Institut de Dret privat europeu i comparat
Universitat de Girona (Coord.)

Qüestions actuals del dret català de la persona i de la família

Materials de les Dissetenes
Jornades de Dret català a Tossa

Tossa de Mar, 20 i 21 de setembre de 2012

Qüestions actuals del dret català de la persona i de la família
(Materials de les *Dissetenes Jornades de Dret català a Tossa*)

Qüestions actuals del Dret català de la persona i de la família

Materials de les *Dissetenes Jornades de Dret català a Tossa*

Institut de Dret privat europeu i comparat
Universitat de Girona
(Coord.)

Documenta Universitaria

Girona 2013

Dades CIP recomanades per la Biblioteca de la UdG

CIP 347.61/.64(467.1)(063) JOR

Jornades de Dret Català a Tossa (17es : 2012 : Tossa de Mar, Catalunya)
Qüestions actuals del dret català de la persona i de la família : materials de les Dissetenes Jornades de Dret català a Tossa / Institut de Dret Privat Europeu i Comparat de la Universitat de Girona (coord.). – Girona : Documenta Universitaria, 2013. -- 628 p. ; 23,5cm
ISBN 978-84-9984-195-3

I. Universitat de Girona. Institut de Dret Privat Europeu i Comparat 1. Dret català – Congressos
2. Dret de família (Dret català) – Congressos
3. Persones (Dret) – Congressos

CIP 347.61/.64(467.1)(063) JOR

Qualsevol forma de reproducció, distribució, comunicació pública o transformació d'aquesta obra només pot ésser realitzada amb la autorització dels seus titulars, llevat excepció prevista per la llei. Dirigiu-vos a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necessita fotocopiar o escanejar algun fragment d'aquesta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

© dels textos: els autors

© de l'edició: Institut de Dret privat europeu i comparat de la Universitat de Girona

© de l'edició: Documenta Universitaria®
www.documentauniversitaria.com
info@documentauniversitaria.com

ISBN: 978-84-9984-195-3
D.L.: GI-811-2013

Imprès a Catalunya
Girona, juny de 2013

Les Dissetenes Jornades han estat organitzades per l'Institut de Dret privat europeu i comparat de la Universitat de Girona, en col·laboració amb l'Ajuntament de Tossa de Mar i el suport del Col·legi de Notaris de Catalunya i de

Universitat de Girona

Deganat autonòmic dels Registradors de la Propietat i Mercantils de Catalunya

Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

Facultat de Dret UB (Deganat)

Facultat de Dret UdG (Deganat)

Col·legi d'Advocats de Barcelona

Col·legi d'Advocats de Girona

Col·legi d'Advocats de Terrassa

L'edició d'aquesta obra ha comptat amb el suport de: scaf societat catalana d'advocats de família

Sumari

Ponència inaugural

El TSJC davant el nou dret català de la persona i de la família 21
Mª Eugènia Alegret Burgués
I. Introducció 21
II. La doctrina del TSJC en relació amb la protecció dels menors 22
III. La doctrina del TSJC en relació amb la filiació 24
IV. Els efectes de la crisi familiar en la doctrina del TSJC 26
1. Guarda i custòdia dels fills menors 26
2. Aliments 29
3. Ús del domicili familiar 30
4. Pensió compensatòria 32
5. Compensació indemnitzatòria per raó del treball 36
V. Pactes privats en matèria de dret disponible 40
VI. Parelles de fet 42
VII. Efectes de les sentències de revisió de mesures econòmiques acordades 44

Primera ponència
Institucions de protecció de la persona

L'assistència: abast i limitacions de la nova institució 49
Jordi Ribot Igualada
I. El context de l'assistència 49
1. Ús i abús de la incapacitació 50
2. Models de dret comparat europeu 55
3. Quin model tenim avui a Catalunya? 68
4. Recapitulació 69
II. Règim jurídic de l'assistència 73
1. Beneficiari de la mesura 73
2. Nomenament d'assistent 79
3. Efectes de l'assistència 87
4. Modificació i extinció 91
III. Configuració de l'assistència regulada al CCCat 93
1. Institució de suport i protecció típica, de constitució judicial 93
2. Institució configurada entorn a la voluntat de la persona 95
3. Recapitulació 100
Bibliografia 101

L'assistència com a mesura de protecció: perspectiva pràctica 105

L'assistència com a mesura de protecció: perspectiva judicial 107

Sílvia Ventura Mas

I. Introducció 107
II. Anàlisi de la situació jurídica actual 108
III. La convenció dels drets de les persones amb discapacitat 108
IV. L'Assistent 110
V. Conclusió 111

L'assistència com a mesura de protecció: perspectiva de l'advocacia 113

Miquel Puiggalí i Torrentó

I. Actuacions dins de l'àmbit personal 115
II. Actuacions d'àmbit patrimonial 117
III. Procediment 117

L'assistència com a mesura de protecció: perspectiva de la fiscalia 119

Remei Soriano

I. Introducció 119
II. Aplicació pràctica de la figura de l'assistent 119

El poder en previsió de pèrdua sobrevinguda de capacitat 125

Josep M. Valls Xufré

I. Introducció 125
II. Antecedents històrics 127
III. La llei 25/2010, Art. 222-2 CCCat 131
IV. Dret transitori: 1732 CC vs 222-2 CCCat 133
V. Naturalesa i règim jurídic del poder en previsió de pèrdua de capacitat a Catalunya 135
VI. Dret interregional i internacional privat 137
1. Plantejament 137
2. Normes de conflicte aplicables 138
3. Dret internacional privat 140
4. Dret interregional 141
VII. Començament de la vigència del poder preventiu 143
VIII. El poderdant 144
IX. L'apoderat 146
X. Objecte 147
XI. Forma: escriptura pública i inscripció 148
XII. Extinció 151
XIII. Rendició de comptes 152
XIV. Coexistència del poder preventiu amb altres institucions de protecció de la persona 153
1. La tutela 153
2. La curatela 155

3. El defensor judicial 155
4. El guardador de fet 156
5. L'assistent 157
6. L'administrador del patrimoni protegit 157
XV. Poder preventiu i poder mercantil 158
XVI. Conclusions 159
Bibliografia 162

La protecció patrimonial de la persona discapacitada o dependent: el patrimoni protegit 167
Pedro del Pozo Carrascosa
I. Presentació 167
II. La naturalesa i l'estructura del patrimoni protegit 169
1. El patrimoni, en general 170
2. Els patrimonis de la persona 171
3. Els patrimonis al servei d'una persona o una finalitat: els patrimonis independents 173
4. El patrimoni protegit com a patrimoni independent 176
5. Pluralitat de patrimonis protegits a favor d'una mateixa persona 183
III. Els beneficiaris del patrimoni protegit 184
1. Tipologia i limitació de la qualitat de beneficiari 184
2. El beneficiari pot ser el constituent del patrimoni protegit, però no el seu administrador 186
3. La pluralitat de beneficiaris 187
IV. La constitució del patrimoni protegit 188
1. El constituent 188
2. El negoci de constitució del patrimoni protegit 189
V. Les aportacions successives 197
VI. L'administració del patrimoni protegit 197
1. El càrrec d'administrador 197
2. L'actuació de l'administrador 199
3. El control de l'administració 201
VII. L'extinció i la liquidació del patrimoni protegit 202
1. Les causes d'extinció 202
2. Liquidació, rendició final de comptes i destinació del romanent 204
VIII. La publicitat registral 205
1. Àmbit general de publicitat: el Registre de Patrimonis Protegits 205
2. Àmbits específics de publicitat 206
Bibliografia 208

La regulació catalana dels patrimonis protegits, en particular la seva inscriptibilitat registral i fiscalitat 211
Antoni Giner Gargallo
I. Introducció 211
II. La inscripció dels patrimonis protegits als Registres públics 211
1. Inscripció al Registre de la Propietat 212
2. Inscripció al Registre Civil 219

3. Inscripció al Registre Mercantil 220
4. Registre de patrimonis protegits 220
III. La fiscalitat de la constitució, aportació i extinció dels patrimonis protegits.....221

Segona ponència
Els fills menors davant la ruptura dels progenitors

Interès del menor i models de guarda en el Llibre II del Codi Civil de Catalunya..... 225
Susana Navas Navarro
I. «Models de guarda» En El Llibre II del Codi Civil de Catalunya en cas de ruptura dels progenitors 225
1. «Responsabilitat parental» i «potestat parental» 227
2. Model legal preferent: la guarda compartida. Altres models de guarda possibles 234
3. Subjecte que decideix el model de guarda. Criteris.....243
4. Subjecte titular de la guarda 248
5. Instruments jurídics en el quals es pot configurar la guarda..... 254
6. Contingut..... 265
II. El dret del menor a ésser informat i escoltat respecte del model de guarda 272
1. Dret a la informació i a l'expressió de les opinions del menor 273
2. Criteris legals 274
3. Assumptes respecte dels quals s'informa i s'escolta al menor 277
4. Expressió de l'opinió del menor per ell mateix o mitjançant un «tercer» 278
5. Quan s'informa i s'escolta al menor: audiència judicial i extrajudicial 281
6. Subjecte que ha d'informar i escoltar el menor..... 284
III. «Benestar» i «Interès» del menor en la configuració del model de guarda..... 284
1. El doble sentit de «benestar del menor» a la legislació catalana..... 285
2. L' interès del menor i el principi de proporcionalitat 286
IV. Reflexions finals 289
1. «Encara» manca un canvi de paradigma sobre els drets dels menors. Admissió d'un «paternalisme feble» 289
2. Per un dret de participació efectiu del menor en la presa de decisions respecte del model de guarda 292
3. Realitat social catalana i aplicació del model de guarda compartida.....293
V. Bibliografia citada 296

El pla de parentalitat i els aliments als fills en el procés matrimonial: mutu acord i contenciós; problemes d'execució 305
Els plans de parentalitat en el Llibre segon del Codi civil de Catalunya..... 307
Elena Lauroba
I. Presentació..... 307
II. De què parlem quan parlem de Pla de parentalitat: La plasmació normativa 308
III. El perquè dels Plans de Parentalitat.....311
1. L'interès superior del menor en aquest àmbit 311
2. La implicació dels progenitors. El suport de la mediació per l'elaboració del Pla de parentalitat.....315

IV. El contingut del Pla de Parentalitat 319
1. El primer apartat: compromís i visibilització de la interlocució recíproca... 322
2. Les qüestions relatives a la guarda 324
3. Els continguts relacionats amb l'exercici de la potestat parental 326
4. La clàusula de tancament: La subjecció a mediació per a la interpretació i l'execució del Pla de Parentalitat.....326
5. Previsió de les diferents etapes de la vida del menor 327
V. La presentació formal dels Plans de Parentalitat 328
VI. El Pla de Parentalitat com a eina especialment indicada per les famílies d'alta conflictivitat 329
VII. Alguns serrells processals 330
VIII. Les objeccions principals a l'exigència del Pla de Parentalitat 331
IX. Una darrera empenta.....333

El pla de parentalitat i els aliments als fills en el procés matrimonial 335
Mercè Caso Señal
I. Introducció.....335
1. El Pla de Parentalitat.....335
2. Els aliments als fills 336
3. L'execució 336
II. El Pla de Parentalitat.....336
III. Els Aliments als fills 339
IV. L'execució.....341

El pla de parentalitat i els aliments als fills en el procés matrimonial ... 345
Maria Antonia Gomez Maestre
I. pla de responsabilitat parental 345
1. Qüestions processals en relació al pla de parentalitat.....347
2. Com recull les resolucions judicials el pla de parentalitat en el procés contenciós?..... 348
3. Els aliments als fills i el pla de parentalitat 348
4. Els aliments ordinaris i extraordinaris..... 349
5. El naixement del dret de la pensió d'aliments: efectes retroactius..... 349
6. L'execució de les sentències matrimonials. Dificultats pràctiques de la seva execució 349
Referències.....351

Tercera ponència
Aspectes econòmics de la ruptura conjugal

Atribució o distribució de l'ús de l'habitatge familiar. Prestació compensatòria i prestació alimentària.....355
Joaquim Bayo Delgado
I. L'atribució o distribució de l'ús de l'habitatge familiar 355
1. Objecte de la mesura 355
2. Criteris d'atribució 359
3. Temporalitat i modificació 361

4. Exclusió....362
5. Extinció 363
6. Obligacions per raó de l'habitatge 365
7. Parella estable 366
8. Disposicions transitòries 367
II. La prestació compensatòria i l'alimentària 368
1. Prestació compensatòria 368
2. Prestació alimentària 373

La configuració de la compensació econòmica per raó de treball en el llibre segon del Codi Civil de Catalunya....375
Esteve Bosch Capdevila

I. Introducció....375
1. Règim de separació i desigualtats patrimonials....375
2. La introducció a Catalunya de la compensació econòmica per raó de treball com a mecanisme reparador de la desigualtat patrimonial: l'art. 23 CDCC....376
3. L'evolució de la compensació econòmica per raó de treball i la seva problemàtica 377
II. El fonament de la compensació 378
1. L'enriquiment injust com a fonament de la compensació en els precedents del llibre segon: arts. 23 CDCC i 41 CF 379
2. La configuració de la institució en el CCCat 383
III. Requisits per a tenir dret a la compensació....389
1. La contribució substancialment superior al treball per a la casa....389
2. L'increment patrimonial superior 392
3. Els requisits per a la compensació quan es treballa per a l'altre cònjuge 394
IV. La quantia de la compensació....394
1. La fixació de la participació....395
2. L'augment del percentatge de la participació en cas de contribució «notablement» superior....397
V. Imputació i pagament....399
VI. Conclusions.... 400

Compensació per raó de treball en cas d'extinció del règim per mort: aspectes familiars i successoris.... 403
M. Esperança Ginebra Molins

I. Els supòsits que poden donar lloc a la compensació per raó de treball: el seu fonament.... 403
1. L'extensió al cas de la mort del cònjuge o de la parella si el sobrevivent és qui té dret a la compensació 403
2. L'enriquiment injustificat com a fonament últim de la regulació de la compensació per raó de treball.... 408
II. La compensació per raó de treball en el cas de mort del cònjuge o convivent deutor 417
1. La reclamació de la compensació 417
2. Caràcter residual de la compensació per treball.... 424

3. La compatibilitat de la compensació econòmica per raó de treball amb altres drets 428
4. La protecció del crèdit a la compensació 434

Els pactes en previsió de crisi matrimonial i de la convivència 445
Albert Lamarca i Marquès
I. Introducció 445
II. Autonomia privada familiar i capítols matrimonials 446
III. Economia familiar, règim econòmic i efectes del divorci 450
IV. *Marital agreements* al common law anglosaxó i separació de béns en dret català 452
V. Requisits per a la validesa dels pactes en previsió d'una ruptura matrimonial 456
1. Requisits formals 458
2. Requisits temporals 461
3. Assessorament legal independent 462
4. Reciprocitat 463
5. Informació patrimonial suficient 465
6. Injustícia per canvi sobrevingut de les circumstàncies 466
7. Pactes anteriors a l'entrada en vigor del Llibre segon del CCCat 467
VI. Matèries objecte de regulació 468
1. Compensació econòmica per raó de treball 468
2. Aliments, guarda i relacions personals amb els fills menors 472
3. Atribució de l'habitatge familiar 473
4. Prestació compensatòria 474
VII. Els pactes de separació fora de conveni 475
VIII. Parella estable i pactes en previsió del cessament de la convivència 477

Perspectiva notarial sobre los pactos en previsión de la ruptura conyugal 481
Ángel Serrano de Nicolás
I. Preliminar 481
II. Admisibilidad de los pactos en previsión de la ruptura: Entre el art. 1255 CC y su expresa admisión en el CCCat 484
1. Relación de estos pactos, en su unicidad o multiplicidad, con los capítulos matrimoniales y el convenio regulador 485
2. La escritura pública como medio de información en los pactos prematrimoniales 487
3. Plazo hábil para su autorización prenupcial: Su incidencia en la validez y en la revocabilidad 489
III. Límites genéricos y específicos aplicables a los pactos en previsión de la ruptura matrimonial 490
1. Aplicaciones prácticas de los límites genéricos a la autonomía de la voluntad en estos pactos en previsión de la ruptura 491
2. El posible límite específico del contenido propio de estos pactos frente a lo que es contenido imperativo del convenio regulador 495
IV. Los pactos prematrimoniales en previsión de la ruptura en su relación con los pactos capitulares matrimoniales o sucesorios 496
1. Unidad instrumental vs. Autonomía causal entre capítulos matrimoniales, pactos prematrimoniales y pactos sucesorios 497

2. Incidencia de la ruptura matrimonial en los pactos prematrimoniales y en los pactos sucesorios 498
V. Principales pactos en relación con la liquidación del REM, singularmente, cuando es el de separación de bienes....498
1. Algunos pactos posibles sobre atribución preferente de bienes al extinguirse el proindiviso derivado del REM de separación de bienes....498
2. Adjudicación de participaciones sociales o de bienes aportados a una sociedad: Acuerdos sobre su valoración 500
3. Vivienda habitual: Posible pacto sobre su atribución futura e incluso sobre pago de la cuota hipotecaria 501
4. Vivienda habitual con protección pública: límites a la libertad de pacto, incluso prematrimonial.... 502
VI. Posibles acuerdos sobre reclamación de gastos excepcionales, o del daño moral, de los hijos cuya paternidad se impugna.... 503
VII. Conclusiones 504

Ponència de cloenda

El Llibre segon del Codi civil de Catalunya: panoràmica general 507
Encarna Roca i Trias
I. Introducció: Canvis socials i canvis legislatius.... 507
1. Plantejament.... 507
2. Els canvis.... 508
3. La protecció dels drets fonamentals dels individus i la declaració constitucional de protecció de la família 511
II. Família i formes familiars....512
III. Família i ruptura de les relacions familiars: autonomia i principis imperatius 515
1. L'organització de les relacions entre ex cònjuges: els pactes en previsió d'una ruptura matrimonial 517
2. El *clean breakdown* 519
3. L'organització de les relacions parentals: el pla de parentalitat....521
IV. A tall de conclusió: autonomia de la voluntat en el nou dret de família....522
Indicació bibliogràfica....523

Comunicacions

La guarda compartida en la jurisprudencia catalana: concepto y terminología 527
Reyes Barrada Orellana
I. Estado de la cuestión 527
1. La guarda en las situaciones de falta de convivència 527
2. La naturaleza preferente del modelo de guarda compartida....528
II. Concepto y terminología 529
1 En la jurisprudencia 529
2. En el CCC 532
3. A la búsqueda de la terminología ajustada 534

L'execució de mesures personals relatives als fills menors en els procediments de família i el Llibre segon del Codi Civil de Catalunya 537
José Antonio García González

I. Introducció.....537
II. El règim de comunicacions i estades amb els progenitors.....541
1. Motius de discrepància 541
2. Naturalesa jurídica del dret i especialitats en la LEC en relació a la seva execució..... 542
3. Procediment judicial d'execució de lliurament dels fills menors 544
4. Lliurament de roba i estris personals del fill com a conseqüència del règim d'estades i comunicacions..... 549
5. Resolució dels conflictes parentals mitjançant la mediació, la intervenció dels serveis tècnics i el punt de trobada 550
III. Relacions personals amb d'altres familiars: avis, germans i persones pròximes 554
IV. Lege ferenda 555
Bibliografia 556

L'alletament matern com a manifestació de la dedicació i vinculació especial de la mare amb els fills.....559
Francesca Llodrà Grimalt

I. Punt de partida: la mare és qualitativament més necessària per als menors que el pare en les dinàmiques familiars construïdes sobre models tradicionals 559
II. Finalitat del treball 561
III. Qüestions prèvies a resoldre 562
1. El dret de la lactància materna.....562
2. La regulació del dret a la lactància materna. Conclusions sobre el dret a la lactància materna 567
IV. Mostreig de resolucions judicials en el tema de l'alletament matern.....575
1. Sobre el termini de duració de la lactància natural 576
2. Sobre la consideració de l'alletament com a simple aliment.....578
3. Sobre la indeterminació del concepte de lactant 581
4. Sobre la igualtat entre els progenitors entesa com unitat de sexes.....581

L'art. 232-9 CCCat i els actes en perjudici del dret a la compensació econòmica per raó de treball.....585
Lídia Arnau Raventós

I. Introducció.....585
II. La reducció o supressió 585
1. Amb caràcter previ: la inexistència, al dret català, d'un règim jurídic general de l'acció de reducció o supressió..... 586
2. El *qui* i *contra qui*..... 588
3. El *què* 590
4. El *quan*.....592
5. El *com* 596
III. La impugnació d'actes fraudulents a títol onerós 599

IV. Els aspectes comuns: el termini de caducitat i la improcedència de l'acció davant determinats adquirents 602
1. El termini de caducitat 602
2. La protecció de tercers adquirents 602
3. La relació entre els dos règims. què cal fer primer: reduir o rescindir? 603

La ineficacia de los pactos en previsión de la ruptura conyugal ante el cambio sobrevenido de circunstancias 605
Jorge Castiñeira Jerez

Los pactos pre-ruptura sobre el hecho mismo de la ruptura conyugal y sobre los derechos y deberes conyugales en el contexto del código civil de Cataluña 617
Núria Ginés Castellet
I. Introducción 617
II. Pactos que afectan a la facultad de instar la separación o divorcio 621
III. Pactos sobre los deberes conyugales 623
IV. Un caso concreto: acuerdos que inciden sobre la libre elección de domicilio 626

L'assistència com a mesura de protecció: perspectiva judicial

Sílvia Ventura Mas
Magistrada del Jutgat de primera instancia Barcelona n 40

I. Introducció II. Anàlisi de la situació jurídica actual III. La convenció dels drets de les persones amb discapacitat IV. L'Assistent V. Conclusió

I. INTRODUCCIÓ

Prèviament a parlar de la pràctica voldria detenir-me en la realitat jurica dels jutjats de Estat Civil i Modificació de la Capacitat.

Davant la greu problemàtica de les persones que pateixen algun tipus de discapacitat, la solució mes freqüent es plantejar una demanda d'incapacitació, amb la convicció de poder superar legalment les limitacions discapacitants. Segons fons de la Fiscalia General de l'Estat, l'any 2010 es varen presentar a Espanya prop de 24.000 demandes, de les quals tant sols se'n varen desestimar 170, i en la major part hi va recaure una sentencia d'incapacitat total.

El motiu perquè això ocorri es deu, a la manca de mitjans sanitaris, assistencials, econòmics i jurídics que hi ha en aquesta matèria; pretenent resoldre's la situació d'aquestes persones a través de procediments de modificació de la capacitat d'obrar (incapacitacions) amb la concurrència d'errors conceptuals molt estesos —de vegades provinents de la pròpia administració— que en lloc de protegir, única finalitat del procediment, provoquen vulnerar els drets d'aquestes persones, com fa més de cent anys pervertint així el sistema. Es presenten demandes d'incapacitació pretenent resoldre qüestions administratives: obtenir o augmentar una pensió, tenir una plaça residencial, o bé tenir representació. La causa és que el Codi Civil per presentar demanda d'incapacitació no exigeix «motiu» del plet, sinó tan sols la concurrència dels requisits de l'art. 200 En la majoria dels casos hi hauria una altre solució.

Aquesta situació parteix d'unes premisses socials, jurídiques i polítiques. Encara que no explícitament, existeix la convicció que davant la «desgràcia» de patir una discapacitat la llibertat d'aquesta persona no és «tan important», com resoldre qüestions elementals de salut i cura personal i econòmica; per tant, pot ésser matisada o anul·lada constantment a canvi de cobrir les seves necessitats bàsiques; o pel bé comú, ja sigui familiar o social. Encara que en aparença dins la nostra societat de democràcia occidental, en què es reconeixen constitucionalment els drets de la persona, quan intenta exercir-los una persona amb discapacitat, sovint s'inicia un judici de valor qüestionant la seva competència. Judici de valor que freqüentment es resol en un procediment judicial de modificació de la capacitat.

II. ANÀLISI DE LA SITUACIÓ JURÍDICA ACTUAL

La nostra legislació reguladora del procediment de modificació de la capacitat, prové del segle XIX, establerta amb criteris clarament economicistes, que malgrat que ha anat variant al llarg del S.XX, el cert és que la majoria del articulat d'aquesta matèria va dirigida a protegir l'esfera econòmica i no la personal; amb l'agreujant que en aquests moments hi ha normativa dispersa i contradictòria. El procediment porta al jutge i a les parts, davant un «impossible»: avaluar la capacitat d'una persona per realitzar qualsevol hipotètic acte jurídic, ara i en el futur. Això no és possible en les discapacitats no severes. En els casos de dubte sobre el grau de discapacitat s'hauria d'aplicar el criteri *in dubio pro capacitate*. Però l'*usus fori* ha portat a consideracions com ara «és el millor per ell», «ara està bé, però el dia de demà...» Adoptant una postura paternalista i prepotent alhora davant les persones amb menys possibilitats per exercir els seus drets.

En la primera fase de l'estudi de camp *Cognició i Capacitat* (Jutjats de Tortosa, jutjat especialitzat de Barcelona i Puigcerdà), propiciat entre d'altres institucions pel Consejo General de Poder Judicial, s'ha posat en evidencia que en les demandes d'incapacitació dirigides a persones amb diagnòstic de demència, han recaigut en l'any 2010 sentències d'incapacitat total en un 93% del casos. Per tot i per sempre, com si no poguessin prendre cap decisió sobre ells i el seu voltant, fent-ho en el seu lloc terceres persones. Això no es correspon amb la realitat.

III. LA CONVENCIÓ DELS DRETS DE LES PERSONES AMB DISCAPACITAT

En aquest context el 13 de desembre de 2006 s'aprova a les Nacions Unides la Convenció dels Drets de les persones amb Discapacitat, que Espanya ratifica l'any 2008. L'adhesió aquest text internacional comporta assumir els seus principis i introduir-los a tot el que faci referència a la discapacitat. S'introdueix una nova forma de veure i pensar en aquesta matèria, en què es consagren els principis d'igualtat i autonomia, que impliquen múltiples reformes legals: Codi Civil, llei d'Enjudiciament Civil, Codi de Comerç... juntament amb nombrosíssimes reformes de caire administratiu: mediques, educatives, arquitectòniques, publicitàries... Per tant i pel que estableix l'article 10 de la Constitució Espanyola aquest text queda incorporat en el nostre dret intern havent-ne de efectuar les reformes legislatives que siguin adients per que això es compleixi eliminant les possibles contradiccions.

- Principis base de la comunitat. Accessibilitat. Vida independent.
- Nou concepte de la discapacitat: no supressió de la capacitat d'obrar.
- Nou model de recolzament en la presa de decisions.
- Manteniment del sistema de garanties.
- Moviment d'auto-recolzament.
- En aquest sentit els Estats-part contreuen obligacions de que en tots els àmbit de la societat, es promoguin, reformin, deroguin les disposicions que calguin per tal de:

- Respecte dignitat i autonomia individual (art.3)
- Derogació lleis i practiques que portin discriminació (art.4)
- Garantia igualtat de protecció jurídica (art. 5)
- Igualtat del dret a posseir i controlar la seva economia. (art. 12)
- Accés a la justícia en igualtat de condicions (art.13)
- Dret a triar, on i amb qui viure (art.19), entre d'altres.

Les conseqüències immediates de la convenció són en tots els aspectes de la vida i s'enumeren en el seu preàmbul, però des de el punt de vista dels judicis de capacitat serien:

- La interpretació i reinterpretació de les normes sobre els dret de les persones amb discapacitat que es faran en la perspectiva dels drets humans (preàmbul i art.1).
- L'establiment del sistema de recolzaments i presa de decisions. (art.12)
- L'abandó o superació del model de substitució i creació de noves formes de recolzament entre elles, l'assistent.

La convenció es molt més que un text jurídic, dins del món de la discapacitat es una revolució com la que va ser en matèria penal, passar del procés inquisitiu a la presumpció d'innocència

En matèria de procediments de modificació de la capacitat la Convenció també estableix unes directrius, que afecten directament a la practica jurisdiccional:

a) En processos de modificació de la capacitat d'obrar: S'haurà de remoure, promoure i assegurar igualtat de condicions de tots els Drets Humans.
b) Aplicar la dosis justa de protecció: del recolzament complementari al recolzament més intens, des de les habilitats naturals de la persona.
c) Cal «introduir de facto» en el procediment d'incapacitació l'exigència de la causa o motiu que porti a interposar-la. Permet ajustar-se aquell problema.
d) Revisió periòdica de la persona i dels recolzaments que devinguin necessaris, obrint-li de forma efectiva el procés de recuperació de capacitat

Per això es varen fer modificacions parcials en lleis dels passats mesos d'agost i setembre de 2011, però no s'ha afrontat el procés de modificació de la capacitat d'obrar

L'actual sistema legal ha estat denunciat pel comitè d'experts de Nacions Unides encarregats del seguiment del compliment de la Convenció de les persones amb discapacitat (conclusions – recomanacions, 23 setembre 2011). Es recomana a l'Estat Espanyol, la revisió de les lleis que regulen la guarda i la tutela; i prengui tanmateix les mesures adients per adoptar lleis i polítiques per les que es reemplacin els règims de substitució en l'adopció de decisions, per tal d'una assistència per la presa de decisions; proporcionant-ne formació sobre aquesta qüestió a tots el Funcionaris Públics i a d'altres professionals pertinents (Art. 33 i 34).

IV. L'ASSISTENT

A Catalunya, amb el nou Codi Civil de l'any 2010, s'introdueixen els principis preconitzats per la Convenció mitjançant noves figures, que han de coexistir amb les institucions jurídiques clàssiques de tutela i curatela, malgrat que es parli sempre de mesures de protecció, ja que les limitacions dels drets fonamentals són competències de l'Estat. Sorgeixen els poders preventius, poder de previsió de pèrdua sobrevinguda, guarda de fet i l 'assistent; totes elles amb la finalitat d'oferir diverses possibilitats jurídiques que permetin en diferents supòsits personals obtenir la protecció que calgui, sense que la voluntat de la persona sigui substituïda per tot i per sempre. Es pretén que es pugui anar construint un «vestit a mida» — no inamovible — com és la incapacitació, sinó variable; amb les oscil·lacions de les circumstancies vitals i de salut de la persona, reservant-li en la mesura del possible la seva voluntat.

L'assistent. La petició d'assistència per tenir cura de la seva persona o dels seus béns es pot demanar per l'interessat davant una minva de facultats que no tenen que ser incapacitats; a l'autoritat judicial el nomenament d'un assistent. El Jutge haurà de respectar la petició. Llevat d'un motiu molt greu l'autoritat judicial haurà de respectar el criteri del peticionari.

No hi ha procediment regulador —òbviament en una llei substantiva— a seguir, però s'hauria de tramitar a traves del procediment de jurisdicció voluntària. Al marge de la ratificació de la petició del peticionari i de l'assistent d'acceptar el que en principi se li encomana; el jutge hauria de fer una exploració a la persona sol·licitant per tal d'establir el seu estat, la seva necessitat, la coherència de la seva petició i el vincle que té amb que l'ha d'assistir, per tal d'assegurar el bon fi de la mesura. Com que no hi ha un tràmit preestablert, la autoritat judicial podrà demanar les diligencies precises per formar-ne una correcta convicció. Malgrat la presumpció de capacitat, si de forma molt obvia es derivés la seva manca, caldrà ordenar un reconeixement mèdic forense, i si fos el cas, desestimar la petició donant trasllat al Ministeri Fiscal per promoure incapacitació.

Aquesta mesura podrà ser deixada sense efecte o modificada a petició de qualsevol de les parts assistent/assistit. L'assistent deurà retre comptes al Jutjat si es fa càrrec de l'administració dels bens del assistit, en un mecanisme paral·lel a la tutela o la curatela. L'incompliment de les obligacions equivalents permetria la remoció del càrrec d'assistent.

L'assistència permet anar variant periòdicament el seu contingut en funció de les necessitats o bé acordar-se per una missió concreta. La inscripció preceptiva al Registre Civil al meu entendre pot dificultar la intervenció d'aquesta flexible mesura.

El Ministeri Fiscal, hi té una intervenció preceptiva, per que es tracte: 1) de protecció de persones en situació de fragilitat, 2) per la matèria al voltant de regulació de drets fonamentals 3) per les inscripcions registrals.

Una pregunta a fer-se és, si iniciat un procediment d'incapacitació a la vista de la situació cognitiva i circumstancies personals del demandat, i amb el consentiment de les parts i de la persona interessada es podria concloure en sentència una assistència, en lloc de tutela o curatela?

Els destinataris d'aquesta figura jurídica crec que serien alguns malalts mentals i també algunes persones amb un deteriorament cognitiu lleu. L'assistent de la

seva confiança, podria supervisar la seva salut i cura personal, així com els actes burocràtics i administratius complexes, ja sigui per un defecte volitiu o cognitiu.

Quin paper tenen les institucions tutelars a la hora d'exercir aquestes funcions? Doncs haurien d'estar al servei de les persones, amb aquesta nova funció. Caldrà que algunes d'elles (les que només accepten incapacitats totals) es reciclin per assumir funcions des de una perspectiva diferent a la de la substitució de la voluntat, per assumir el respecte i compatibilitzar els gustos, preferències, creences, afectes i motivacions de les persones que pateixen alguna discapacitat. Cal destacar el notable esforç teòric en descriure el model de tutela per part de la *Asociación Española de Entidades Tutelares.*

Aquesta figura regulada en l'art.226, 1-6 del Codi Civil, dins el capítol 6 del Títol II,» de protecció a la persona», juntament amb altres sorgides en el Codi, pot alleugerir molt tant el nombre d'incapacitats, com el sofriment que algunes d'elles poden comportar. El problema principal es que des de l'entrada en vigor del Codi (gener 2011) fins al dia d'avui, en els jutjats de Barcelona en especialitzats en la matèria; hi han tingut entrada dues peticions d'assistència front les quasi 500 peticions d'incapacitació anuals, que té cada un d'ells.

El motiu per el qual hi ha tan poques peticions podria ser: a) que no hi ha persones amb les que hi encaixi la mesura b) no s'inicien tràmits judicials sinó es per situacions molt més greus a les que es preveuen en l'assistència c) desconeixement de la seva existència.

Evidentment totes les situacions discapacitats no son severes, i aquestes s'inicien d'una forma lleu, i per tant hi ha les persones destinatàries a qui els pot esser útil «l'assistent», però desgraciadament hi ha un desconeixement importantíssim del dret català, únic a l'Estat que el contempla. Desconeixement, potser premeditat, ja que a l'Escola Judicial s'estudia —al igual que el català— sens dubte per part de la Judicatura; però sobre tot per part de l'Advocacia i dels agents implicats al voltant de la discapacitat, treballadors socials, metges, Fundacions, entitats cíviques, etc. etc. Tornant a l'estudi de camp abans esmentat, hi ha un percentatge molt baix d'advocats que invoquin Dret Foral i cap, que esmenti la convenció de Nova York, com tampoc hi surt en cap de les sentencies estudiades.

V. CONCLUSIÓ

Perquè la figura de l'Assistent prosperi caldrà:

- Necessitat d'abandonar per part de la societat del principi de beneficència en favor un model igualitari i social.
- Divulgació urgent entre els agents socials implicats de les mesures alternatives a la incapacitació.
- Necessitat d'un canvi de enfocament de visió de les persones que pateixin alguna discapacitat: la solució no és només jurídica.
- Dotació de mitjans i recursos.
- Especialització jurídica en aquesta matèria: Jutges, fiscals. Advocats, funcionaris.
- Guia de bones practiques.