

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.)



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:



Sumari

PONÈNCIA INAUGURAL

El TSJC davant el nou dret català de la persona i de la família.....	21
M ^a 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
<i>L'assistència com a mesura de protecció: perspectiva judicial</i>	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
<i>L'assistència com a mesura de protecció: perspectiva de l'advocacia</i>	113
MIQUEL PUIGGALÍ I TORRENTÓ	
I. Actuacions dins de l'àmbit personal	115
II. Actuacions d'àmbit patrimonial.....	117
III. Procediment.....	117
<i>L'assistència com a mesura de protecció: perspectiva de la fiscalia</i>	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
--	------------

<i>Els plans de parentalitat en el Llibre segon del Codi civil de Catalunya.....</i>	<i>307</i>
--	------------

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 empena.....	333
<i>El pla de parentalitat i els aliments als fills en el procés matrimonial</i>	<i>335</i>
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
<i>El pla de parentalitat i els aliments als fills en el procés matrimonial ...</i>	<i>345</i>
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.....

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: Part. 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.....

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. <i>Marital agreements</i> 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

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 <i>clean breakdown</i>	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 jurisprudència catalana: concepto y terminología

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 Catalunya537

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 <i>qui</i> i <i>contra qui</i>	588
3. El <i>què</i>	590
4. El <i>quan</i>	592
5. El <i>com</i>	596
III. La impugnació d'actes fraudulents a títol oneros	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. Introducció	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 de la fiscalia

REMEI SORIANO
Fiscal

I. INTRODUCCIÓ II. APLICACIÓ PRÀCTICA DE LA FIGURA DE L'ASSISTENT

I. INTRODUCCIÓ

Amb motiu de l'adhesió a la Convenció de les Persones amb Discapacitat l'any 2008 i l'obligació legal d'establir mecanismes de protecció a mida de les necessitats de les persones amb discapacitat, i no dels interessos del seu entorn, la figura de l'assistent ha sigut rebuda amb expectació i existeix una voluntat clara de conèixer l'eficàcia pràctica d'aquest nou mecanisme de protecció. Cal indicar l'interès de la Fiscalia General de l'Estat per conèixer l'aplicació de la figura de l'assistent al territori de Catalunya al tractar-se d'un procediment de protecció aliè al ja conegut procediment judicial contradictori, regulat a la Llei d'Enjudiciament Civil.

Des del punt de vista de la Fiscalia, entenem que la voluntat del legislador és fer prevaler el principi d'autonomia de la voluntat del propi interessat, com a premissa en el moment d'adoptar mesures de protecció. Principi d'autonomia que haurà de ser respectat pels operadors jurídics i, evidentment, també pels familiars o les persones properes a la persona protegida.

Com amb la figura de l'autotutela, vigent a Catalunya des de l'any 1996 (introduïda per la Llei 11/1996, de 29 de juliol) el legislador ha previst que el ciutadà sigui el que fixi la seva pròpia protecció per si es dóna el cas que circumstàncies de tipus físic o psíquic aconsellen prendre mesures d'autoprotecció.

Amb total respecte a l'esperit de la Convenció del Drets de les Persones amb Discapacitat, el legislador regula tres noves institucions que, segons el mateix preàmbul de la Llei 25/2010, van adreçades a protegir les persones, però a la vegada a afavorir la seva autonomia; l'assistència (1), la constitució de patrimonis protegits i els poders en previsió de pèrdua sobrevinguda de capacitat. Cap d'aquestes institucions de protecció va lligada a una sentència prèvia que declari la modificació de la capacitat de la persona.

II. APLICACIÓ PRÀCTICA DE LA FIGURA DE L'ASSISTENT

Després d'un any i nou mesos de l'entrada en vigor del Llibre II del Codi civil, des d'un punt de vista molt pràctic podem fer una sèrie d'observacions:

Primera. En quant al grau de coneixement de la figura

El gran desconeixement de l'existència de noves figures de protecció, alienes a la declaració d'incapacitació es una constant.

Ja va passar amb el mecanisme de l'autotutela, introduïda pel legislador català a l'any 1.996 i que s'ha mantingut com a figura desconeguda durant molt de temps.

Per les dades recollides a la Fiscalia Provincial de Barcelona, només tenim constància de quatre expedients tramitats als jutjats de tota la província de Barcelona: dos als jutjats de Barcelona i dos als jutjats de Terrassa.

Convé que aquest mecanisme de protecció sigui ben conegut pels professionals del dret, institucions assistencials, entitats particulars o públiques implicades al mon de la discapacitat i en general tota la ciutadania com una nova fórmula d'auto protecció.

Segona. En quant al procediment

En l'àmbit procedimental s'ha regulat a l'article 226-1 del Codi Civil que la petició de nomenament d'assistent s'ha de fer davant del jutjat pels tràmits de la jurisdicció voluntària.

A diferència del que preveu l'article 759 de la Llei d'enjudiciament civil en els processos de modificació de la capacitat, no s'estableix, per a la designació d'assistent, quines proves ha de practicar el jutgador.

¿N'hi ha prou amb la petició formulada pel peticionari? ¿S'ha de prendre algun tipus de garantia?

En aquest sentit, des de la Fiscalia demanem, atesa la transcendència de l'acte i vist el pressupòsit que la persona sol·licitant es troba afectada d'una discapacitat no incapacitant, la pràctica de diligències que assegurin el principi de tutela judicial efectiva, concretament:

- a) Respecte a la persona sol·licitant, que la rebí en audiència el jutge, amb la intervenció del fiscal:
 - per valorar si la sol·licitant té coneixement de l'acte que realitza i la seva transcendència perquè manifesti el seu parer o la seva voluntat sobre els actes per als quals entén que necessita assistència.
 - perquè expliqui els motius per a l'elecció de la persona que li donarà assistència.
- b) Respecte a la persona que ha de ser designada, que la rebí en audiència el jutgador, amb la intervenció del fiscal, per:
 - comprovar que no hi concorren causes d'inhabilitat per assumir el càrrec d'assistent (art. 222.15 del Codi civil) o causes d'exclusió per conflicte d'interessos (art. 222.17 del Codi civil).
 - comprovar que tingui aptitud per assumir el càrrec.
- c) Si de l'entrevista sorgeixen dubtes sobre la capacitat de discerniment de la persona peticionària, ens reservem la possibilitat de sol·licitar una valoració medicoforense.

Entenem que no és necessari ni convenient demanar d'entrada una valoració forense perquè seria discriminatori.

Tot això, sens perjudici que l'expedient de jurisdicció voluntària dóna la possibilitat de practicar tot tipus de prova d'ofici o a instància de part, com podria ser escoltar persones properes tant al peticionari com a la persona escollida per assumir la funció d'assistència.

Entenem d'aplicació en la tramitació del nomenament d'assistent la disposició addicional tercera de la Llei 1/96, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor (2), en els següents punts:

- Actuació del jutge i el fiscal en interès del peticionari pel que fa a la possibilitat de practicar les proves i diligències que s'estimin adequades i quant a la possibilitat d'assessorar-los respecte als seus drets i la manera d'esmenar els defectes de les sol·licituds.
- No es necessària la intervenció d'advocat ni procurador.
- El procediment no es torna contenciós encara que algun interessat hi presenti oposició.

Tercera. Legitimació activa

Respecte a la legitimació per demanar la designació d'un assistent, el legislador ha previst que només es pot designar a petició de la persona major d'edat que ho necessiti per tenir cura d'ella mateixa o dels seus béns, a causa de la disminució no incapacitant de les seves facultats físiques o psíquiques.

El peticionari ha de reunir unes característiques:

- 1) ha de ser major d'edat. Descarta qualsevol interpretació vers la capacitat natural i està a la capacitat legal.
- 2) ha de patir un grau de disminució, físic o psíquic, no incapacitant. A diferència de l'article 227-1 que determina el grau de discapacitat que ha d'acreditar la persona que vulgui ser beneficiària d'un patrimoni protegit, el legislador no fixa en aquest cas graus de disminució ni la manera d'acreditar-ho. Entenem que el legislador de forma conscient no ha volgut posar limitacions.
- 3) Ha de necessitar una protecció per la seva cura personal y/o dels seus béns. Entenem que el peticionari ha d'explicar quina es l'abast de la seva necessitat, deixant fora d'aquest procediment peticions sense causa.

Amb total respecte al principi d'autonomia de la voluntat, exclou la legitimació prevista a l'article 757 de la Llei d'enjudiciament civil dels parents més propers i del fiscal, fins i tot de manera més restrictiva que per a la declaració de prodigalitat.

En conseqüència, la Fiscalia pot assessorar sobre l'existència de la figura jurídica, però no pot dirigir-se al jutjat per demanar la designació d'un assistent per a determinada persona.

És a dir, la intervenció del fiscal com a demandant només es dóna en el procés contradictori de declaració de modificació de la capacitat regulat com a procés especial a la llei d'enjudiciament civil.

No és infreqüent la recepció a Fiscalia de comunicacions de serveis socials d'Ajuntaments, de centres de salut o de centres residencials, en què es posa de manifest situacions de persones grans que no presenten cap deteriorament cognitiu ni cap malaltia incapacitant, les denominades a vegades «persones fràgils», però que són objecte d'abusos econòmics o maltractaments, a vegades pel propi entorn familiar.

En aquest cas es donaria el «motiu» per constituir una protecció d'aquesta persona en l'àmbit civil, que milloraria el seu benestar, la seva dignitat i qualitat de vida, però no es donaria la premissa de «malaltia o deficiència de caràcter físic o psíquic persistent que comporti falta d'autogovern» que estableix l'article 200 del Codi civil (3) i que podria legitimar la Fiscalia per presentar una demanda de modificació de la capacitat per constituir una tutela o una curatela i, fins i tot, demanar mesures urgents de protecció d'aquella persona.

¿Podríem actuar des de la vessant del dret penal per protegir la persona maltractada o explotada? Sí, a la pràctica és el que fem, però amb resultat escàs per dues raons jurídiques:

Si l'únic testimoni és la víctima mateixa i l'agressor o agressora és un parent, normalment s'acullen davant del jutjat a la dispensa de declarar prevista a l'article 416 de la Llei d'enjudiciament criminal (5). Podem actuar si existeixen testimonis que no es puguin acollir a aquesta dispensa.

En l'àmbit dels abusos econòmics comesos per parents, s'aplica l'exclusa absoluta de l'article 268 del Codi penal (4).

En l'àmbit estrictament civil, no podem demanar als jutjats la designació d'una figura de protecció d'una persona major d'edat si no hi ha una causa d'incapacitació i, en conseqüència, no podem iniciar un procediment per a la designació d'un assistent.

Aquesta situació posa de manifest la necessitat d'estendre el coneixement dels drets de les persones i la divulgació de les eines jurídiques de protecció.

Quarta. Designació de l'assistent

De la redacció de l'art. 226-1 s'entén que el jutgador no pot designar una persona diferent de la proposada pel sol·licitant. Pot no fer la designació, però no pot modificar la voluntat del peticionari.

¿Es pot designar més d'un assistent? Entenem que no hi ha cap objecció respecte d'això, atès que no regeix la limitació de l'article 222-25 respecte del nombre de titulars de la tutela.

Cinquena. Contingut de l'assistència

L'article 226-2, apartat primer, del Codi civil, estableix que el jutge ha de fixar el contingut de l'assistència en l'àmbit personal o patrimonial i els interessos dels quals ha de tenir cura l'assistent.

El legislador no estableix, a diferència de l'apartat 1r, que el jutge hagi de respectar la voluntat del peticionari, i la pregunta que sorgeix és si el jutge pot fixar un contingut diferent del que demana l'assistent.

Pot passar també que el peticionari no indiqui clarament quins són els àmbits en què creu necessària l'assistència.

Sorgeixen diverses qüestions quant al contingut de l'assistència:

¿El jutge pot suplir les carències de la sol·licitud mitjançant l'entrevista amb el peticionari i la pràctica d'altres diligències?

Entenem que sí, només cal recordar la disposició addicional tercera de la Llei 1/96, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor, quant a la possibilitat d'assessorar-los respecte als seus drets i la manera d'esmenar els defectes de les sol·licituds.

En aquest punt, pel que fa al contingut de l'assistència, queda minvat el principi de respecte absolut a la voluntat de l'assistit.

Aquesta voluntat legislativa queda clara quan a l'article 226-4 es preveu la modificació del contingut de l'assistència a instància de l'assistit mateix, de l'assistent o a instància de part (¿en aquest cas, també la Fiscalia?).

L'única limitació per al jutge és la impossibilitat d'atorgar a l'assistent funcions d'administrador de patrimoni, si no és a instància del mateix assistit.

¿L'assistent, en l'àmbit personal, sempre està legitimat per rebre la informació mèdica i donar consentiment per a intervencions mèdiques quan no pugui fer-ho l'assistit, encara que la resolució judicial no ho determini?

De la redacció dels articles 226-2, apartat 2n, i 212-1 i 212-2 (6), sembla que si no està exclòs expressament, la voluntat és que l'assistent pugui assumir aquestes funcions.

Sisena. Control judicial de l'actuació de l'assistent

El legislador no estableix cap control periòdic i, en conseqüència, l'expedient judicial finalitzaria amb la presa de possessió del càrrec per part de l'assistent.

L'únic control per part del jutjat es preveu a l'article 226-6, referit a una rendició de comptes en l'àmbit de la gestió del patrimoni de l'assistit quan s'ha conferit a l'assistent l'administració ordinària del patrimoni d'aquell. Això posa de manifest la desconfiança del legislador quan es refereix a la gestió de patrimonis aliens, que no es dona en canvi en els poders en previsió de pèrdua sobrevinguda de capacitat. Si no s'ha conferit aquesta administració econòmica cap control ordinari correspon al jutjat. Això es congruent amb el fet que estem parlant de persones assistides que tenen capacitat d'autogovernar-se. De totes maneres sempre és aplicable, com a disposició comuna a totes les institucions de protecció de la persona, l'article 221-5 (7), que permet establir les mesures que s'estimin necessàries per controlar el bon funcionament de la institució de protecció, fins i tot d'ofici pel jutge mateix.

Setena. Persones beneficiaries

Amb relació a quines persones podrien aprofitar la institució de l'assistent, sense voluntat de ser exhaustius, podríem indicar:

- Qualsevol persona que tingui una discapacitat física o sensorial limitativa però no incapacitant.
- Persones amb deteriorament neurològic lleu o no greu.
- Persones amb trastorns de personalitat no incapacitant.
- Persones amb malalties mentals.
- Persones amb discapacitat mental lleu.

Totes aquestes persones poden ser conscients de la necessitat de comptar amb algú per exercir plenament la seva capacitat d'obrar, però l'alternativa fins ara era o un procés de declaració judicial d'incapacitat o res. Les figures d'autoprotecció amb reconeixement jurídic davant de tercers, com la figura de l'assistent, poden venir a satisfer una necessitat d'aquestes persones sense que vegin minvada la seva autonomia d'actuació.

