⁵.

e) Algunas personas con discapacidad solo buscan que se les reconozca su derecho a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, conforme a lo dispuesto en el artículo 12, párrafo 2, de la Convención, y pueden no desear ejercer su derecho a recibir el apoyo previsto en el artículo 12, párrafo 3¹⁶.

f) Cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, la determinación del «interés superior» debe ser sustituida por la «mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias»¹⁷.

g) Las salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica deben incluir la protección contra la influencia indebida; sin embargo, la protección debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, incluido el derecho a asumir riesgos y a cometer errores¹⁸.

h) El artículo 12, párrafo 5, de la Convención, obliga a los Estados parte a adoptar medidas para garantizar los derechos de las personas con discapacidad en lo que respecta a las cuestiones financieras y económicas, en igualdad de condiciones con las demás¹⁹.

3. DESARROLLO LEGISLATIVO EN ESPAÑA

Desde la entrada en vigor de la Convención, en 2008, en España se han promulgado las siguientes leyes con la finalidad de cumplir con sus previsiones²⁰ (la propia exposición de motivos de la Ley 8/2021 se encarga de señalarlas todas)²¹. La primera adaptación normativa a la Convención se inicia con la Ley 26/2011,

de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que preveía un plazo de un año para adaptar el ordenamiento jurídico español al artículo 12 de la Convención. En el año 2013 se aprobó el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social²².

Entre los textos más recientes, anteriores a la Ley 8/2021, se encuentran los siguientes:

a) La Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (LJV), en relación con el derecho a contraer matrimonio de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que las demás, conforme a la nueva redacción dada al artículo 56.2 del Código Civil.

b) La 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.

c) La Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad.

d) La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales.

e) El reconocimiento de la capacidad de testar de las personas con discapacidad mental e intelectual, conforme a la STS n.º 146/2018, de 15 de marzo.

f) La 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.

La Ley 8/2021, de 2 de junio, considerada por la doctrina como la más importante de derecho civil desde la Constitución, o una de las más relevantes, afecta a todo el ordenamiento jurídico estatal, aunque especialmente al derecho privado²³. Consta de ocho artículos, dos disposiciones adicionales, seis transitorias, una derogatoria y tres finales. Los ocho artículos modifican: la Ley del Notariado, el Código Civil (en 156 arts.), la Ley Hipotecaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley de Protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, la Ley del Registro Civil, la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, y el Código de Comercio, entre otros textos legales.

II. ANÁLISIS 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

1. LAS REFORMAS LEGISLATIVAS INTRODUCIDAS POR LA LEY 8/2021

La Ley 8/2021 modifica aspectos sustantivos y procesales²⁴. Así, la regulación del Código Civil sobre instituciones de tutela y guarda de menores e incapaces (arts. 199 a 324 CC), son sustituidos por los preceptos que regulan la tutela y guarda de menores (título IX, arts. 199 a 238 CC), la mayoría de edad y la emancipación (título X, arts. 239 a 248 CC) y las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica (título XI, arts. 249

a 299 CC). Tras incluir un artículo 300²⁵, como disposición común (título XII), la Ley 8/2021 deroga y deja sin contenido los artículos 301 a 324 del Código Civil.

En el ámbito procesal, se sustituye la regulación precedente de los procesos sobre la capacidad de las personas por las de los procesos sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad (libro IV, título I, capítulo II, de la LEC, arts. 756 a 762), y se introduce la regulación del expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad en la LJV, el cual se sigue de manera preferente, considerando de manera esencial la participación de la propia persona, sin perjuicio de que el procedimiento se transforme en uno contradictorio en caso de oposición.

Asimismo, la Ley 8/2021 ajusta a la nueva regulación el contenido de otras leyes como son la Ley del Notariado (art. primero), Ley Hipotecaria (art. tercero), Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (art. quinto), Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (art. sexto), y Código de Comercio (art. octavo). Finalmente, la disposición final primera introduce modificaciones en el Código Penal, fundamentalmente en lo relativo a la responsabilidad civil derivada de delito.

2. LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL

A) *Medidas de apoyo a la persona con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica*

La reforma del Código Civil operada por la Ley 8/2021 introduce un nuevo régimen de medidas de apoyo, desaparecen los conceptos de modificación de la capacidad (así como el concepto de incapacitación)²⁶, la figura de la tutela, la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada²⁷, y se establece un sistema de protección en el cual la persona con discapacidad ocupa un lugar central en la regulación y su voluntad adquiere una gran relevancia.

El artículo 250 del Código Civil establece que las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen son, además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial. Por tanto, las medidas de apoyo pueden clasificarse en: 1) medidas voluntarias²⁸; 2) medidas formales (curatela y defensor judicial); y 3) medidas informales (guarda de hecho)²⁹. Junto a estas medidas, aparece el artículo 253 del Código Civil, que contempla medidas de apoyo para situaciones que requieran urgencia y no exista un guardador de hecho, en cuyo caso el apoyo se prestará por la entidad pública que en cada territorio tenga encomendada esta función.

Entre las medidas voluntarias se halla la autocuratela, regulada en los artículos 271 a 274 del Código Civil, es decir, el nombramiento del curador y la determinación de su régimen jurídico, por la propia persona, «en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica»³⁰. Estas disposiciones, normalmente realizadas en previsión de una situación de discapacidad y ante notario, son vinculantes para la autoridad judicial, que solo puede prescindir de ellas si existen circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones³¹.

Las medidas formales más importantes son la curatela y el defensor judicial. Son medidas subsidiarias de las voluntarias, y se establecen por la autoridad ju-

dicial. En cuanto a la curatela, el artículo 268 del Código Civil la establece como institución principal, eliminando la figura del tutor (que sustituía a la persona con discapacidad), y configura las medidas de apoyo de manera individualizada, siendo revisables periódicamente o por cambio de circunstancias. La autoridad judicial debe establecer los actos concretos para los que la persona requiere asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica. Esta curatela puede ser de asistencia (medidas de apoyo concretas) o de representación (conforme al principio de excepcionalidad)³², hecho que ha provocado la desaparición de la prodigalidad como institución autónoma³³. Para nombrar al curador, la autoridad judicial debe sujetarse al orden establecido en el artículo 276 del Código Civil, en defecto de propuesta de la persona que precise apoyo o por la persona en quien esta hubiera delegado, sin perjuicio de que pueda alterarlo una vez oída la persona y los familiares. Puede haber más de un curador (art. 277 CC).

En cuanto al defensor judicial (arts. 295 a 299 CC), una figura tradicionalmente temporal, subsidiaria y coexistente con otras instituciones de protección a la persona, se ve potenciada, tanto en el ámbito de la persona con discapacidad como en el de los menores, contemplándose su nombramiento para los casos de conflicto de intereses o en los que exista imposibilidad coyuntural de que la figura de apoyo habitual lo ejerza. A ellos se añaden los casos en que no hay figura de apoyo, estableciéndose el nombramiento de defensor judicial en el caso de que la persona con discapacidad requiera el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente (art. 295.5.º CC)³⁴.

B) Tutela y guarda de menores, mayoría de edad y emancipación

La Ley 8/2021 destina el título IX a la tutela y guarda de menores, y dedica el título X a regular la mayoría de edad y la emancipación (arts. 199 a 248 CC). Se reserva la tutela exclusivamente a los menores de edad que no estén protegidos por la patria potestad. Así, el artículo 199 del Código Civil establece: «Quedan sujetos a tutela: 1. Los menores no emancipados en situación de desamparo; 2. Los menores no emancipados no sujetos a patria potestad». El régimen jurídico de la tutela de menores no presenta grandes cambios en contraste con el precedente régimen de tutela, pues las sucesivas reformas legislativas habían introducido modificaciones tales como la delación judicial subsidiaria, así como determinadas garantías en el ejercicio del cargo de tutor de menores en el ámbito de la legislación de protección de menores³⁵.

3. LA REFORMA PROCESAL

A) El expediente de jurisdicción voluntaria

La Ley 8/2021 ha optado por el procedimiento de jurisdicción voluntaria como cauce preferente para determinar las medidas judiciales de apoyo a la persona con discapacidad³⁶. La reforma introduce un nuevo artículo 7 bis³⁷, dedicado al ajuste para personas con discapacidad, y un nuevo capítulo III bis, en la LJV, artículos 42 bis a) a 42.bis c), donde regula el expediente de provisión de medidas de apoyo.

El expediente tiene como objeto la provisión de alguna medida judicial de apoyo de carácter estable a una persona con discapacidad (art. 42 bis a), apartado

1), siendo competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar donde resida la persona con discapacidad.

El procedimiento puede transformarse en uno contradictorio conforme al artículo 756.1 de la LEC, en los supuestos en los que, de acuerdo con la legislación civil, sea pertinente el nombramiento de curador y se haya formulado oposición en el previo expediente de jurisdicción voluntaria o cuando el expediente no haya podido resolverse.

Además de este marco general, debe tenerse en cuenta que el artículo 91.II del Código Civil integra la adopción de las medidas de apoyo en el proceso matrimonial para hijos comunes mayores de dieciséis años, habiéndose modificado a dicho fin los artículos 770, 771, 775 y 777 de la LEC. El precepto establece que, en el momento de la nulidad, separación o divorcio existieran hijos comunes mayores de dieciséis años que se hallasen en situación de necesitar medidas de apoyo por razón de su discapacidad, la sentencia correspondiente, previa audiencia del menor, resolverá también sobre el establecimiento y modo de ejercicio de estas, las cuales, en su caso, entrarán en vigor cuando el hijo alcance los dieciocho años. En estos casos la legitimación para instarlas, las especialidades de prueba y el contenido de la sentencia se regirán por lo dispuesto en la LEC acerca de la provisión judicial de medidas de apoyo a las personas con discapacidad. Por tanto, se trata de una vía específica para los casos en que sea necesario adoptar medidas de apoyo para los hijos comunes mayores de dieciséis años en el caso de nulidad, separación o divorcio del matrimonio de los progenitores.

En cuanto al expediente de jurisdicción voluntaria en sí mismo, artículos 42 bis a) a 42.bis c) de la LJV, y en cuanto a su funcionamiento, cabe decir que este puede ser promovido por el Ministerio Fiscal, por la propia persona con discapacidad, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable y sus descendientes, ascendientes o hermanos. Además, cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de una situación que requiera la adopción judicial de medidas de apoyo [(art. 42 bis a), apartado 3, segundo párrafo, de la LJV)]. Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de dichos hechos respecto de cualquier persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal. En ambos casos, este iniciará el presente expediente [art. 42 bis a) de la LJV].

En el expediente, la persona con discapacidad puede actuar con su propia defensa y representación. Si no fuera previsible que proceda a realizar por sí misma tal designación, con la solicitud se debe solicitar que se le nombre un defensor judicial, quien actuará por medio de abogado y procurador [art. 42 bis a), apartado 4, de la LJV]. No obstante, la intervención del Ministerio Fiscal está garantizada (art. 4 de la LJV), y debe entenderse que si la persona con discapacidad no compareciese con su propia defensa y representación su defensa corresponderá al Ministerio Fiscal y, si este hubiera sido el promotor del procedimiento, se procederá al nombramiento de un defensor judicial, a no ser que estuviere ya nombrado. Con ello se persigue que siempre exista alguien que defienda en el expediente los intereses de la persona con discapacidad³⁸.

Una vez iniciado el expediente, en cuya solicitud inicial deberán acompañarse los documentos que acrediten la necesidad de la adopción de medidas de apoyo, así como un dictamen pericial de los profesionales especializados en los ámbitos social y sanitario, que aconsejen las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso [art. 42 bis b), apartado 1, de la LJV], se convocará a las partes a una comparecencia, junto con el Ministerio Fiscal.

El artículo 42 bis b), apartado segundo, de la LJV, concede facultades amplias a la autoridad judicial:

La autoridad judicial, antes de la comparecencia, podrá recabar informe de la entidad pública que, en el respectivo territorio, tenga encomendada la función de promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad, o de una entidad del tercer sector de acción social debidamente habilitada como colaboradora de la Administración de Justicia. La entidad informará sobre las eventuales alternativas de apoyo y sobre las posibilidades de prestarlo sin requerir la adopción de medida alguna por la autoridad judicial. Asimismo, la autoridad judicial podrá ordenar antes de la comparecencia un dictamen pericial, cuando así lo considere necesario atendiendo a las circunstancias del caso.

La oposición al expediente pone fin al mismo. El apartado 5 del artículo 42 bis b) LJV establece que la oposición de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo, la oposición del Ministerio Fiscal o la oposición de cualquiera de los interesados en la adopción de las medidas de apoyo solicitadas pondrá fin al expediente. No se considerará oposición la relativa únicamente a la designación como curador de una persona concreta.

La finalización del expediente abre la posibilidad del juicio contencioso, conforme a lo dispuesto en el artículo 756.1 LEC. Sin embargo, para garantizar la protección de la persona con discapacidad hasta tanto puedan adoptarse medidas cautelares en el proceso contencioso, el apartado 5 del artículo 42 bis b) establece que la autoridad judicial puede adoptar provisionalmente las medidas de apoyo de aquella o de su patrimonio que considere convenientes, las cuales podrán mantenerse por un plazo máximo de treinta días, siempre que con anterioridad no se haya presentado la correspondiente demanda de adopción de medidas de apoyo en juicio contencioso. La continuidad de tales medidas en el proceso contencioso cabe plantearla por la vía de las medidas cautelares contempladas en el artículo 762 de la LEC.

En el caso de que el expediente se sustancie sin oposición, el mismo finaliza por medio de auto, con el contenido que se recoge en el artículo 42 bis c) de la LJV, el cual es revisable periódicamente. El juzgado que dictó las medidas será también competente para conocer de la citada revisión, siempre que la persona con discapacidad permanezca residiendo en la misma circunscripción. En caso contrario, el juzgado de la nueva residencia habrá de pedir un testimonio completo del expediente al juzgado que anteriormente conoció del mismo, que lo remitirá en los diez días siguientes a la solicitud [art. 42 bis c), apartados segundo y tercero].

B) Los procesos de provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad

Los artículos 756 y siguientes de la LEC regulan los procesos de provisión medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, los cuales son sucesivos a los expedientes de jurisdicción voluntaria, salvo en el caso de los internamientos no voluntarios por razón de trastorno psiquiátrico del artículo 763 de la LEC³⁹, que no han sido modificados por la reforma de la Ley 8/2021.

Pese a la configuración del proceso contencioso como sucesivo al de la jurisdicción voluntaria, la regulación de las medidas cautelares en el artículo 762 de la LEC, previas al expediente de jurisdicción voluntaria, tanto de oficio como

a instancia del Ministerio Fiscal, pueden dar lugar a supuestos en los que exista oposición desde el inicio, por lo que sería posible acudir al procedimiento contencioso por razones de economía procesal⁴⁰.

El procedimiento de los artículos 756 y siguientes de la LEC, de provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, está previsto para los supuestos en los que, de acuerdo con la legislación civil aplicable, 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 (art. 756.1 de la LEC). La competencia corresponde al Juzgado de Primera Instancia que conoció del previo expediente de jurisdicción voluntaria, salvo que la persona a la que se refiera la solicitud cambie de residencia (art. 756.2 de la LEC). En el caso de que no haya expediente de jurisdicción voluntaria previo, es de aplicación el artículo 52.1.5.º de la LEC, que establece la competencia en el lugar de residencia de la persona con discapacidad. Se encomienda al Ministerio Fiscal una intervención positiva, en el sentido de velar a lo largo de todo el procedimiento por la salvaguarda de la voluntad, deseos, preferencias y derechos de las personas con discapacidad que participen en dichos procesos (art. 749.1 LE). En consecuencia, la legitimación del Ministerio Fiscal se matiza en el sentido de que no debe promover el proceso si concluye que existen otras vías a través de las que la persona interesada pueda obtener los apoyos que precisa (art. 757.2 LEC). El procedimiento introduce mejoras técnicas, se protege en mayor medida la privacidad de la persona interesada y se reordena la prueba, con una mayor incidencia de las periciales de profesionales especializados en los ámbitos social y sanitario, sin que existan, por lo demás, sustanciales diferencias con la regulación precedente.

El artículo 7.2 de la LEC reconoce capacidad procesal a las personas con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica de acuerdo con el alcance y contenido de dichas medidas, en tanto que el artículo 7 bis de la LEC introduce los ajustes necesarios para las personas con discapacidad para garantizar su participación en condiciones de igualdad en el proceso. De forma novedosa, se contempla la intervención procesal de la persona propuesta como curador, en caso de pretenderse en la demanda, para que alegue lo que considere conveniente sobre dicha cuestión, así como la de los legitimados que no inician el proceso con los efectos previstos en el artículo 13 de la LEC (art. 757, apartados 3 y 4, de la LEC). El artículo 758 de la LEC (referido al trámite de admisión de la demanda, tras el cual, el letrado de la Administración de Justicia debe recabar la certificación del Registro Civil y, en su caso, de otros Registros públicos que considere pertinentes, sobre las medidas de apoyo inscritas) se contempla que, de no comparecer el demandado, no se le declarará en rebeldía procesal sino que será defendido bien por el Ministerio Fiscal, bien por el defensor judicial que se le nombre para el caso de que el proceso lo haya iniciado el Ministerio Fiscal, lo que permite la continuación del procedimiento⁴¹.

Las sentencias que se dicten en los procesos de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica tienen efectos frente a todos a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil (art. 222.3 de la LEC). El artículo 755 de la LEC establece que las sentencias y demás resoluciones dictadas en estos procedimientos se comunican de oficio a los Registros Civiles para la práctica de los asientos que correspondan, si bien la comunicación al Registro de la Propiedad, al Registro Mercantil, al Registro de Bienes Muebles o a cualquier otro Registro público a los efectos que en cada caso correspondan se hará únicamente a petición de la persona en favor de la cual el apoyo se ha constituido.

La revisión de las medidas de apoyo judicialmente adoptadas se realiza por los trámites previstos en la LJV, y solo se sigue el proceso contencioso en los casos en que se produzca oposición en el expediente de jurisdicción voluntaria de revisión, o si dicho expediente no hubiera podido resolverse, pudiendo promoverlo cualquiera de las personas mencionadas en el apartado 1 del artículo 757, así como quien ejerza el apoyo de la persona con discapacidad (art. 761 LEC).

C) Otras reformas de la LEC y de la LJV

La reforma de la Ley 8/2021 alcanza a los expedientes sobre tutela, curatela y guarda de hecho regulados en los artículos 43 a 52 de la LJV, así como a los expedientes de autorización judicial de venta o gravamen de bienes de menores o personas con discapacidad de los artículos 61 a 66 de la LJV, y a los de medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor o persona con discapacidad de los artículos 87 a 89 de la LJV. En todos ellos, se ajustan los procedimientos a los principios de la nueva regulación de la Ley 8/2021. Se introduce el expediente de extinción de poderes preventivos en el artículo 51 bis de la LJV, que se sigue cuando concurra en el apoderado alguna de las causas previstas para la remoción del curador. En cuanto a la LEC, la reforma procesal se concreta principalmente en los procesos matrimoniales y de menores y en el procedimiento de división de la herencia, donde se producen ajustes con los principios de la reforma y normas sustantivas.

La reforma del sistema de apoyo a las personas con discapacidad ha determina la reforma de diferentes Leyes, concretamente, la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, Ley Hipotecaria, Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, Ley de Registro Civil Código de Comercio y Código Penal. Finalmente, la reforma de la Ley del Registro Civil se corresponde con su naturaleza de instrumento esencial de publicidad de las medidas de preventivas y de protección de las personas con discapacidad, realizándose asimismo ajustes en garantía del necesario respeto a los derechos fundamentales de la persona con discapacidad, incluida su intimidad y la protección de sus datos personales, lo cual determina que las medidas de apoyo accedan al Registro como datos sometidos al régimen de publicidad restringida.

D) Revisión de medidas ya acordadas

La disposición transitoria quinta de la Ley 8/2021 establece que las personas con capacidad modificada judicialmente, los declarados pródigos, los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada, los tutores, los curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, para adaptarlas a esta. La revisión de las medidas deberá producirse en el plazo máximo de un año desde dicha solicitud. Para los casos donde no haya existido la solicitud, la revisión se realizará por parte de la autoridad judicial de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años.

La disposición transitoria sexta de la Ley 8/2021 establece que, en cuanto a los procesos en tramitación, estos se registrarán por lo dispuesto en esta nueva

norma, especialmente en lo que se refiere al contenido de la sentencia, conservando en todo caso su validez las actuaciones que se hubieran practicado hasta ese momento.

La revisión de las medidas ya acordadas a instancia de parte se deberá solicitar en expediente de jurisdicción voluntaria, conforme a lo dispuesto en el artículo 42 bis c) de la LJV, sin perjuicio de que se siga el proceso contencioso de la LEC en caso de oposición.

III. LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA

1. EL 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

A Resumen de la exposición de motivos

En Cataluña se aprobó el 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 capacidad⁴² (en adelante, Decreto Ley 19/2021), que tiene como finalidad adaptar el título II del libro segundo del Código Civil de Cataluña (en adelante, CCCat), al contenido de la Ley 8/2021, en especial, respecto a la regulación de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad. En la exposición de motivos del Decreto Ley 19/2021, se deja claro que la Generalitat de Cataluña, de acuerdo con el artículo 129 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, en su artículo 129, tiene competencia exclusiva en materia de derecho civil, con la excepción de aquellas materias que se reserva el Estado en el artículo 149.1.8.^a de la CE. En este sentido, el Parlamento de Cataluña había culminado su tarea, hasta ahora, con la aprobación de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del CCCat, relativo a la persona y a la familia. Este libro segundo regula todas las instituciones de protección de las personas con discapacidad (tutela, curatela u otra medida temporal).

Sigue la exposición de motivos explicando que a partir de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, los presupuestos de la tutela, la curatela y la potestad parental prorrogada o rehabilitada que regula el CCCat se eliminan y dejan de poder aplicarse en el futuro. El libro segundo del CCCat también incluía instituciones de apoyo (como los poderes en previsión de una situación de incapacidad, regulados en el art. 222-2, o la asistencia, regulada en los arts. 226-1 a 226-7), pero en la práctica la mayoría de las medidas acordadas para las personas con discapacidad consistían, hasta esta nueva regulación, en la potestad prorrogada o rehabilitada, en la tutela o en la curatela, que se acomodaban a la concepción de la capacidad que mantenía la existencia de un proceso de modificación judicial de la capacidad, algo que ya no existe. El legislador catalán se ha visto en la apremiante urgencia de realizar esta modificación legislativa, pues de lo contrario se hubiese generado un vacío legal en Cataluña⁴³, habida cuenta de la nueva concepción de la capacidad contemplada en la Ley 8/2021 y la gran relevancia de las modificaciones de carácter procesal que esta norma contiene. La laguna legal podría comportar indefensión para las personas en situación de discapacidad mayores de edad que necesiten apoyos para ejercer la capacidad jurídica, al mismo tiempo que podría dar pie a varias interpretaciones jurídicas por parte de los distintos operadores jurídicos, lo que produciría situaciones excesivamente diferentes e incluso contradictorias y, en definitiva, incertidumbre

y falta de seguridad jurídica. Se trata de un añadido temporal, hasta que no esté concluida la regulación definitiva.

El nuevo régimen que establece el Decreto Ley 19/2021 se fundamenta en la modificación de la institución de la asistencia, que a partir de ahora reemplazará en Cataluña las tutelas y curatelas, las potestades parentales prorrogadas y rehabilitadas y otros regímenes tutelares. Esta asistencia, como explica la exposición de motivos de esta norma, tenía que ser modificada ya que, a pesar de que parte de premisas coherentes con la Convención, su contenido era incompleto y no permitía ofrecer a la ciudadanía un instrumento de apoyo flexible y que abarcara la diversidad de situaciones en las que una persona con discapacidad puede requerir un apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica. Con esta reforma se puede aplicar con todo el abanico de facultades que la persona concernida pueda necesitar e incorpora como novedad que se pueda designar a la persona que tiene que prestar la asistencia tanto por la vía judicial, como hasta ahora, como mediante el otorgamiento de una escritura pública notarial.

Por tanto, en Cataluña, no se aplicará a las personas mayores de edad en situación de discapacidad ni la tutela, ni la potestad parental prorrogada o rehabilitada (por no existir ya en la propia Ley 8/2021), ni tampoco la curatela o la autocuratela (que sí contempla la Ley 8/2021), sino únicamente, si procede, el régimen de la asistencia. Mientras no se produzca la futura reforma del conjunto de instituciones de protección de la persona, la tutela y la curatela se aplicarán solo a las personas menores de edad, sin perjuicio de que el régimen legal del cargo de la tutela resulte aplicable supletoriamente a la asistencia en todo aquello que no se oponga al régimen propio de esta. Por coherencia con los cambios regulados en el Decreto Ley 19/2021, el *Registro de nombramientos tutelares no testamentarios y de poderes otorgados en previsión de incapacidad* pasa a denominarse *Registro de nombramientos no testamentarios de apoyos a la capacidad jurídica*.

B) La asistencia del CCCat antes del Decreto Ley 19/2021: 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

La institución de la asistencia ya existía en Cataluña. 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, ya la incorporó al ordenamiento jurídico catalán, como un medio de protección a disposición de personas para las que, por sus condiciones psicofísicas, la incapacitación y la tutela no eran posibles ni aconsejables. La figura no se vinculaba necesariamente a los casos de falta de capacidad, sino que, como rezaba la exposición de motivos de dicha ley, basándose en el libre desarrollo de la personalidad, se centraba en aquellas situaciones de vulnerabilidad que podían precisar de una protección jurídica⁴⁴.

Es importante tener en cuenta que la institución de la asistencia, tal y como estaba regulada en la Ley 25/2010, tan solo se podía acordar a instancia de la persona que no podía cuidarse a sí misma o a sus bienes por la disminución o incapacitante que sufría, y ninguna otra persona gozaba de legitimación activa para solicitar el nombramiento de un asistente ni tampoco cabía que la autoridad judicial abriese de oficio un procedimiento destinado al nombramiento de un asistente. La persona asistida no estaba privada de su capacidad de obrar, de modo que no podía imponérsele la asistencia⁴⁵.

La figura de la asistencia catalana estaba inspirada, básicamente, en la *Betreuung* del Derecho alemán (arts. 1896 a 1908i del BGB), con la idea básica crear una institución permanente de protección de la persona en quien concurre una limitación relevante o situación de dependencia pero que, sin embargo, no hay necesidad de incapacitar judicialmente, basada en los principios de necesidad (solo si es estrictamente necesario se ha de recurrir al nombramiento de un asistente) y subsidiariedad (solo se atribuirán funciones al asistente en relación con lo que el asistido no pueda hacer por sí mismo), con respeto a la personalidad y voluntad del asistido y a sus decisiones anteriores. Con la ley de 12 de diciembre de 1990 desaparece en Alemania la incapacitación y la tutela o curatela de los mayores de edad. Por su parte, la Ley italiana 6/2004, de 9 de enero, reguladora de la administración de apoyo, con una fuerte influencia germánica, introdujo la figura equivalente a la asistencia en el Código Civil italiano (CCIt), y lo hizo con las mismas finalidades y objetivos señalados por el legislador catalán en la exposición de motivos de la Ley 25/2010⁴⁶.

Hasta ahora, por tanto, ha habido una cierta acumulación de cargos de protección de la persona en el libro II del CCCat⁴⁷. Las figuras de la tutela y la curatela, cuando existían, ya eran susceptibles de gradación flexible, permitiendo adaptar la sentencia de incapacitación a las condiciones particulares de cada persona. El artículo 760.1 de la LEC advertía (en su redacción original) que la sentencia que declarase la incapacitación debía determinar su extensión y límites. Todo esto hacía que la institución de la asistencia regulada en el CCCat, en principio bien pensada, tal vez no gozara de un régimen jurídico claro.

El artículo 226-1 CCCat se refería a la persona asistida como «la 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». El presupuesto subjetivo se basaba, principalmente, en el «principio de necesidad», que implicaba el carácter restrictivo tanto del nombramiento del asistente como de las funciones que, en cada caso, se le atribuían. No cualquier persona puede disponer de un asistente, sino únicamente quien lo necesite y para lo que lo necesite. La necesidad es el núcleo justificador de la asistencia, que no se refiere al «cuidado» en un sentido meramente material, sino que ha de tener un contenido jurídico, tanto si se trata de la esfera personal como de la esfera material de la persona. En este sentido, el asistente no debía ser confundido con el cuidador de una persona dependiente⁴⁸.

En cuanto a la disminución no incapacitante que padecía el beneficiario de la asistencia, parece que la idea clave es que se tratara de personas que no tuviesen afectada su capacidad de obrar (cuando existía este concepto) o que la tenían afectada en un grado que no justificaba la incapacitación⁴⁹. Un ejemplo claro para el legislador era el retraso mental leve y así lo exponía en el preámbulo de la Ley 25/2010 del libro II CCCat. Sin embargo, la variedad de situaciones que podían plantearse en la práctica generaba muchos interrogantes. En Cataluña, la distinción del presupuesto subjetivo que conducía al nombramiento de un asistente o, por el contrario, a la incapacitación y posterior nombramiento de un tutor se fundamentaba en el significado del concepto «disminución no incapacitante de las facultades físicas o psíquicas» recogido en el artículo 226-1 del CCCat, que debía confrontarse con el de «enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico» del artículo 200 del Código Civil⁵⁰. Luego, el artículo 226-2.1 del CCCat se refería a la obligación del juez de determinar el ámbito personal o patrimonial de la asistencia, y los intereses de los que habría de cuidarse el asistente. El artículo 226-7 del CCCat preveía de manera indirecta la inscripción

en el Registro Civil de la asistencia, por cuanto establecía que la asistencia, mientras no se inscribiese en el Registro Civil, no era oponible a terceros. El precepto venía a señalar que la inscripción no era constitutiva de la asistencia, pero que puede ser inscrita a los solos efectos de obtener su publicidad. El problema era que el cargo de asistente no estaba previsto en el Código Civil ni tampoco en la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil⁵¹. Aunque la respuesta está en la propia Ley 20/2011, pues en su artículo 73.1, tras indicar la inscripción de los nombramientos de tutor y curador, establece que también tendrán acceso al Registro Civil las medidas judiciales sobre guarda o administración y sobre vigilancia o control de dichos cargos tutelares, inciso a través del cual podía entenderse que también había de ser inscrita la constitución, modificación o extinción de la asistencia.

En Italia el arrinconamiento o progresivo abandono de la medida de la tutela se ha producido, de este modo, por decisión de los jueces, no del legislador que proponía un sistema complementario. Han sido los jueces tutelares los que masivamente han optado por el administrador de apoyo obviando, *a priori*, el juicio sobre la capacidad de la persona vulnerable necesitada de protección. Y a estas alturas también el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo de este país consideraban adecuada esta opción. Por ello empezó a solicitarse por la doctrina, cada vez con más insistencia, una reforma legal por la que se suprimiese la interdicción o incapacitación y se desarrollase la figura del administrador de apoyo hasta sus últimas consecuencias, al estilo de lo que ha ocurrido en Alemania o Austria⁵².

C) La nueva regulación: la asistencia en el Código Civil de Cataluña

El Decreto Ley 19/2021 se estructura en dos artículos, tres disposiciones transitorias y cinco disposiciones finales. El artículo 1 dispone que «la persona mayor de edad que necesita apoyo para ejercer su capacidad jurídica en condiciones de igualdad puede solicitar la constitución de la asistencia que regulan los artículos 226-1 a 226-7 del CCCat». El artículo 2 del Decreto Ley 19/2021 reforma estos artículos, y solo de estos artículos, a falta de una regulación más amplia de todo el libro II del CCCat, que ha quedado desfasado con normativas que todavía mencionan la tutela, la curatela o la incapacitación judicial⁵³.

En cuanto a la nueva regulación de la asistencia, ahora esta figura se acomoda a lo regulado por la Ley 8/2021, en el sentido de permitir, a la persona mayor de edad, solicitar la designación de una o más personas que la asistan, lo cual se puede llevar a cabo mediante el otorgamiento de una escritura pública notarial (regulado en el art. 226-3 del CCCat) o de acuerdo con el procedimiento de jurisdicción voluntaria para la provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad (art. 226-1 del CCCat). También lo pueden pedir las personas legitimadas por la LJV. El artículo 221-1.4 señala: «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». No se dice nada del procedimiento regulado en la LEC, en caso de que se formule oposición, pero cabe entender que la remisión a la LJV, que a su vez regula que, en caso de oposición, se abra un procedimiento contradictorio (regulado en la LEC) y el hecho de que en materia procesal la competencia sea exclusivamente estatal, no ofrece duda alguna sobre la legislación aplicable en cuestión procedimental.

El nuevo artículo 226-2 del CCCat da prioridad a la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona concernida, que deben tenerse en cuenta con respecto a la designación de la persona que tiene que prestar la asistencia requerida. Cuando la persona asistida no pueda expresar su voluntad y preferencias, y no haya otorgado el documento a que hace referencia el artículo 226-3, la designación de la persona que presta la asistencia se tiene que basar en la mejor interpretación de la voluntad de la persona concernida y de sus preferencias, de acuerdo con su trayectoria vital, sus manifestaciones previas de voluntad en contextos similares, la información con la que cuentan las personas de confianza y cualquier otra consideración pertinente para el caso (art. 226-2.2 del CCCat)⁵⁴.

El nombramiento de la persona que asiste y la toma de posesión del cargo se tienen que inscribir en el Registro Civil mediante la comunicación de la resolución judicial correspondiente (art. 226-2.5 del CCCat), y la medida de asistencia se debe revisar de oficio cada tres años. Excepcionalmente, la autoridad judicial puede establecer un plazo de revisión superior, que no puede exceder de seis años (art. 226-2.6 del CCCat).

La asistencia, en principio, debe ser para actos concretos. Así, el artículo 226-4.2 del CCCat se dispone que «en la resolución de nombramiento de la asistencia, la autoridad judicial tiene que concretar las funciones que debe ejercer la persona que presta la asistencia, tanto en el ámbito personal como en el patrimonial, según proceda». De forma excepcional, la autoridad judicial, en resolución motivada, «puede determinar los actos concretos en los que la persona que presta asistencia puede asumir la representación de la persona asistida» (art. 226-4.3 del CCCat), es decir, puede acordar una asistencia más representativa que de apoyo⁵⁵.

El artículo 226-5 del CCCat dispone que son anulables los actos jurídicos realizados por la persona asistida sin la intervención del asistente, si dicha intervención es necesaria de acuerdo con la medida voluntaria o judicial de asistencia acordada (a instancia de quien asiste, de la persona asistida y de las personas que la sucedan a título hereditario en el plazo de cuatro años desde la celebración del acto jurídico).

El artículo 226-6 del CCCat establece que se aplican a la asistencia las reglas de la tutela en todo aquello que no se opongan al régimen propio de la asistencia, interpretadas conforme a la Convención. Parece acertado pensar en la Convención como guía de interpretación de todo sistema normativo, tanto si se trata de normas estatales, como si se trata de normas autonómicas, tanto si se trata de normas sustantivas, como si son procesales o conflictuales. La Convención vincula a todos los poderes del Estado, pero el instrumento internacional deja margen para la divergencia en el contenido de la regulación material⁵⁶.

El artículo 226-7 del CCCat establece que las personas legitimadas para solicitar la constitución de la asistencia pueden solicitar su modificación o revisión si hay un cambio en las circunstancias que la motivaron. Además, si la persona que asiste tiene conocimiento de circunstancias que permiten la extinción de la asistencia o la modificación de su ámbito o de las funciones, lo debe comunicar a la autoridad judicial. La asistencia, finalmente, se extingue por la muerte o la declaración de muerte o de ausencia de la persona asistida, o por la desaparición de las circunstancias que la determinaron (art. 226-8 del CCCat).

Las asistencias constituidas hasta la entrada en vigor del Decreto Ley 19/2021 se mantienen en los términos en los que fueron acordadas por la autoridad judicial competente, sin perjuicio de su modificación judicial a instancia de la persona concernida o de quien le presta la asistencia, con el fin de adaptarlas a la nueva normativa (disposición transitoria primera).

Todas las referencias que la normativa vigente realice a la tutela, la curatela y la potestad parental prorrogada o rehabilitada para personas mayores de edad, debe entenderse que se realizan al nuevo régimen de medidas de apoyo a las personas con discapacidad que establece el Decreto Ley 19/2021 (Disposición transitoria tercera). El Decreto Ley 19/2021 establece, en su Disposición transitoria cuarta, que el Gobierno tiene doce meses desde su entrada en vigor para presentar un proyecto de ley de modificación del CCCat en materia de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

Por último, la reforma realiza los siguientes cambios:

a) En cuanto al Decreto 188/1994, de 28 de junio, de creación de la Comisión de Asesoramiento y Supervisión de las personas jurídicas sin ánimo de lucro que tengan atribuida la tutela de menores o de incapacidades:

- Se modifica el título: «Decreto 188/1994, de 28 de junio, de creación de la Comisión de Asesoramiento y Supervisión de las personas jurídicas sin ánimo de lucro que tengan atribuidas la tutela de menores o medidas de apoyos a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica».
- Se establece que la Comisión de Asesoramiento y Supervisión de las personas jurídicas sin ánimo de lucro que tengan atribuida la tutela de menores o de incapacidades se deben comprender realizadas a la Comisión de Asesoramiento y Supervisión de las personas jurídicas sin ánimo de lucro que tengan atribuidas la tutela de menores o medidas de apoyos a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

b) En cuanto al Decreto 30/2012, de 13 de marzo, del Registro de nombramientos tutelares no testamentarios y de poderes otorgados en previsión de incapacidad y del Registro de patrimonios protegidos:

- Se modifica el título: «Decreto 30/2012, de 13 de marzo, del Registro de nombramientos tutelares no testamentarios y de poderes otorgados en previsión de incapacidad y del Registro de patrimonios protegidos».
- Todas las referencias respecto al Registro de nombramientos tutelares no testamentarios y de poderes otorgados en previsión de incapacidad se deben comprender hechas al Registro de nombramientos no testamentarios de apoyos a la capacidad jurídica.

IV. CONCLUSIONES

I. 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 llega quince años después de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, en vigor en España desde el 3 de mayo de 2008 (e interpretada por la Observación general Número 1 de 2014 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU).

II. La reforma suprime el concepto de «capacidad de obrar» de nuestro sistema jurídico, tal y como lo conocíamos hasta ahora. La nueva configuración de la «capacidad jurídica» incluye la capacidad para ser titular de derechos (ca-

pacidad legal o jurídica) y la capacidad para actuar en relación con esos derechos (legitimación para actuar o ejercicio de la capacidad jurídica). Se distingue entre capacidad jurídica y capacidad mental. La tutela y la guarda de menores e incapaces (arts. 199 a 324 CC) son sustituidos por los nuevos preceptos que regulan la tutela y guarda de menores (título IX, arts. 199 a 238 CC), la mayoría de edad y la emancipación (título X, arts. 239 a 248 CC) y las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica (título XI, arts. 249 a 299 CC), por medio, especialmente, de la nueva figura de la curatela. Se trata de un cambio de paradigma profundo, una modificación sustantiva y procesal importante, no únicamente de un cambio de lenguaje jurídico. Donde antes se nombraba un tutor que sustituía, suplantaba y cosificaba a la persona declarada incapaz, ahora se establece una figura de protección que da apoyo a la persona con discapacidad, quien mantiene su capacidad jurídica, salvo en ocasiones excepcionales, donde puede establecerse una curatela de naturaleza más representativa.

III. En el ámbito procesal, se sustituye la regulación precedente de los procesos sobre la capacidad de las personas por las de los procesos sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad (libro IV, título I, capítulo II, de la LEC, arts. 756 a 762), y se introduce la regulación del expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad en la LJV, el cual se sigue de manera preferente, considerando de manera esencial la participación de la propia persona, sin perjuicio de que el procedimiento se transforme en uno contradictorio en caso de oposición. La persona con discapacidad se sitúa en el centro del procedimiento, tiene derecho a ser oída, escuchada, las medidas de apoyo deben respetar su voluntad, adecuarse al caso concreto, a partir de los principios de necesidad y proporcionalidad. Se trata de un paso decisivo hacia una justicia más amable o amigable.

IV. La reforma del Código Civil operada por la Ley 8/2021 introduce un nuevo régimen de medidas de apoyo. En este sentido, desaparecen los conceptos de modificación de la capacidad (así como el concepto de incapacitación y el estado civil de incapacitado). También desaparece la figura de la tutela, la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada. La tutela queda reservada únicamente para la protección de los menores de edad, eliminándose esta figura para personas adultas con discapacidad. También se suprime el concepto de prodigalidad. Las nuevas medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica son: 1) medidas voluntarias (autocuratela, regulada mediante escritura pública ante notario, en previsión de la concurrencia de circunstancias futuras que puedan dificultar a la persona otorgante el ejercicio de su capacidad jurídica); b) medidas formales (curatela y defensor judicial); y 3) medidas informales (guarda de hecho).

V. En Cataluña se aprobó el Decreto Ley 19/2021, de 31 de agosto, por el que se adapta el CCCat a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad, de forma rápida y urgente, con la finalidad de adecuar el título II del libro segundo del CCCat al contenido de la Ley 8/2021, en especial, respecto a la regulación de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad, al tener reguladas instituciones como la tutela, la curatela y la asistencia, ya desde la aprobación de la Ley 25/2010, de 29 de julio, por la que se aprueba el libro segundo del CCCat. Teniendo en cuenta que la Ley 8/2021, con respecto a su contenido no procesal, de derecho civil sustantivo, no es de aplicación directa, ni tampoco de aplicación supletoria en Cataluña, de acuerdo con los artículos 111-2 y 111-5 del CCCat, y para evitar conflictos de normas e inseguridad jurídica, se

ha aprobado esta norma que pone un parche al CCCat para dejar claro que: 1) la institución de la asistencia, que ya existía en Cataluña y que se inspiraba en la legislación italiana, alemana y francesa, prevista para aquellas situaciones en las cuales la incapacitación y la tutela no eran posibles ni aconsejables, pasa a ser la institución de apoyo protectora de las personas con discapacidad, propia de la legislación civil catalana (equivalente a la nueva curatela del Código Civil, regulada por la Ley 8/2021); 2) se aplican a la asistencia las reglas de la tutela en todo aquello que no se opongan al régimen propio de la asistencia, interpretadas conforme a la Convención; 3) las asistencias constituidas hasta la entrada en vigor del Decreto Ley 19/2021 se mantienen en los términos en los que fueron acordadas por la autoridad judicial competente, sin perjuicio de su modificación judicial a instancia de la persona concernida o de quien le presta la asistencia, con el fin de adaptarlas a la nueva normativa; 4) todas las referencias que la normativa vigente realice a la tutela, la curatela y la potestad parental prorrogada o rehabilitada para personas mayores de edad, debe entenderse que se realizan al nuevo régimen de medidas de apoyo a las personas con discapacidad que establece el Decreto Ley 19/2021 (disposición transitoria tercera).

VI. Es decir, en Cataluña se aplica el CCCat en materia sustantiva y la LJV y la LEC a nivel procesal. Falta una armonización del CCCat en base a esta nueva perspectiva. En este sentido, el Decreto Ley 19/2021 establece, en su disposición transitoria cuarta, que el Gobierno tiene doce meses desde su entrada en vigor para presentar un proyecto de ley de modificación del CCCat en materia de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

VII. Parece adecuado que la Convención se erija en guía de interpretación de todo sistema normativo, tanto si se trata de normas estatales, como si se trata de normas autonómicas, tanto si se trata de normas sustantivas, como si son procesales o conflictuales. La Convención vincula a todos los poderes del Estado, pero el instrumento internacional deja margen para la divergencia en el contenido de la regulación material. Si otras comunidades autónomas no adaptan su posible legislación civil al nuevo paradigma (algo que podrían hacer, pudiendo mantener la capacidad de obrar y la incapacitación como hasta ahora), podrían surgir dudas interpretativas, conflictos de normas e inseguridad jurídica.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BERROCAL LANZAROT, A.I. (2021). Las medidas voluntarias de apoyo en la Ley 8/2021, de 2 de junio: los poderes y mandatos preventivos, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 786, julio de 2021.
- CALAZA LÓPEZ, S. (2020). Jurisdicción Voluntaria de personas con distintas discapacidades: monitores de colectivos vulnerables (1), *Práctica de los Tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, Wolters Kluwer, núm. 145, 1 de julio, 1-34.
- CUENCA GÓMEZ, P. (2012). La incidencia del Derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución española, *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 12/2012 (Segunda Época), Universidad de Jaén.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2006). ¿Crisis de la incapacitación? La autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de los mayores, *Revista de Derecho Privado*, núm. 1.

- DE BARRÓN ARNICHES, P. (2013). La asistencia: una institución para la protección de las personas capaces en situación de vulnerabilidad: estudio comparativo con el modelo italiano, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 66, núm. 4, 1605-1663.
- DE SALAS MURILLO, S. (2010). Hacia un estatuto de la persona con discapacidad intelectual: criterios de valoración, *Anuario de Derecho Civil*, 63, núm. 2, 677-717.
- (2018). Significado jurídico del «apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica» de las personas con discapacidad: presente tras diez años de convención, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5/2018.
- DE SALAS MURILLO, S., PARRA LUCÁN, M.A. (2011). *La publicidad de la discapacidad en el Registro Civil*, Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor.
- DÍAZ ALABART, S. (2013). La protección jurídica de las personas con discapacidad psíquicas no incapacitadas, *Revista de Derecho Privado*, núm. 2, 3-24.
- DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. (1984). Comentario al artículo 199 del Código Civil, en Amorós Guardiola, A., Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Madrid: Tecnos, 178 y sigs.
- DUPLÁ MARÍN, T. (2021). Consideraciones en torno al alcance y la interpretación de la nueva «capacidad jurídica, de las personas con discapacidad introducida por 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*, año 97, núm. 788, 3768-3794.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2021). La Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: un nuevo paradigma de la discapacidad, *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, núm. 9961, Sección Tribuna, 26 de noviembre de 2021.
- (2022). Jurisdicción voluntaria: provisión de apoyos a personas con discapacidad, *La Ley Derecho de Familia*, Sección A Fondo, Primer trimestre de 2022, Wolters Kluwer, núm. 33.
- FONT SEGURA, A. (2021). Problemas de Derecho interregional suscitados a raíz de la aprobación de la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, *La Ley Derecho de Familia*, Sección A Fondo, tercer trimestre de 2021, Wolters Kluwer, núm. 31.
- GARCÍA CANTERO, G. (2013). Los derechos de los mayores en la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 sobre personas con discapacidad, *Revista de Derecho de familia y de las personas*, núm. 1.
- GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M. (1992), *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, Barcelona: José María Bosch.
- GETE-ALONSO CALERA, M.C. (2011). Capacidad de obrar y ejercicio de los derechos de la personalidad de la persona con discapacidad, en García Garnica, M.C. (coord.), *Estudios sobre dependencia y discapacidad*, Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor.
- MARTÍNEZ DÍE, R. (2000). *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Madrid: Civitas.
- MEDINA ALCOZ, M. (2011). La ancianidad en el derecho civil, *Revista de Derecho Privado*, núm. 5, 73-101.
- MORETÓN SANZ, M.F. (2011). La inacabada reforma psiquiátrica española: cuestiones sobre internamientos psiquiátricos no voluntarios y la ausencia de control judicial en los ingresos geriátricos, *Comunitaria: Revista internacional*

- de trabajo social y ciencias sociales (Ejemplar dedicado a: Crisis del Estado del bienestar), núm. 1, 69-87.
- MORO ALMARAZ, M.J. (2021). La tramitación legislativa de la Ley 8/2021, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 31 (ejemplar dedicado a: La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico), 6-17.
- PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. (2001). La autotutela: una institución a regular por nuestro Código Civil, *Revista de Derecho Privado*, núm. 6.
- PRIDA MIGOYA, F. (2003). La autotutela, en Serrano García, I. (coord.), *La protección jurídica del discapacitado*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- RECOVER BALBOA, T. (2014). Hacia la reforma del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de discapacidad, en García Garnica, M.C (directora), *Nuevas Perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*, Dykinson: Madrid.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2011). La reforma del Derecho de familia en el Código Civil de Cataluña, en Barrada Orellana, R., Garrido Melero, M., y Nasarre Aznar, S. (coord.), *El nuevo Derecho de la persona y de la familia*, Barcelona: Bosch.
- SERRANO GARCÍA, I. (2012). *Autotutela*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- SOSPEDRA NAVAS, F.J. (2021). Comentario a la Ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad, *Aranzadi digital*, núm. 1/2021.
- TORRES COSTAS, M.E. (2019). *La capacidad de obrar a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (CNUDPD)*, tesis doctoral, Universidad de Santiago de Compostela, [En línea], disponible en: <http://hdl.handle.net/10347/23196>.
- TORRES GARCÍA, T. (2006). Discapacidad e incapacitación, en Pérez de Vargas Muñoz, J. (coord.), *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, Madrid: Wolters Kluwer, 437-460.
- UREÑA CARAZO, B. (2022). El nuevo proceso de apoyo a las personas con discapacidad: un enfoque humanista, *La Ley Derecho de familia, Sección A Fondo*, Primer Trimestre de 2022, Wolters Kluwer, núm. 33.
- VIVAS TESÓN, I. (2010). Libertad y protección de la persona vulnerable en los ordenamientos jurídicos europeos: hacia la despatrimonialización de la discapacidad, *Revista de Derecho de la UNED*, núm. 7, 561-595.
- (2012). Una propuesta de reforma del sistema tuitivo español: proteger sin incapacitar, *Revista de Derecho Privado*, núm. 5.

NOTAS

¹ BOE núm. 132, de 3 de junio de 2021 y que entró en vigor en fecha 3 de septiembre de 2021.

² Por medio del Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008, páginas 20648 a 20659), tal y como se dispone en el artículo 96.1 de la Constitución, prevaleciendo sobre el derecho interno, como reconoce la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (art. 31: «Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional») y considerándose norma

de interpretación de los derechos fundamentales, tal y como se dispone en la Constitución (art. 10.2: Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España).

³ Tal y como dice la exposición de motivos de la Ley 8/2021. Como dice FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2021), La Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: un nuevo paradigma de la discapacidad, *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, núm. 9961, Sección Tribuna, 26 de noviembre de 2021: La discapacidad es uno de los grandes desafíos, de presente y de futuro, que tiene planteada la humanidad. Una legislación respetuosa con la discapacidad, integral, justa y satisfactoria debe partir del valor de su diferencia y tener presente que afecta no solo a las condiciones de vida de millones de personas, el 10% de la población mundial, sino también a su dignidad, libertad e igualdad con las demás personas. Todas las personas son iguales en dignidad, y al mismo tiempo, singulares, distintas, incomparables, únicas, irrepetibles. Muchas personas, cada vez más, son dependientes, frágiles, vulnerables, necesitadas de pleno reconocimiento de su capacidad jurídica, de asistencia, de apoyos y de ayudas, para sentirse seguras, tomar decisiones y progresar.

⁴ Según DUPLÁ MARÍN, T. (2021), Consideraciones en torno al alcance y la interpretación de la nueva capacidad jurídica, de las personas con discapacidad introducida por 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*, año 97, núm. 788, 3768-3794, nota 1: la complejidad de los principios que establece y la amplitud de los efectos que conlleva han sido las principales causas del retraso en la adaptación de nuestro ordenamiento jurídico.

⁵ Vid. DUPLÁ MARÍN, T. (2021), Consideraciones en torno al alcance..., *op. cit.*, 3770, quien también señala que la Convención hace uso de la expresión: ejercicio de la capacidad jurídica, que debe interpretarse en sustitución a lo que venía siendo la clásica capacidad de obrar.

⁶ Vid. VIVAS TESÓN, I. (2010), Libertad y protección de la persona vulnerable en los ordenamientos jurídicos europeos: hacia la despatrimonialización de la discapacidad, *Revista de Derecho de la UNED*, núm. 7, 565, quien también señala: No estamos, pues, ante una mera declaración o recomendación, sino ante un pacto internacional preceptivo y vinculante.

⁷ Documento elaborado por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad entre el 31 de marzo y el 11 de abril de 2014. [En línea], disponible en: https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CRPD/00_Observaciones%20generales%20CRPD.htm#GC1.

⁸ Como señala DE SALAS MURILLO, S. (2018), Significado jurídico del «apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica» de las personas con discapacidad: presente tras diez años de convención, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5/2018, 3-4, según algunos autores, «los pronunciamientos del Comité se erigen en criterio de interpretación auténtico y jerárquico, y gozan de la misma primacía de las propias normas internacionales sobre derechos humanos cuyo seguimiento se les encomienda», con cita a RECOVER BALBOA, T. (2014), Hacia la reforma del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de discapacidad, en GARCÍA GARNICA, M.C. (directora), *Nuevas Perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*, Dykinson: Madrid, 26; para otros autores, sin embargo, en el caso del Comité de Derechos Humanos (si bien la afirmación podría predicarse del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad), dado que actúa en un marco cuasi judicial y no político, se trataría más bien de una interpretación autorizada del Tratado que supervisan, «de la que no deben apartarse los poderes nacionales y menos aún las autoridades normativas españolas sobre las que recae el mandato de interpretación conforme a lo establecido por el artículo 10.2 de la CE», *vid.* CUENCA GÓMEZ, P. (2012), La incidencia del Derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución española, *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 12/2012 (Segunda Época), Universidad de Jaén, 23.

⁹ Vid. DUPLÁ MARÍN, T. (2021), Consideraciones en torno al alcance..., *op. cit.*, 3776, y como resumen de las principales voces en contra de la Observación, *vid.* TORRES COSTAS,

M.E. (2019), *La capacidad de obrar a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (CNUDPD)*, tesis doctoral, Universidad de Santiago de Compostela, 50-68, [En línea], disponible en: <http://hdl.handle.net/10347/23196>. Como menciona FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2021), La Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad..., *op. cit.*, 4: Un amplio sector doctrinal considera que las explicaciones contenidas en Observación General de 2014 van más allá de las disposiciones contenidas en la Convención. Entre las palabras más utilizadas por la Convención y la Observación, además de las que constituyen su propio objeto «apoyo, discapacidad y capacidad jurídica» cabe mencionar las siguientes: igualdad ante la ley, libertad, dignidad, respeto, voluntad, preferencias, deseos, toma de conciencia, derechos humanos, derechos fundamentales, diversidad, accesibilidad, barreras, influencia indebida, inclusión, autonomía, privacidad, independencia individual, salvaguardas, familia, género, discriminación, salud, trabajo, Comité, medidas de apoyo pertinentes y efectivas, Estados parte, y Derecho Internacional». La Observación menciona lo siguiente: «En especial lo que se ha negado a la persona con discapacidad es la capacidad de obrar, con carácter general, y la asunción de la misma, en mayor o menor medida en función de las distintas legislaciones y del grado de discapacidad, por otra persona, tutor o curador, que actuaría en representación o sustitución de la persona con discapacidad, en atención a su mejor o superior interés.

¹⁰ Se recomienda su lectura íntegra.

¹¹ Vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2021), La Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad..., *op. cit.*, 3-4.

¹² El apartado 13 de la Observación dice: La capacidad mental se refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales y sociales. En instrumentos jurídicos tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 6), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 16) y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 15) no se especifica la distinción entre capacidad mental y capacidad jurídica. El artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, en cambio, deja en claro que el «desequilibrio mental» y otras denominaciones discriminatorias no son razones legítimas para denegar la capacidad jurídica (ni la capacidad legal ni la legitimación para actuar).

¹³ Vid. apartado 13, *in fine*, de la Observación.

¹⁴ Vid. apartado 16 de la Observación. El apartado 17 ofrece más detalles sobre este concepto: Apoyo es un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades. Por ejemplo, las personas con discapacidad pueden escoger a una o más personas de apoyo en las que confíen para que les ayuden a ejercer su capacidad jurídica respecto de determinados tipos de decisiones, o pueden recurrir a otras formas de apoyo, 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. El apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica puede incluir medidas relacionadas con el diseño universal y la accesibilidad «por ejemplo, la exigencia de que las entidades privadas y públicas, como los bancos y las instituciones financieras, proporcionen información en un formato que sea comprensible u ofrezcan interpretación profesional en la lengua de señas», a fin de que las personas con discapacidad puedan realizar los actos jurídicos necesarios para abrir una cuenta bancaria, celebrar contratos o llevar a cabo otras transacciones sociales. El apoyo también puede consistir en la elaboración y el reconocimiento de métodos de comunicación distintos y no convencionales, especialmente para quienes utilizan formas de comunicación no verbales para expresar su voluntad y sus preferencias. Para muchas personas con discapacidad, la posibilidad de planificar anticipadamente es una forma importante de apoyo por la que pueden expresar su voluntad y sus preferencias, que deben respetarse si llegan a encontrarse en la imposibilidad de comunicar sus deseos a los demás.

¹⁵ Vid. apartado 18 de la Observación.

¹⁶ Vid. apartado 19 de la Observación.

¹⁷ Vid. apartado 21 de la Observación.

¹⁸ Vid. apartado 22 de la Observación: Se considera que hay influencia indebida cuando la calidad de la interacción entre la persona que presta el apoyo y la que lo recibe presenta señales de miedo, agresión, amenaza, engaño o manipulación.

¹⁹ Vid. apartado 23 de la Observación: Tradicionalmente se ha negado a las personas con discapacidad el acceso a las finanzas y la propiedad sobre la base del modelo médico de la discapacidad. Este criterio de negar a las personas con discapacidad la capacidad jurídica para las cuestiones financieras debe sustituirse por el apoyo para ejercer la capacidad jurídica, de acuerdo con el artículo 12, párrafo 3. De la misma manera que no se puede utilizar el género como base para discriminar en las esferas de las finanzas y la propiedad [§1], tampoco se puede usar la discapacidad.

²⁰ Vid. MORO ALMARAZ, M.J. (2021), La tramitación legislativa de la Ley 8/2021, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 31 (ejemplar dedicado a: La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico), 6-17.

²¹ La exposición de motivos de la Ley 8/2021 dice: La reforma del ordenamiento jurídico español, que es consecuencia de la ratificación por España de dicho tratado, se inició con la Ley 26/2011, llamada precisamente de adaptación normativa a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, y que se encargó de modificar numerosos cuerpos legales de nuestro Derecho interno. La reforma continuó con el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, a la que han de sumarse la reforma del Código penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, la nueva legislación de jurisdicción voluntaria (Ley 15/2015, de 2 de julio, modificada por la Ley 4/2017, de 24 de junio, precisamente en relación con el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en igualdad de condiciones) o las más recientes 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, y Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad.

²² Vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2021), La Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad..., *op. cit.*, 4: Cabe, asimismo, subrayar, los esfuerzos por interpretar el Código Civil a la luz de los principios de la Convención, realizados por la jurisprudencia mayoritaria, a partir de la STS 282/2009, de 29 de abril, aprobada por el Pleno, y constituida en referente de posteriores, y numerosas resoluciones judiciales, y en la nota 6: Cabe también mencionar en materia de discapacidad, los artículos 14 y 49 de la CE, relativos a la igualdad y la no discriminación, así como a la Ley de Integración Social de los Minusválidos de 1982, la Ley 51/2003, sobre Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad, y la Ley 41/2003 que incorpora por primera vez a las personas con discapacidad, acreditada mediante certificación administrativa o resolución judicial, en diversas materias del articulado del Código Civil.

²³ Vid. CALAZA LÓPEZ, S. (2020), Jurisdicción Voluntaria de personas con distintas discapacidades: monitorios de colectivos vulnerables (1), *Práctica de los Tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, Wolters Kluwer, núm. 145, 1 de julio, 1-34.

²⁴ Vid. SOSPEDRA NAVAS, F.J. (2021), Comentario a la Ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad, *Aranzadi digital*, núm. 1/2021, 3.

²⁵ El artículo 300 del Código Civil dispone: Las resoluciones judiciales y los documentos públicos notariales sobre los cargos tutelares y medidas de apoyo a personas con discapacidad habrán de inscribirse en el Registro Civil.

²⁶ Se suprime el estado civil de incapacitado y el procedimiento de modificación judicial de la capacidad por considerar que no cabe modificar en juicio la capacidad de las personas. Hacerlo supondría una discriminación. Vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2021), La Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad..., *op. cit.*, 7.

²⁷ La tutela, como se ha dicho, queda reservada únicamente para la protección de los menores de edad (título IX, arts. 199 a 238 CC). Por tanto, se elimina la tutela para personas con discapacidad, y también se elimina la patria potestad prorrogada y la patria potestad

rehabilitada, al considerarse figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad previsto en la Ley 8/2021. *Vid.* FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2021), La Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad..., *op. cit.*, 8, y Apartado III del Preámbulo de la Ley 8/2021: «No se trata, pues, de un mero cambio de terminología que relegue los términos tradicionales de «incapacidad» e «incapacitación» por otros más precisos y respetuosos, sino de un nuevo y más acertado enfoque de la realidad, que advierta algo que ha pasado durante mucho tiempo desapercibido: que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado.

²⁸ *Vid.* SOSPEDRA NAVAS, F.J. (2021), Comentario a la Ley 8/2021..., *op. cit.*, 5: Las medidas voluntarias de apoyo se regulan ahora de forma extensa en los artículos 254 a 262 del Código Civil, y consisten en la posibilidad de que cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, pueda contemplar de forma preventiva o acordar en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes, con el régimen jurídico correspondiente respecto al alcance de las facultades de la persona o personas que le hayan de prestar apoyo, la forma de ejercicio del apoyo, el establecimiento de las medidas u órganos de control que estime oportuno, las salvaguardas necesarias para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida y los mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo, con el fin de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias. Estas medidas deben formalizarse en escritura pública, debiendo ser comunicadas de oficio por el notario autorizante al Registro Civil. Se trata de medidas preventivas que refuerzan la autonomía personal. Solo en defecto de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, puede la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias. En caso de menores sujetos a patria potestad o tutela en los que se prevea razonablemente, en los dos años anteriores a la mayoría de edad, que puedan precisar de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica una vez alcanzada dicha mayoría de edad, la autoridad judicial podrá acordar las medidas que sean oportunas (art. 254 CC).

²⁹ *Vid. Ibidem, op. cit.*, 6: La guarda de hecho es una medida de apoyo informal regulada en los artículos 263 a 267 del Código Civil. La guarda de hecho se caracteriza por ser una situación fáctica de apoyo asumida al margen de las formalidades legales, que en la reforma de la Ley 8/2021 puede adquirir una situación de permanencia, si no se instan otras medidas distintas. Esta guarda de hecho se puede prolongar (art. 264 CC), e incluso puede ejercerse la función de control del guardador de hecho por la propia autoridad judicial (art. 265 CC). La extinción de la situación de guarda de hecho se produce en los supuestos contemplados en el artículo 267 del Código Civil.

³⁰ *Vid.* artículo 271 del Código Civil.

³¹ Para un estudio en profundidad sobre estas medidas voluntarias, *vid.* BERROCAL LANZAROT, A.I. (2021), Las medidas voluntarias de apoyo en la Ley 8/2021, de 2 de junio: los poderes y mandatos preventivos, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 786, julio de 2021.

³² Uno de los principales problemas que se plantean es la admisión o no, dentro del sistema de apoyos, de la posible representación o sustitución. Parece mayoritaria la postura que, de modo compatible con la existencia de un sistema de apoyos, admite que en situaciones excepcionales (discapacidades intelectuales severas o demencias muy avanzadas, estado de coma permanente, etc.) en que no es posible, incluso mediante apoyos, saber cuál es la voluntad de la persona, caben las necesarias «acciones de representación», «apoyos intensos», o en palabras de algunos autores, «apoyos obligatorios», o cualquier otra expresión. *Vid.*, como resumen de todas las posiciones doctrinales, el trabajo de DE SALAS MURILLO, S. (2018), Significado jurídico, *op. cit.*, 36-43.

³³ *Vid.* SOSPEDRA NAVAS, F.J. (2021), Comentario a la Ley 8/2021..., *op. cit.*, 7: La configuración de la curatela como un régimen específico, que está en función de las necesidades de apoyo, ha hecho desaparecer la prodigalidad como institución autónoma, dado que los supuestos contemplados por ella encuentran encaje en las normas sobre medidas de apoyo aprobadas con la reforma.

³⁴ Vid. *Ibidem*, op. cit., 8.

³⁵ Vid. *Ibidem*, op. cit., 9, que añade: Junto a la tutela, se regula el defensor judicial y la guarda de hecho, así como el régimen de la mayoría de edad y emancipación, sin modificaciones significativas respecto del régimen precedente. En el caso del defensor judicial, conforme al artículo 235.3.º del Código Civil, su nombramiento procede en los casos en que el menor emancipado requiera el complemento de capacidad previsto en los artículos 247 y 248 (para tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor), y a quienes corresponda prestarlo no puedan hacerlo o exista con ellos conflicto de intereses.

³⁶ Vid. *Ibidem*, op. cit., 13: Ello es coherente con el planteamiento de que se trata de medidas cuya finalidad es la de protección o apoyo de la persona con discapacidad, lo cual entra en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, sin perjuicio de que el proceso contencioso pueda seguirse en el caso de oposición o cuando, por cualquier otro motivo, no pueda finalizarse el expediente de jurisdicción voluntaria. Como señala FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2021), La Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad..., op. cit., 8: (...) la jurisdicción contenciosa puede suponer una estigmatización de la discapacidad contraria al modelo de priorizar la voluntad de la persona con discapacidad, así como a la penosidad que a nivel familiar puede implicar un proceso contencioso para dotar de medidas de apoyo a una persona.

³⁷ El artículo 7 bis de la LJV tiene exactamente la misma redacción que el artículo 7 bis de la LEC (ambos artículos han sido introducidos en el ordenamiento jurídico por medio de Ley 8/2021).

³⁸ Vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2022), Jurisdicción voluntaria: provisión de apoyos a personas con discapacidad, *La Ley Derecho de Familia, Sección A Fondo*, Primer trimestre de 2022, Wolters Kluwer, núm. 33, 5. Este autor añade: El carácter no preceptivo de la intervención de abogado y procurador impide a la persona con discapacidad ejercer el derecho a la defensa y representación gratuitas cuando actúa por sí misma en el expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo, así como en otros expedientes previstos en la LJV, conforme al artículo 6.3 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.

³⁹ Para un estudio en profundidad sobre esta materia (el internamiento por razón de trastorno psíquico), se recomienda la lectura del trabajo de MORETÓN SANZ, M.F. (2011), La inacabada reforma psiquiátrica española: cuestiones sobre internamientos psiquiátricos no voluntarios y la ausencia de control judicial en los ingresos geriátricos, *Comunitaria: Revista internacional de trabajo social y ciencias sociales (Ejemplar dedicado a: Crisis del Estado del bienestar)*, núm. 1, 69-87.

⁴⁰ Vid. SOSPEDRA NAVAS, F.J. (2021), Comentario a la Ley 8/2021..., op. cit., 16.

⁴¹ Vid. UREÑA CARAZO, B. (2022), El nuevo proceso de apoyo a las personas con discapacidad: un enfoque humanista, *La Ley Derecho de familia, Sección A Fondo*, Primer Trimestre de 2022, Wolters Kluwer, núm. 33, 6.

⁴² Publicado en el Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña, número 8493, el 2 de septiembre de 2021, en vigor a partir del día siguiente, 3 de septiembre de 2021, convalidado por Resolución 110/XIV del Parlamento de Cataluña, publicada en el Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña, número 8521, de 13 de octubre de 2021.

⁴³ La Ley 8/2021, con respecto a su contenido no procesal, de derecho civil sustantivo, no es de aplicación directa, ni tampoco de aplicación supletoria en Cataluña, de acuerdo con los artículos 111-2 y 111-5 del CCCat, según se explica en la exposición de motivos del Decreto Ley 19/2021. De hecho, resulta pertinente criticar aquí la ausencia de una mención, en la Ley 8/2021, a la existencia de una pluralidad normativa en materia de capacidad jurídica. La disposición final segunda (párrafo tercero) establece que «los artículos segundo y quinto y las disposiciones transitorias primera, segunda y tercera se dictan al amparo de la competencia que corresponde al Estado en materia de legislación civil, conforme al artículo 149.1.8.º de la Constitución», obviando la referencia que sí hace la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia, que añade a la misma frase la coletilla «sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las comunidades autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan». El Dictamen n.º 34/2019, de 22 de abril, del Consejo de Estado al anteproyecto de

ley recuerda que se trata de una materia en la que concurre una pluralidad normativa, pero la Ley 8/2021 no ha tenido la precaución (o la consciencia o delicadeza) de mencionarlo. Según el Consejo de Estado estas comunidades autónomas son Cataluña, Galicia y Aragón (olvidándose de Navarra). Los conflictos de normas hubiesen existido de no modificarse, rápidamente, el CCCat, al menos en Cataluña, que es el objeto de este estudio (no se analizan, en este trabajo, las adaptaciones normativas de las otras comunidades autónomas). Vid. FONT SEGURA, A. (2021), Problemas de Derecho interregional suscitados a raíz de la aprobación de la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, *La Ley Derecho de Familia, Sección A Fondo*, tercer trimestre de 2021, Wolters Kluwer, núm. 31, 3.

⁴⁴ Vid. DE BARRÓN ARNICHES, P. (2013), La asistencia: una institución para la protección de las personas capaces en situación de vulnerabilidad: estudio comparativo con el modelo italiano, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 66, núm. 4, 1605-1663. Este trabajo menciona la influencia decisiva que tuvo la Recomendación R (99) 4, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 28 de febrero de 1999 y los precedentes existentes en ordenamientos jurídicos del entorno de Cataluña (el modelo italiano, el alemán o el francés, por ejemplo), para la regulación de la asistencia en el CCCat, así como a la luz de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. De hecho, muchos autores reclamaban una revisión legislativa del sistema tuitivo en todas las normativas civiles vigentes en el Estado, a partir de la Convención, *cfr.* GARCÍA CANTERO, G. (2013), Los derechos de los mayores en la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 sobre personas con discapacidad, *Revista de Derecho de familia y de las personas*, núm. 1, 22; VIVAS TESÓN, I. (2012), Una propuesta de reforma del sistema tuitivo español: proteger sin incapacitar, *Revista de Derecho Privado*, núm. 5, 4. De todos modos, la doctrina se ha pronunciado muchas veces a favor de revisar las instituciones de protección de la persona, *cfr.* DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. (1984), Comentario al artículo 199 del Código Civil, en Amorós Guardiola, A., Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coords.), *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Madrid: Tecnos, 178 y sigs.; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M. (1992), *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, Barcelona: José María Bosch; MARTÍNEZ DÍE, R. (2000), *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Madrid: Civitas; PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. (2001), La autotutela: una institución a regular por nuestro Código Civil, *Revista de Derecho Privado*, núm. 6, especialmente la 939; PRIDA MIGOYA, F. (2003), La autotutela, en Serrano García, I. (coord.), *La protección jurídica del discapacitado*, Valencia: Tirant lo Blanch, 60 y sigs.; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2006), ¿Crisis de la incapacitación? La autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de los mayores, *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, 9-67; TORRES GARCÍA, T. (2006), Discapacidad e incapacitación, en Pérez de Vargas Muñoz, J. (coord.), *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, Madrid: Wolters Kluwer, 437-460; DE SALAS MURILLO, S. (2010), Hacia un estatuto de la persona con discapacidad intelectual: criterios de valoración, *Anuario de Derecho Civil*, 63, núm. 2, 677-717; MEDINA ALCOZM, M. (2011), La ancianidad en el derecho civil, *Revista de Derecho Privado*, núm. 5, 73-101; SERRANO GARCÍA, I. (2012), *Autotutela*, Valencia: Tirant lo Blanch; DÍAZ ALABART, S. (2013), La protección jurídica de las personas con discapacidad psíquicas no incapacitadas, *Revista de Derecho Privado*, núm. 2, 3-24.

⁴⁵ Vid. DE BARRÓN ARNICHES, P. (2013), La asistencia: una institución para la protección de las personas capaces en situación de vulnerabilidad, *op. cit.*, 1626. A diferencia (como se menciona en este trabajo) del modelo italiano, que sigue fielmente el modelo alemán y legítima, en primer lugar, al propio beneficiario o persona necesitada de protección (art. 406 del Código Civil italiano, en adelante CCIt), seguido del menor no emancipado, y también la persona sometida a tutela o a curatela que desea solicitar una modificación de su sistema de protección (por mejoría física o psíquica que le permite recuperar su capacidad de obrar. Ello obligaba al incapacitado a instar, paralelamente al procedimiento de jurisdicción voluntaria de nombramiento de un administrador, la revocación de la sentencia judicial de incapacitación ante el juez competente para conocer el asunto. También puede solicitar la asistencia de una persona el juez, y, por remisión al artículo 417 del CCIt, los familiares del

beneficiario, parientes hasta el cuarto grado por consanguinidad y hasta el segundo grado por afinidad, así como el cónyuge o la pareja de hecho y, en general, todos los legitimados para solicitar la incapacitación judicial de la persona afectada, tutores, curadores o el Ministerio Fiscal. También se incluye la responsabilidad de los servicios sanitarios y sociales si no solicitan esta medida de protección, teniendo a su cargo una persona que lo necesita.

⁴⁶ Vid. *Ibidem*, *op. cit.*, 1608-1610. En Italia se optó por establecer la asistencia de un modo paralelo a la tutela o curatela, del mismo modo que el CCCat, aunque el legislador catalán estuvo tentado de suprimir la incapacitación de la persona, considerándose una opción demasiado prematura en nuestra sociedad y sistema jurídico, *vid.* RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2011), La reforma del Derecho de familia en el Código Civil de Cataluña, en Barrada Orellana, R., Garrido Melero, M., y Nasarre Aznar, S. (coord.), *El nuevo Derecho de la persona y de la familia*, Barcelona: Bosch, 52.

⁴⁷ Vid. *Ibidem*, *op. cit.*, 1611, que transcribe, de nuevo, en su nota 12, el Preámbulo de la Ley 10/2015: La presente ley mantiene las instituciones de protección tradicionales vinculadas a la incapacitación, pero también regula otras que operan o pueden eventualmente operar al margen de esta, ateniéndose a la constatación de que en muchos casos la persona con discapacidad o sus familiares prefieren no promoverla.

⁴⁸ Vid. *Ibidem*, *op. cit.*, 1613, y añade la mención al artículo 1896(2) del Código Civil alemán (BGB), el cual establece que «un asistente legal solo puede ser nombrado para un ámbito de funciones en que es necesaria la asistencia legal».

⁴⁹ La doctrina empezó a realizar distinciones entre los términos jurídicos incapacidad e incapacitación, señalando que, si bien en algún extremo respondían a la misma idea, no eran totalmente equivalentes. Una persona podía presentar incapacidad para la realización de determinado o determinados actos jurídicos, lo cual significaba que en ese aspecto concreto le faltaba capacidad natural (ausencia de las condiciones necesarias de inteligencia, lucidez, y raciocinio suficientes para su puesta en práctica y para asumir las consecuencias). Por el contrario, el término jurídico incapacitación era una condición jurídica de la persona que afectaba a su capacidad de obrar y constituía un estado civil, se oponía no a capacidad natural sino a capacidad de obrar. Distinción que ha quedado totalmente desfasada. *Cfr.* GETE-ALONSO CALERA, M.C. (2011), Capacidad de obrar y ejercicio de los derechos de la personalidad de la persona con discapacidad, en GARCÍA GARNICA, M.C. (coord.), *Estudios sobre dependencia y discapacidad*, Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 56.

⁵⁰ No existía (ni existirá ya) en el CCCat una definición del presupuesto para la incapacitación.

⁵¹ *Cfr.* al respecto, DE SALAS MURILLO, S., PARRA LUCÁN, M.A. (2011), *La publicidad de la discapacidad en el Registro Civil*, Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 181.

⁵² Vid. DE BARRÓN ARNICHES, P. (2013), La asistencia: una institución para la protección de las personas capaces en situación de vulnerabilidad, *op. cit.*, 1619.

⁵³ Aunque ello quede arreglado, a modo de parche provisional, con la Disposición transitoria segunda del Decreto Ley 19/2021: 1. A partir de la entrada en vigor de este decreto-ley, la tutela, la curatela y la potestad parental prorrogada o rehabilitada, reguladas por las disposiciones del título II del libro segundo del Código Civil de Cataluña, no se pueden constituir en relación a las personas mayores de edad; 2. Las tutelas, las curatelas y las potestades parentales prorrogadas o rehabilitadas constituidas con anterioridad a la entrada en vigor de este decreto ley se mantienen hasta la revisión a la que hacen referencia los apartados 3 y 4; 3. Las personas con la capacidad modificada judicialmente, los progenitores que tienen la potestad parental prorrogada o rehabilitada y las personas que ejercen cargos tutelares o de curatela pueden solicitar en cualquier momento la revisión de las medidas que se hayan establecido para adaptarlas a la supresión de la modificación judicial de la capacidad y aplicar, si procede, el régimen de asistencia que regulan los artículos 226-1 a 226-8 del Código Civil de Cataluña. La revisión de las medidas se tiene que realizar en el plazo máximo de un año desde la solicitud; 4. En caso de no existir la solicitud mencionada en el apartado 3, la revisión la tienen que realizar de oficio la autoridad judicial, o a instancia del Ministerio Fiscal, en un plazo máximo de tres años desde la entrada en vigor de este decreto ley; 5. Las personas que han sido declaradas judicialmente pródigas y las que ejercen su curatela pueden pedir, en cualquier momento, la extinción de la curatela.

Lo que establecen los artículos 223-1 a 223-10 del Código Civil de Cataluña se mantiene y rige hasta la extinción de la curatela.

⁵⁴ Excepcionalmente, mediante una resolución motivada, se puede prescindir de lo que ha manifestado la persona afectada si se acreditan circunstancias graves desconocidas por ella o cuando, en caso de nombrar a la persona que ella ha indicado, se encuentre en una situación de riesgo de abuso, conflicto de intereses o influencia indebida (art. 226-2.3 del CCCat).

⁵⁵ Todo ello, por supuesto, en base a los dictámenes e informes periciales, sociales y sanitarios, tanto los aportados por quien solicita la adopción de las medidas de apoyo, como por el médico forense del juzgado, si así lo ordena la autoridad judicial en cada caso.

⁵⁶ *Vid.* FONT SEGURA, A. (2021), Problemas de Derecho interregional..., *op. cit.*, 13, y añade: No obstante, los límites sustantivos de la competencia en materia de apoyo a las personas con discapacidad no están definidos y ello puede suscitar problemas en orden constitucional e incluso internacional. En este sentido, la persistencia de un modelo normativo que contemple la modificación de la capacidad, siempre de modo parcial y excepcional, puede llegar a crear una divergencia normativa que sea insostenible bajo parámetros constitucionales. Todo depende del cariz que tomen los modelos adoptados por los legisladores autonómicos y en la comprensión de que la Ley 8/2021 no es más que una de las opciones que queda cubierta por la Convención. Así parece que se ha hecho, con la reforma del CC-Cat, mediante el Decreto Ley 19/2021: eliminar la modificación de la capacidad y regular la asistencia como medida de apoyo (ya existente y propia de la legislación civil catalana), adaptándola al nuevo paradigma.